

Revista DIREITO GV

2

v. 1 n. 2 JUN-DEZ 2005
ISSN 1808-2432

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

EDITOR
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

CONSELHO EDITORIAL
ÁLVARO PIRES *(UNIVERSIDADE DE OTTAWA - CANADÁ);* ALBERTO AMARAL JR. *(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO);* DAVID TRUBEK *(WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA);* DAMIEN CHALMERS *(LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND SOCIAL SCIENCE);* DIEGO EDUARDO LÓPEZ-MEDINA *(UNIVERSIDADE DE LOS ANDES - COLÔMBIA);* CHARLES SABEL *(COLUMBIA LAW SCHOOL – EUA);* GREGORY SCHAFFER *(WISCONSIN LAW SCHOOL – EUA);* JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO *(UNIVERSIDADE DE BARCELONA – ESPANHA);* JOSÉ EDUARDO FARIA *(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO);* JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PORTUGAL);* JOSÉ MARIA AREILZA *(INSTITUTO DE EMPRESA – ESPANHA);* JUDITH MARTINS-COSTA *(UFRS);* KAZUO WATANABE *(USP-CEBEPEJ);* KEITH S. ROSENN *(MIAMI LAW SCHOOL-EUA);* NORBERT REICH *(UNIVERSIDADE DE BREMEN- ALEMANHA);* MARCOS NOBRE *(UNICAMP-CEBRAP);* MARIA TERESA SADEK *(USP-CEBEPEJ);* MIGUEL POIARES MADURO *(FACULDADE DE DIREITO DA NOVA UNIVERSIDADE DE LISBOA);* MIGUEL REALE JR. *(USP);* PÉRSIO ARIDA; RAFAELLE DI GIORGGI *(UNIVERSIDADE DE LECCE-ITÁLIA);* ROGÉRIO PEREZ-PERDOMO *(IESA, CARACAS - VENEZUELA);* RICARDO RIBEIRO TERRA *(USP-CEBRAP);*

EDITORES ASSOCIADOS: ARNO DAL RI (FONDAZIONE CASSAMARCA); ANTONIO MAUÉS (UFPA);CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT (UNESP); JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES (UFRJ); SOLANGE TELES DA SILVA (UEA/UNISANTOS); VERA THORSTENSEN (ASSESSORA DA MISSÃO DO BRASIL EM GENEBRA); WILSON MADEIRA (UFF)

COMISSÃO EXECUTIVA
CONRADO HÜBNER MENDES; FLÁVIA PORTELLA PÜSCHEL; LUCIANA GROSS CUNHA; JEAN PAUL ROCHA; MAÍRA ROCHA MACHADO; MARCELO NEVES; MICHELLE RATTON SANCHEZ; SALEM HIKMAT NASSER; VIVIANE MULLER PRADO

PARECERISTAS
ATUARÃO COMO PARECERISTAS DA REVISTA DIREITO GV OS MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL; PROFESSORES, PESQUISADORES DA DIREITO GV, PROFESSORES DA DIREITO RIO, ALÉM DE EVENTUAIS PARECERISTAS NOMEADOS AD-HOC. ATUARÃO COMO PARECERISTAS PERMANENTES DA REVISTA OS SEGUINTES PROFESSORES:

AIRTON SEELAENDER; ALEXANDRE DITZEL FARACO *(CENTRO UNIVERSITÁRIO FRANCISCANO DO PARANÁ);* ANTONIO RODRIGUEZ DE FREITAS JR. *(USP);* ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS *(UNIVALI-SC);* ARTHUR BARRIONUEVO FILHO *(EESP-EAESP);* BARBARA ROSENBERG *(MINISTÉRIO DA JUSTIÇA);* CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA NETO; CARLOS EDUARDO BATALHA *(CEBRAP/SÃO BERNARDO);* CARLOS KLEIN ZANINI *(UFRGS);* CELSO CAMPILONGO *(USP);* CLAUDIA ROESLER *(UNIVALI-SC);* DEISY DE FREITAS LIMA VENTURA *(UNIVERSIDADE FEDERAL STA MARIA-RS);* DENISE VITALE MENDES *(CEBRAP);* ESTÊVÃO MALLET *(USP);* GILBERTO BERCOVICI *(USP);* JAIRO SADDI *(IBEMEC);* JOSÉ AUGUSTO FONTOURA *(UNISANTOS E UNIVERSIDADE DO AMAZONAS);* KATHIA MARTIN-CHENUT; LAURINDO DIAS MINHOTO *(USP - SAÚDE PÚBLICA);* LUCIANO CAMARGO PENTEADO; LUIS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA *(USP);* OTAVIO YASBEK; RICARDO MARCELO FONSECA *(UFPR);* RICARDO SEITENFUS *(UNIVERSIDADE STA MARIA-RS);* ROGÉRIO ARANTES *(PUC/SP);* SAMUEL RODRIGUES BARBOSA *(UFF);* TERESA NEGREIROS; TIAGO CORTEZ *(CEBRAP);* VALCIR GASSEN *(UNIVALI-SC).*

REDAÇÃO
ANA MARA MACHADO (ESTAGIÁRIA)
CLÁUDIA DE CARVALHO GUARNIERI (REVISÃO)

Revista DIREITO GV

V. 1 N. 2 JUN-DEZ 2005

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

ISSN 1808-2432

NOVEMBRO 2005
SÃO PAULO - SP

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DA

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV)

TIRAGEM 2.500 EXEMPLARES

© RDGV - REVISTA DIREITO GV, MAIO 2005 – RIO DE JANEIRO
ED. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ISSN 1808-2432

REVISTA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV) DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

EDITORES
NOVEMBRO 2005, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
INCLUI BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. SÃO PAULO (CIDADE). DIREITO GV

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO
SÃO RESERVADOS À FGV.

DISTRIBUIÇÃO
COMUNIDADE CIENTÍFICA: 800 EXEMPLARES
LIVRARIAS: 200 EXEMPLARES

PROJETO GRÁFICO
MARCELO GUERREIRO
ULTRAVIOLETA DESIGN

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
ULTRAVIOLETA DESIGN

PRODUÇÃO INDUSTRIAL
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: GRÁFICA BANDEIRANTES
DATA DE IMPRESSÃO: NOVEMBRO 2005
TIRAGEM: 1000 EXEMPLARES

PERIODICIDADE
SEMESTRAL

CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 7º ANDAR - BELA VISTA
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL
TEL. (11) 3281-3310
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGVSP.BR

Revista DIREITO GV

v. 1 n. 2 JUN-DEZ 2005

ARTICLES

ARTIGOS

CORPORATE GROUPS: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN MODEL

GRUPOS SOCIETÁRIOS:
ANÁLISE DO MODELO DA LEI 6.404/1976
VIVIANE MULLER PRADO : **005**

STRUCTURE AND LIABILITY OF ENTERPRISE: THE MODERN REGULATORY PARADOX

ESTRUTURA E RESPONSABILIDADE DA EMPRESA:
O MODERNO PARADOXO REGULATÓRIO
JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES : **029**

REPORT OF THE HIGH LEVEL GROUP OF EXPERTS ON A MODERN REGULATORY FRAMEWORK FOR COMPANY LAW IN EUROPE

RELATÓRIO DO GRUPO DE PERITOS DE ALTO NÍVEL
SOBRE UMA MOLDURA REGULADORA MODERNA
PARA CÓDIGO SOCIETÁRIO NA EUROPA
BRUXELAS, 4 DE NOVEMBRO DE 2002 : **069**

"UNITAS MULTIPLEX": CORPORATE GROUP ORGANIZATION AS AN EXAMPLE

"UNITAS MULTIPLEX":
A ORGANIZAÇÃO DO GRUPO DE EMPRESAS COMO EXEMPLO
GUNTHER TEUBNER : **077**

PROTEÇÃO JUDICIAL NA UE

JUDICIAL PROTECTION IN THE EU
NORBERT REICH : **111**

BETWEEN EFFICIENCY AND EQUITY: THE UNIVERSALIZATION OF TELECOMMUNICATION SERVICES IN DEVELOPING COUNTRIES.

ENTRE EFICIÊNCIA E EQÜIDADE: A UNIVERSALIZAÇÃO
DAS TELECOMUNICAÇÕES EM PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO
DIOGO R. COUTINHO : **137**

JUS COGENS: STILL AN UNKNOWN SUBJECT

JUS COGENS
AINDA ESSE DESCONHECIDO
SALEM HIKMAT NASSER : **161**

THE PHILOSOPHER AS THE REAL LAW TEACHER

O FILÓSOFO COMO VERDADEIRO PROFESSOR
DE DIREITO (1990)
JÜRGEN HABERMAS : **179**

JURIDICAL ABSOLUTISM

ABSOLUTISMO JURÍDICO
(OU: DA RIQUEZA E DA LIBERDADE DO HISTORIADOR DO DIREITO)
PAOLO GROSSI : **191**

REVIEWS

RESENHAS

REFLEXION: TOWARDS A TRULY COMMON LAW...

REFLEXÃO: POR UM DIREITO COMUM...
MICHELLE RATTON SANCHEZ : **201**

RESTORATIVE JUSTICE ACCORDING TO JOHN BRAITHWAITE: REINTEGRATIVE SHAMING AND RESPONSIVE REGULATION

A JUSTIÇA RESTAURATIVA DE JOHN BRAITHWAITE:
VERGONHA REINTEGRATIVA E REGULAÇÃO RESPONSIVA
JULIANA CARDOSO BENEDETTI : **209**

HUGO GROTIUS: ON THE LAW OF WAR AND PEACE

HUGO GROTIUS: O DIREITO DA GUERRA E DA PAZ
CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT : **217**

CONTRACT FROM ENZO TO VICENZO

O CONTRATO, DE ENZO A VINCENZO
RAFAEL VANZELLA : **221**

ESSAY

ENSAIO

MUNDUS NOVUS: FOR A NEW REGULATION OF COPYRIGHT

MUNDUS NOVUS:
POR UM NOVO DIREITO AUTORAL
JOAQUIM FALCÃO : **229**

LAW IN CHAPLIN AND KAFKA: A COMPARISON BETWEEN MODERN TIMES AND IN THE PENAL COLONY

O DIREITO NA ARTE DE CHAPLIN E KAFKA:
ENSAIO DE COMPARAÇÃO DE TEMPOS MODERNOS COM NA COLÔNIA PENAL
RONALDO LEMOS : **247**

GRUPOS SOCIETÁRIOS: ANÁLISE DO MODELO DA LEI 6.404/1976

Viviane Muller Prado

CORPORATE GROUPS: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN MODEL

RESUMO

Passados 29 anos da vigência da Lei 6.404/1976, necessária uma análise crítica do modelo não-definitivo sobre grupos societários, principalmente porque se constata que as maiores empresas com atividades no Brasil organizam-se na forma de grupos econômicos. O objetivo deste estudo é retomar os pressupostos da legislação grupal brasileira, compará-la com as estruturas empresariais nacionais atualmente existentes e, tendo em vista os resultados, indicar primeiras considerações para se repensar o direito societário a partir da realidade dos grupos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito societário, Empresa, Grupo societário, Grupos econômicos, Brasil

ABSTRACT

Twenty-nine years after the enactment of Law 6.404/1976 it is appropriate to attempt a critique of the provisory model for corporate groups in Brazil. Such a critique is all the more urgent once the largest corporations acting in Brazil have organized themselves as economic groups. This paper aims at reexamining the assumptions underlying Brazilian corporate law, comparing it with the corporate structures currently in place in Brazil and offering, in the process, some preliminary considerations on ways to rethink Brazil´s corporate law vis-a-vis the everyday practice of such economic groups.

KEYWORDS

Corporate Law, Corporations, Corporate groups, Economic groups, Brazil

1 Introdução

A Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.) disciplinou pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico os grupos societários de forma sistemática. Adotou o modelo dual, no qual os grupos podem ser de direito ou de fato. Os grupos de direito constituem-se mediante convenção grupal firmada pelas sociedades que o formam e, em virtude do contrato, é legitimada a unidade econômica de todas elas. Já os grupos de fato decorrem do mero exercício do poder de controle, direta ou indiretamente, pela controladora nas sociedades controladas. Neste caso, entretanto, as sociedades recebem tratamento jurídico como se independentes fossem.

Ao analisar o Anteprojeto da Lei de Sociedades por Ações, em 1975, Fábio Konder Comparato colocou em dúvida a adoção deste modelo dual.[1] No ano seguinte, com a entrada em vigor da Lei 6.404/1976, Comparato publica um artigo sobre a nova disciplina dos grupos, dando ao final este prognóstico:

> Tem-se, assim, a impressão de que os grupos de direito do Cap. XXI serão raramente constituídos, fora dos casos em que existe uma minoria inexpressiva. Quando a minoria inexiste completamente, a sua constituição é inútil. E quando a minoria é importante, a constituição do grupo se revela perigosa, pelo exercício eventual do direito do recesso. No tocante aos grupos de fato, malgrado as regras de responsabilidade de administradores e de sociedades controladas, estabelecidas nos arts. 245 e 246, é provável que tudo permaneça como dantes, pelo menos nos primeiros anos de vida de vigência da lei (1976, p. 106).

Passados mais de vinte anos, em 1998, Calixto Salomão Filho faz o seguinte diagnóstico:

> Não é exagerado dizer que o direito grupal brasileiro enfrenta momento de séria crise. Do modelo original praticamente nada resta. As principais regras conformadoras do direito grupal como originalmente idealizado encontram-se hoje sepultadas pela prática ou pelo legislador. Os grupos de direito no Brasil são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira (1998, p. 169).

É preciso lembrar que, tendo em vista as novidades da Lei 6.404/1976, na sua Exposição de Motivos, ficou explícito que o modelo dos grupos societários seria experimental, e os operadores do direito deveriam ficar atentos às modificações necessárias, nos seguintes termos:

> O Anteprojeto, como orientação geral, teve presente os seguintes objetivos e diretrizes: [...] i) disciplinar, *de forma tentativa e sem pretensão de fazer obra definitiva* – incompatível, aliás, com a fase de transformação sócio-economica em que vive o País – fenômenos novos, como as coligações e os grupos societário, e as novas práticas mercantis, como a oferta pública de aquisição de controle.

Na Exposição de Mário Henrique Simonsen a provisoriedade da disciplina ficou expressamente documentada:

> 5. [...] os institutos novos para a prática brasileira – grupamento de sociedades, oferta pública de aquisição de controle, cisão de companhias e outros – estão

disciplinados de forma mais simplificada para facilitar sua adoção, e *no pressuposto de que venham a ser corrigidos se a prática indicar essa conveniência.*

Passados 29 anos da vigência da Lei 6.404/1976, necessária uma análise crítica do modelo não-definitivo adotado pelo legislador, principalmente porque se constata que as maiores empresas com atividades no Brasil organizam-se na forma de grupos econômicos.[2] O presente trabalho tem o objetivo de retomar os pressupostos da legislação grupal brasileira, compará-la com as estruturas empresariais nacionais atualmente existentes e, tendo em vista os resultados, indicar primeiras considerações para se repensar o direito societário a partir da realidade dos grupos.[3]

2 Modelo da Lei 6.404/1976

2.1 Grupos empresariais no ordenamento jurídico brasileiro

O sistema jurídico brasileiro disciplina os grupos empresariais de maneira esparsa em diversos diplomas legais. Exemplificativamente, cito:

a) a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-lei 5.452/1943) que, em seu art. 2.º, § 2.º, estabelece, para efeitos da relação de emprego, a responsabilidade solidária de empresas que "estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica";

b) a Lei 8.884/1994, em seu art. 17, prevê a responsabilidade solidária de "empresa ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infrações da ordem econômica". Nesta lei, grupo de empresas também é considerado como agente econômico (art. 20);

c) o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), em seu art. 28, prevê responsabilidade subsidiária para as "sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas";

d) por sua vez, a Lei 9.605/1998, sobre crimes ambientais, não menciona a expressão grupo, mas após afirmar a responsabilidade de pessoas jurídicas no âmbito administrativo, penal e civil, determina a desconsideração da personalidade jurídica sempre que esta "for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos à qualidade do meio ambiente", possibilitando tratamento unitário de uma empresa plurissocietária.

Estas leis esparsas prevêem conseqüências específicas quando configurado um grupo empresarial, em geral relacionadas com responsabilidade das empresas que o formam. Não trazem, entretanto, nenhum critério para determinar, para o direito e para os efeitos da aplicação de determinadas regras, quando existe um grupo societário, de empresas ou econômico.

Já na lei acionária brasileira de 1976, o enfoque é outro.[4] Ela traz disciplina sistemática sobre grupos societários, estabelece os critérios para a sua configuração, bem como dedica alguns artigos para estabelecer mecanismos de proteção de interesses relacionados com a estrutura grupal.

Saindo da Lei das Sociedades por Ações para o Código Civil de 2002, também encontra-se tratamento próprio das sociedades coligadas[5] no Capítulo VII, Subtítulo II, do Livro II, nomeadamente nos arts. 1.097 a 1.101. O Código Civil, todavia, traz apenas uma descrição das situações de ligações entre sociedades e não especifica disciplina diferenciada para a participação de sociedade no capital de outra.[6]

Este trabalho pretende analisar apenas o modelo adotado pela Lei 6.404/1976 para reconhecimento dos grupos societários em confronto com a realidade das estruturas das empresas brasileiras e as conseqüências jurídicas da organização grupal.[7]

2.2 Concepção da Lei 6.404/1976

A Lei das Sociedades por Ações de 1976 foi concebida dentro do Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), aprovado pela Lei 6.151/1974. O II PND definia as principais estratégias de desenvolvimento econômico do governo Geisel para os anos 1975 a 1979. Entre as suas metas estavam o fortalecimento da empresa privada nacional[8] e a formação de conglomerados econômicos brasileiros para fazer frente às empresas estrangeiras.[9]

Sob o ponto de vista jurídico, em princípio, a grande empresa se reveste da forma de sociedade por ações. A meta do II PND, portanto, dependia da modernização da legislação acionária, que à época datava de 1940 e tinha sido concebida para disciplinar outra realidade, adotando como modelo a sociedade fechada (cf. Lamy Filho e Bulhões Pedreira, 1997, p.128).[10] A reforma da Lei das Sociedades por Ações tornava-se imperativa para contemplar a estrutura e o funcionamento da grande empresa privada nacional(cf. Lamy Filho e Bulhões Pedreira, 1997, p.139).[11]

Esta diretriz para a reforma da lei acionária estava clara na orientação geral do Anteprojeto encaminhado ao Ministro da Fazenda em 1975, na qual se afirmou: "O Anteprojeto, como orientação geral, teve presente os seguintes objetivos e diretrizes: a) criar modelo de companhia adequado à organização e ao funcionamento da grande empresa privada, requerida pelo estágio atual da economia brasileira (...)" (Lamy Filho e Bulhões Pedreira, 1997, p. 135).[12]

Estas exigências da nova Lei de Sociedades por Ações eram extremamente transparentes. Foram apresentadas em todas as discussões do Anteprojeto e constaram tanto da Exposição de Motivos 196/1976, do então Ministro da Fazenda Mário Henrique Simonsen, quanto da Exposição Justificativa das Principais Inovações do Projeto.

Respaldada nestes fundamentos políticos e econômicos, a Lei 6.404/1976 facilitou a concentração de empresas, sob a ótica da legislação societária.[13] Além disso, tendo em vista que um dos principais instrumentos da grande empresa é o grupo de

sociedade, foi estabelecida disciplina específica sobre a participação de sociedade do capital de outra e sobre grupos societários convencionais.

Com inspiração no modelo alemão, único ordenamento jurídico que tinha à época disciplina sistemática sobre grupos empresariais, o legislador brasileiro de 1976 regulou os grupos a partir da organização por meio de instrumento contratual.[14] O embrião da idéia de grupo de direito ou contratual e da unidade de tratamento das empresas de um mesmo grupo encontra origem no direito tributário alemão.[15] Para evitar a tributação dos dividendos distribuídos nos vários níveis das sociedades pertencentes a um mesmo grupo, criaram-se mecanismos contratuais para tratar de maneira unificada a empresa formada por várias sociedades, privilegiando os agrupamentos.[16] Já existindo isto, a *AktG* de 1965 disciplinou os grupos empresariais, introduzindo a divisão em controle contratual e controle de fato.

No Brasil, todavia, não havia esta prévia forma contratual de organização de empresas plurissocietárias. Foi importada a idéia do modelo dual,[17] com disciplina abrangente sobre grupos de direito e algumas regras específicas de grupos de fato.[18] Ressalto que a importação foi apenas da forma contratual como instrumento para a configuração do grupo, mas não dos tipos contratuais, das regras de proteção de interesses atingidos com a dependência econômica, tais como dos minoritários e credores.[19] A disciplina brasileira é bem mais simples e deixa muito para a autonomia privada dos empresários.[20]

O fundamento de tal simplicidade está justamente na razão econômica da lei de dar liberdade ao empresário para formar conglomerados e não dificultar tal empreendimento. Esta afirmação encontra respaldo na Exposição de Motivos apresentada para que as sociedades por ações fossem retiradas do Projeto de Código Civil:

> A lei deverá regular de modo mais pormenorizado apenas os *aspectos fundamentais do relacionamento* entre as diversas partes com interesses em causa (a própria empresa, os seus controladores, administradores, acionistas e credores, e o Estado representando a sociedade em geral), *não descendo, porém, a minúcias que possam representar cerceamento da iniciativa empresarial ou da ação orientadora, conjuntural, das autoridades monetárias* (Lamy Filho e Bulhões Pedreira, 1997, p. 133 – grifos nossos).[21]

Dentro deste contexto, como ficará demonstrado abaixo, a disciplina sobre grupos de sociedades é bastante favorável à estrutura organizacional do grupo em prejuízo de outros interesses, especificamente dos minoritários e dos credores.[22]

Até aqui, contudo, a lei foi tratada apenas sob a perspectiva da criação da empresa nacional. No entanto, outra diretriz norteou a Lei 6.404/1976: o fortalecimento do mercado de capitais. Na mesma época foi criada a Comissão de Valores Mobiliários

pela Lei 6.385/1976, com a finalidade, entre outras, de fiscalizar as companhias abertas, as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários.

Isto exigiu que a lei acionária previsse regras que proporcionassem segurança ao investidor em face do poder de controle societário. Os instrumentos de proteção dos minoritários estão ligados tanto aos seus direitos essenciais e individuais enumerados no art. 109 da Lei 6.404/1976 quanto aos limites impostos ao titular do poder de controle, relacionados com o abuso de poder e conflito de interesses (arts. 117 e 115).

Esta duplicidade de preocupação – fortalecimento da empresa nacional e proteção dos investidores e minoritários – aparece na Exposição de Motivos 196/1976, do então Ministro da Fazenda Mário Henrique Simonsen, no seguinte trecho:

> 4. O projeto visa, basicamente, a criar a estrutura jurídica necessária ao *fortalecimento do mercado de capitais* de risco no País, imprescindível à *sobrevivência da empresa privada* na fase atual da economia brasileira. A mobilização da poupança popular e o seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, o estabelecimento de uma sistemática que *assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e eqüitativas,* às quais, *sem imobilizar o empresariado em suas iniciativas,* ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade.

Passa a ser fundamental, ao estudar a lei acionária brasileira, a análise da escolha legislativa no sentido de fortalecimento da unidade econômica dos grupos ou das regras tradicionais do direito societário que visam à proteção da sociedade e dos acionistas minoritários.

2.2 Lógica do modelo

Sobre grupos societários, a sistemática da Lei das S.A. é a seguinte: no seu Capítulo XX, estão previstas regras próprias para as sociedades coligadas, controladas e controladoras; no Capítulo XXI, há disciplina específica dos grupos constituídos mediante convenção grupal. Estão reguladas, portanto, primeiramente as relações intersocietárias, o que a doutrina denomina grupos de fato, e, posteriormente, são tratados os grupos de direito.

A principal diferenciação entre grupos convencionais e de fato fica evidenciada na Exposição de Motivos da Lei 6.404/7196, no seguinte trecho:

> […] o Projeto distingue duas espécies de relacionamento entre sociedades, quais sejam: a) sociedades coligadas, controladoras e controladas, que mantêm entre si relações societárias segundo regime legal de sociedades isoladas e não se organizam em conjunto, reguladas neste capítulo; b) sociedades controladoras

e controladas que, por convenção levada ao Registro do Comércio, passam a constituir grupo societário, com disciplina própria, prevista no capítulo XXI.

Neste sistema dual, importa a natureza do vínculo existente entre as sociedades. Em outras palavras, é relevante verificar se a ligação entre elas se estabelece por meio de uma convenção grupal ou decorre da mera participação de sociedade do capital social da outra sociedade, de modo a lhe conferir o poder de controle.

A disciplina dos grupos de direito rompe com o pressuposto de independência da sociedade, assumindo a existência de influências econômicas externas e a unidade de um grupo empresarial. De fato, a Lei 6.404/1976 permite a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra ou ao do grupo apenas nos grupos societários convencionais (art. 276).

No contrato de formação de grupo, em última análise, há a negociação do poder de direção interna das sociedades e a distribuição de competência de uma sociedade para os órgãos do grupo. Origina uma nova organização,[23] passando a controladora a ter o direito de estabelecer as diretrizes sobre a condução dos negócios das filiadas. Nesta organização, o interesse do grupo, isto é, o interesse da própria organização plurissocietária tem relevância e recebe a proteção do direito. Constata-se, assim, que a convenção de formação do grupo caracteriza o rompimento nas estruturas das sociedades isoladas, pois as suas características são estranhas aos pressupostos societários de autonomia e independência (cf. Rehbinder, 1969, p. 77). Há derrogação de parte do direito societário relacionado com aspectos organizacionais e patrimoniais, com incidência de regras específicas, afastando o regime jurídico imperativo do direito societário tradicional.

A estrutura administrativa do grupo deve estar prevista na convenção, que pode até mesmo criar órgãos de deliberação colegiada e cargos de direção geral (arts. 269, VI, e 272). Apesar desta possibilidade da existência da administração do grupo, os administradores de cada filiada são competentes para representar as respectivas sociedades, salvo se a convenção dispuser de modo diverso. Entretanto, os administradores das filiadas devem observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pela administração do grupo, desde que não signifiquem a violação da lei ou da convenção (art. 273).

Mesmo tendo a sua própria estrutura administrativa e interesses específicos, o grupo não se constitui como pessoa jurídica. As sociedades continuam tendo personalidade e patrimônios distintos (art. 266).

Além disto, pode haver a subordinação dos interesses de uma das sociedades aos de outra ou aos interesses do grupo, desde que de acordo com os termos da convenção (art. 276). O legislador brasileiro, de forma bastante simplista, deixou para a previsão dos mecanismos de compensação das perdas sofridas pela sociedade e dos eventuais prejuízos aos minoritários (art. 276).[24]

A convenção deve ser aprovada pelas sociedades que compõem o grupo e a deliberação obedece às mesmas regras aplicáveis à hipótese de alteração do contrato social, isto é, dependem de *quorum* qualificado de mais da metade dos sócios ou acionistas com direito a voto (art. 136, V, combinado com o art. 270). Os dissidentes da deliberação de formação do grupo têm direito de retirada mediante reembolso do valor de suas quotas ou ações (art. 137 combinado com art. 270). Esta é a única proteção aos acionistas minoritários das sociedades filiadas. Ademais, a Lei 6.404/1976 não prevê nenhum mecanismo de tutela especial aos credores das sociedades filiadas, devendo-se buscar solução nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica.

Além dos grupos convencionais, foi reconhecido o poder de controle empresarial e previu-se expressamente a possibilidade de participação de sociedade no capital de outra e o conceito de sociedades controladora e controlada.[25] Apesar desta possibilidade de participação de uma pessoa no capital de inúmeras sociedades, direta ou indiretamente, o nosso sistema não permite propriamente uma direção econômica unificada, na medida em que exige a manutenção da autonomia jurídica da sociedade, que está expressa de forma bastante abrangente com a obrigação de controladores, acionistas e administradores de agirem sempre no interesse da companhia.

Nos grupos de fato, então, o interesse da sociedade isolada deve ser respeitado, sob pena de configurar abuso do poder de controle e conflito de interesses (arts. 246 e 115).[26] Por outro lado, os administradores não podem atuar em prejuízo da companhia, favorecendo sociedade coligada, controladora ou controlada, devendo sempre observar condições comutativas nas operações entre sociedades ou providenciar pagamento compensatório adequado (art. 245).

A disciplina específica sobre grupos de fato limita-se aos seguintes pontos: responsabilidade dos administradores (art. 245), relatório da administração e demonstrações financeiras (arts. 243, *caput*, e 247 a 250), vedação de participações recíprocas (art. 244), obrigação de reparação de danos pela controladora à controlada (art. 246), subsidiária integral, constituição e funcionamento (arts. 251 e 252) e incorporação de controla por controladora (art. 264). Salvo estas normas, as sociedades que formam um grupo de fato devem observar a disciplina aplicável às sociedades isoladas. Em outras palavras, nessas relações intersocietárias continua incidindo o regime jurídico incidente nas demais sociedades por ações.

A contraposição da unidade econômica e da diversidade jurídica dos grupos societários de fato é percebida na própria Exposição de Motivos da lei acionária brasileira de 1976. Se, de um lado, foi reconhecida a relação entre sociedades, enquadrando as sociedades controladoras e controladas como uma "nova realidade", aceitando que elas servem à "grande empresa", formada por "uma constelação de sociedades coligadas, controladas e controladoras"; por outro lado, afirmou-se que tais

sociedades devem manter "entre si relações societárias segundo regime legal de sociedades isoladas e não se organizam em conjunto".

Nesta breve citação de passagens da Exposição de Motivos da Lei 6.404/1976, contata-se uma aparente incoerência. Há reconhecimento de que o grupo societário de fato revela uma nova realidade de organização da grande empresa, entretanto não se permite que haja a unidade econômica das sociedades que formam o grupo, pois devem ser obedecidas as regras legais do direito societário tradicional. Em outras palavras, possibilita-se o exercício do controle de várias sociedades por uma mesma pessoa, mas não há a visão da organização total do grupo.

3 Confronto do modelo da Lei 6.404/1976 com as estruturas das empresas brasileiras

Verifica-se, portanto, que, na lógica do modelo dual, os grupos empresariais com intenção de funcionar como unidade econômica podem utilizar (e em princípio teriam esse interesse) os instrumentos próprios à formação dos grupos de direito ou convencionais. A convenção grupal legaliza a relação de dependência econômica (cf. Immenga, 1984, p. 48-58). Nesta mentalidade, o grupo de fato seria uma exceção e serviria às estruturas descentralizadas, com grande autonomia das controladas.

A idéia do modelo dual parece-me coerente com a tentativa de conciliar a existência de sociedades pertencentes a um grupo empresarial, com direção econômica unificada e centralizada, e sociedades isoladas, com vínculo societário com outras empresas e uma dependência econômica não muito forte.

Há, entretanto, um fato que impede que este estudo continue considerando o modelo dual na sua totalidade: os grupos empresariais brasileiros não se organizam como grupos contratuais. Conforme informação de Fábio Konder Comparato, tem-se conhecimento do registro de menos de 30 grupos de direito no Departamento Nacional de Registro de Empresas.[27] Modesto Carvalhosa dá exemplo das seguintes empresas que tentaram se constituir na forma de grupo, mas não levaram adiante a reestruturação para tanto, continuando na roupagem de grupos de fato: Grupos Real, Grupo Cindumel, Grupo Roager e Grupo Pão de Açúcar (Carvalhosa, 2003a, p. 311).

A não-utilização do instrumento para a formação de grupos de direito não significa que inexistem grupos societários no Brasil. Muito pelo contrário. As grandes empresas brasileiras organizam-se na forma grupal, mas a partir do poder de controle societário. A utilização da estrutura grupal para a organização das grandes empresas brasileiras fica evidenciada no periódico *Valor Grandes Grupos* de 2004. Este anuário demonstra que as 200 maiores empresas com atuação no País, nos vários segmentos de mercado, organizam-se em estruturas complexas plurissocietárias.

De fato, no setor financeiro, o Grupo Itausa é considerado a maior empresa financeira do País, tanto sob o critério do patrimônio quanto do lucro líquido. O

organograma do grupo apresenta 43 sociedades com atividades em bancos comerciais e múltiplos, bancos de investimento, capitalização, cartões de crédito, consórcios, corretoras e distribuidoras de valores, eletrodomésticos, financeiras, *leasing*, materiais de construção, previdência privada, química e petroquímica, seguros e tecnologia da informação. São listados em organogramas ainda os seguintes grupos financeiros: ABN Amro, Alfa, Banco do Brasil, BankBoston, BMG, Caixa, Bradesco, Citigroup, HSBC, Pactual, Porto Seguro, Rural, Silvio Santos, Safra, Santander Banespa, Unibanco.

No setor comercial, o Carrefour aparece como a empresa com maior patrimônio líquido. O organograma do grupo demonstra a sua organização em 28 sociedades, tanto *holdings* controladoras de participação quanto sociedades operacionais com atividades de agropecuária, comércio varejista e finanças (cartão de créditos). Ainda no comércio, pode-se citar o grupo Abril constituído por 32 sociedades, sob o controle final da Família Civita, com atividades no mercado editorial, mídia impressa e eletrônica, televisão por assinatura. Neste setor, aparecem o Grupo Arthur Lungren Tecidos S.A., Casas Pernambucanas, Chevron, Texaco, Coimex, Copersucar, Cotia, Guararapes, Maggi, Ipiranga, Lojas Americanas, Marins, Natura, Panvel, Pão de Açúcar, Ponto Frio, Sendas, Shell, SHV Gás, SLC, Sonae, Ultra, Wal-Mart.

No ramo industrial, a Petrobrás, sob controle da União Federal, aparece como o maior grupo quando o critério é patrimônio e lucro líquidos. Seu organograma é constituído por 113 sociedades, com atividades no comércio de distribuição de petróleo e derivados, energia elétrica, exploração, refino, gás natural, química e petroquímica e transportes e logística. No setor industrial, aparecem vários grupos com estruturas bastante complexas. Exemplo disto é a Ambev, representada em um organograma com 34 sociedades, controladas direta e indiretamente pela Companhia de Bebidas das Américas, com atividades no setor de bebidas, comércio, transporte e logística. O Grupo Camargo Corrêa, a partir da Camargo Corrêa S.A., controla ou participa de 59 sociedades, com atividades em concessões públicas, engenharia e construção, material para construção e decoração, serviços ambientais, têxtil e calçado, no Brasil e no exterior. Com estrutura organizacional bastante complexa, aparece a Companhia Vale do Rio Doce. O seu controle é compartilhado por várias empresas e a CVRD tem participação e/ou controle em 58 sociedades. O Grupo Gerdau também chama atenção pela sua estrutura: a Gerdau S.A. tem acima 11 e abaixo 38 sociedades, no Brasil e exterior. No Grupo Odebrecht, a *holding* Odebrecht S.A. tem o controle ou participa indiretamente em 115 sociedades, no Brasil e no estrangeiro. Neste setor, são mencionados também a Acesita, Belgo, Bunge, CSN, Dupont, Fiat, Inepar, Klabin, Nestlé, Suzano, Unilever, Usiminas, Unipar, Vicunha, Volkswagen, Votorantim, White Martins e Weg.

No âmbito da prestação de serviços, a Eletrobrás apresenta-se como o maior grupo brasileiro, quando o critério é o patrimônio líquido. Em segundo lugar está o

Grupo Telefônica, que se posiciona em primeiro sob o critério do lucro líquido, com atividades na área de tecnologia de informação e telecomunicações. É formado por 70 empresas no Brasil e no exterior, controladas direta ou indiretamente pela *holding* espanhola, Telefônica S.A.

Cita-se também a Andrade Gutierrez, que atua especialmente no campo da construção civil, sendo o grupo constituído por 43 empresas, com sucursal na Argentina, Peru, Camarões, Colômbia, Guiné, Bolívia, Chile, Equador, República Dominicana e Irã.

Na área de prestação de serviços, mencionam-se ainda os seguintes grupos empresariais com atividade no Brasil: Accor, Agip, Algar, Brasil Telecom, EDP, Embratel, Endesa, Inepar, Ipiranga, Lojas Americanas, Monteiro Aranha, Portugal Telecom, Promon, Queiroz Galvão, RBS, Shell, Telecom Italia, Telemar, Trachtebel Energia, Ultrapar, Varig, VBC Energia, entre outros.

Ademais, o processo de privatização das empresas estatais ocorrido na década de 90 teve grande importância para a formação de grupos econômicos privados. De fato, sob a perspectiva do controle das grandes sociedades no País, este período foi marcado pela saída do Estado de várias áreas do setor produtivo e de serviços. Com as privatizações, houve transferência de um patrimônio correspondente a mais de US$ 100 milhões para o setor privado, especialmente nos ramos de energia, telecomunicações, siderurgia e petroquímica (Mantega, 2001, p. 7). Foram vendidas dezenas de empresas estatais como a CVRD, Light, Embraer, Banerj, bem como todas as empresas ligadas à telefonia. Entre 1992 e 1998, as estatais que representavam 38 das 100 maiores empresas não-financeiras do País foram reduzidas a 12 (Vieira e Petrelli, 1999, p. 12).

As alianças entre empresas nacionais e estrangeiras não ocorreram somente em virtude do processo de privatização. Em alguns setores da economia nacional, a década de 90 foi caracterizada por mudanças de controle acionário decorrente de operações de fusão e aquisição no setor privado.[28]

A isto acrescenta-se a estrutura de poder concentrado no mercado brasileiro, no qual o controlador ou grupo de controladores, em regra, é titular da maioria do capital votante, ficando evidenciado exatamente quem detém o poder de controle de cada grupo empresarial.[29]

Como até aqui demonstrado, após 29 anos da entrada em vigor da Lei 6.404/1976, constato que o modelo dual não funciona na realidade brasileira, na medida em que os grupos convencionais são praticamente inexistentes nas estruturas das grandes empresas.

4 Razões para a não-adotação dos grupos de direito

Aponto como possíveis razões para a não-adoção do grupo convencional pelas empresas a artificialidade do modelo importado, a facultatividade de formação de

grupos convencionais e a oneração com o direito de recesso dos minoritários e com a estrutura administrativa.

A artificialidade está relacionada com a importação parcial de um modelo de disciplina dos grupos que não tinham qualquer tradição no Brasil, sem a concessão de nenhum incentivo econômico.

Ademais, trata-se de um mecanismo facultativo, no qual cabe à controladora decidir se vai utilizar a figura do grupo contratual ou não. A formação dos grupos de direito e a incidência de regime jurídico específico não são obrigatórios e decorrentes do grau de submissão das controladas, dependendo da manifestação de vontade dos interessados na sua constituição.

Deve-se pensar ainda no custo. Ao deliberar a formação dos grupos, os sócios ou acionistas minoritários têm direito de se retirar da sociedade, recebendo o valor das suas ações ou quotas (arts. 270, parágrafo único, 136, V, e 137, II). Com esta previsão do direito de recesso, o custo para a formação do grupo convencional equipara-se ao da realização das operações de fusão ou de incorporação.[30]

A legitimação da unidade econômica do grupo não é suficiente para o empresário incorrer em tais despesas. Uma vez que a participação majoritária no capital da sociedade, sem base contratual, também proporciona o poder de controle sobre toda a empresa, sem o ônus de pagar aos minoritários o recesso, obviamente o empresário opta por não adotar a estrutura do grupo convencional (Cerrai e Mazzoni , 1993, p. 351-352).[31]

Sob o aspecto organizacional, a estrutura administrativa do grupo também representa um gasto que pode ser substituído pela sociedade *holding*, mantendo a sua função de ter a visão geral do grupo e de estabelecer as diretrizes de condução dos negócios das sociedades controladas.

Por outro lado, deve ser levada em conta a insegurança na interpretação do regime jurídico dos grupos de direito na legislação brasileira. Por ser um fenômeno quase inexistente, são poucos os estudos nacionais sobre esta forma de organização de empresa e não foi encontrada nenhuma jurisprudência sobre o tema. Perguntas como "qual é o limite da condução dos negócios sociais de forma unitária? Qual é o limite do conteúdo da convenção grupal?" estão em aberto e, em princípio, seriam respondidas por estudiosos e magistrados com formação em direito societário fundado no pressuposto da sociedade independente e isolada.

Um olhar para a perspectiva organizacional das empresas também demonstra que o modelo legal não espelha as necessidades das várias arquiteturas organizacionais empresariais, que consideram a sua dinâmica, as estratégias,[32] as peculiaridades de determinados mercados e "fatores como o porte, tecnologia, localização e variáveis ambientais" (Wood Jr., 2001, p. 19).

Ao analisar teorias organizacionais,[33] para este trabalho importa a constatação que fazem sobre a necessária flexibilidade das organizações e a dinâmica na distribuição de

poder, que pode dar origem a estruturas centralizadas ou descentralizadas. Os modelos organizacionais não partem de preceitos legais, mas levam em conta as demandas estratégicas das empresas e as peculiaridades de cada mercado, inexistindo um modelo único para estruturar a organização de empresas. Segundo o Prof. Thomaz Wood Jr. (2001, p. 7):

> Costuma-se afirmar que novos formatos organizacionais surgem como resposta a mudanças ambientais, a partir dos limites e contradições do modelo burocrático. O momento de transição pelo qual as empresas vêm passando tem um ponto de partida comum, a superação ou flexibilização do modelo burocrático, e uma multiplicidade de pontos de chegada. Não se pode mais falar em *one best way,* de uma estrutura ideal, mas de uma variedade de novas formas, que vão desde a simples flexibilização do modelo tradicional até arquiteturas significativamente diferentes.

Ademais, a complexidade dos arranjos pode fazer com que haja diversidade de organizações dentro de um mesmo grupo econômico (cf. Teubner, 1993, p. 284).

Ao contrapor a visão das teorias organizacionais com o modelo legal, parece-me que o primeiro apontamento a ser feito refere-se à rigidez do modelo dual em contraposição à exigência de flexibilidade organizacional. O grupo de direito não se mostra como o instrumento jurídico flexível o suficiente para a configuração dos grupos, pois exige que as relações entre empresas e a estrutura administrativa estejam expressamente disciplinadas na convenção grupal, aprovada por assembléia (arts. 269, VI, e 272 da Lei 6.404/1976).

Nos grupos de fato é que se encontra o local para a organização do poder empresarial. Sob o aspecto do direito, a independência jurídica representa a existência de centros autônomos produtivos, com organização interna própria, mesmo que pertençam a um grupo maior de interesses. Por outro lado, a posição de sócio ou acionista controlador dá ao seu titular o poder de tomar as decisões mais importantes sobre a condução dos negócios sociais. Uma das razões para a formação dos grupos é justamente esta flexibilidade da estrutura empresarial.[34]

5 Síntese da atual situação do sistema grupal da Lei 6.404/1976

De tudo até aqui pesquisado sobre o modelo brasileiro de disciplina grupal, considero duas as principais constatações que sintetizam a atual situação:

1. no plano do modelo legislativo: o modelo adotado é parcial, pois a disciplina dos grupos é aplicável apenas a determinados grupos, isto é, àqueles formados mediante convenção. Por conseqüência, os grupos de fato obedecem, salvo algumas regras excepcionais, a disciplina incidente às sociedades isoladas;

2. no plano da realidade das estruturas organizacionais das empresas brasileiras: os grupos convencionais são quase inexistentes no Brasil, sendo a organização das empresas brasileiras em grupos de fato.

A partir da combinação destas duas constatações, posso afirmar:

1. salvo raras exceções, não há suporte fático para a incidência da disciplina dos grupos de direito, o que a torna um direito escrito, mas não aplicado;

2. as sociedades que formam um grupo de fato – suporte fático efetivamente existente e que corresponde à realidade das estruturas societárias brasileiras – submetem-se a um regime jurídico que as trata como se fossem economicamente autônomas. Neste ponto, ressalto que o direito brasileiro difere sensivelmente do direito alemão, no qual foi inspirado. Neste a jurisprudência criou a figura do grupo de fato qualificado (*qualifizierter faktischer Konzern*),[35] nos quais considera-se direção unificada das empresas, mesmo não existindo contrato de domínio. Nestes casos, aplicam-se as regras sobre grupos de direito, no que tange à proteção dos credores e dos minoritários. Já no sistema brasileiro, no qual não existem estes mecanismos de proteção de interesses relacionados e muito é deixado para a autonomia privada de disposição na convenção grupal, inexiste esta "válvula de escape".

Portanto, em uma primeira vista, poderia concluir:

Não há especificidades para os grupos de fato sobre as quais se possa dizer que eles são efetivamente disciplinados sistematicamente no nosso direito. Por conseqüência, a nossa situação iguala-se a sistemas jurídicos que não possuem disciplina grupal.

A partir desta conclusão, uma perplexidade surge de imediato: Como podem coexistir os grupos de fato – com unidade organizacional e econômica – com uma disciplina rígida em relação à manutenção da condição de sociedade autônoma? Ou ainda questões como: É possível a unidade econômica das sociedades pertencentes a um grupo de fato? Qual o limite no exercício da unidade econômica? A condução dos negócios deve ter em vista exclusivamente os interesses sociais de cada sociedade isoladamente considerada?

Para refletir sobre estas questões, é preciso olhar para o grau de dependência permitido juridicamente em um grupo de fato e como a presunção legal da autonomia afeta os planos de negócios que consideram o grupo como um todo. Uma coisa é certa, fugir das questões controvertidas referentes à realidade dos grupos empresariais, afirmando que o sistema jurídico nacional estabelece regras próprias apenas para os grupos de direito, não deve ser o de chegada deste estudo.

Se a noção de autonomia da sociedade controlada for interpretada no seu extremo, pode-se chegar a duas conclusões hipotéticas que explicam os grupos de fato no Brasil. A primeira é que as empresas grupais brasileiras não funcionam como unidade econômica e cada sociedade do grupo é efetivamente gerida de forma independente. A segunda: as regras de direito societário não são aplicadas com o rigor que exige a completa autonomia das sociedades controladas.

A primeira conclusão implicaria dizer que não há não estruturas grupais com unidade de direção em nosso país. Já a segunda teria um cunho de ilegalidade, indicando que as empresas estruturadas em grupo teriam suas políticas de gestão muitas vezes consideradas à margem da nossa legislação. Pretender que alguma destas duas conclusões hipotéticas se verifique, entretanto, seria exigir o vencimento de um modelo sobre a realidade. A meu ver, elas estão no limite, são radicais e não representam um avanço no estudo do direito societário em confronto com a realidade dos grupos econômicos.

Penso que o primeiro passo para reler o direito societário na perspectiva dos grupos é amenizar o estereótipo da sociedade completamente independente como único parâmetro para a concepção jurídica das sociedades pertencentes a grupos econômicos.

Nos grupos, a figura do controlador está ligada à posição de direção do conjunto de sociedades que estão sob o seu comando. É inegável que o controlador tem interesses empresariais em todas as sociedades das quais participa. Nesta linha, os seus atos não se exaurem no exercício dos direitos inerentes à sua posição de sócio ou acionista em uma só sociedade e possuem um valor relacionado com a coordenação das atividades do grupo.

Sob a perspectiva da sociedade controlada, entretanto, participar de um grupo não retira a sua caracterização como pessoa jurídica com organização interna, patrimônio e interesses próprios. Esta manutenção da autonomia jurídica presume a existência da independência econômica,[36] que se expressa na exigência de atuação dos controladores e administradores conforme o interesse social.[37] A obrigação legal de não atuar em conflito com os interesses sociais representa um limite ao exercício da direção unitária e coordenada das atividades das sociedades do grupo.

Nesta perspectiva, concluiria que o direito societário brasileiro não contempla a possibilidade da unidade econômica dos grupos. Para uma visão contrária, é preciso analisar a forma de exercício do poder de controle.

Quando uma sociedade participa do capital de outras sociedades, direta ou indiretamente, e é titular do poder de controle, ela tem duas opções. A primeira é exercer o poder de controle em todas as sociedades controladas e influenciar nas respectivas administrações, seguindo uma estratégia unificada para o conjunto de sociedades. A segunda opção é exercer o poder de controle em cada uma delas de forma isolada, sem pretender a unidade e coordenação (Scognamiglio, 1996, p. 702; Antunes, 1994b, p. 145-146).

Na primeira hipótese, há uma relação de grupo, enquanto na segunda há apenas a relação de controle. A configuração dos grupos societários, desta forma, está relacionada com a maneira como se exerce o poder de controle, tanto em relação à sua intensidade quanto à visão que se tem do todo e da política que é seguida e serve como diretriz.

O elemento ulterior que diferencia a mera relação de controle do grupo existe quando o controlador tem interesses que extrapolam o simples exercício do poder de controle, buscando benefícios outros do que aqueles auferidos como sócio.[38]

Seguindo este raciocínio, os grupos societários existem quando, em uma relação de dependência entre sociedades, o conjunto forma um todo no qual se pode observar a ligação que vai além do simples exercício do controle. Nos grupos, o controlador não tem apenas o interesse de obter os direitos relacionados com a sua posição de sócio,[39] mas também os exerceria de forma a coordenar as atividades de todas as empresas para atingir o melhor resultado global.

A unidade origina-se assim uma fórmula peculiar de organização do controle e, por conseqüência, o grupo de sociedades (Scognamiglio, 1999, p. 702). Aqui vale citar a posição de Giuliana Scognamiglio (1996, p. 39), quando defende que o exercício do controle se dá no interior de cada uma das sociedades. No entanto, o resultado da atividade da *holding*, na qual se considera a participação em várias sociedades, é distinto e ulterior ao resultado perseguido pelas sociedades isoladas. O fim da atividade de direção unitária exercida pela controladora do grupo consiste na organização e valorização econômica do controle sobre uma pluralidade de sociedades. Em outra oportunidade (Scognamiglio, 1996, p. 21), ela afirma que o controlador passa a exercer, profissionalmente e com métodos próprios, a atividade de coordenação e administração de todas as sociedades conjuntamente. Assim, o controle leva em conta uma estrutura organizada (do grupo) e é pressuposto do exercício da atividade de coordenação (Scognamiglio, 1996, p. 21).

Concluo que o elemento diferencial da relação de simples dependência e a de grupo associa-se a uma especial forma de exercício do poder de controle (Scognamiglio, 1999, p. 701), que tem por parâmetro não o interesse da sociedade isolada, mas a política grupal. Sob este ponto de vista, passam a importar a maneira e a finalidade do exercício do controle, que pode manifestar-se segundo diferentes graus de intensidade e extensão (Scognamiglio, 1999, p. 701).

Nesse sentido, acredito que o direito societário brasileiro contempla os grupos de fato, ao prever as relações entre sociedades controladora e controlada, no art. 243, § 2.º, da Lei 6.404/1976.

Uma vez reconhecida a possibilidade da organização da controladora e das controladas, é preciso iniciar pesquisas sobre os limites e os pressupostos para a legitimidade da sujeição das controladas à direção unitária. Não é possível admitir a possibilidade da direção da controladora sem certificar-se que tal direção é legitimada com o exercício do poder de controle nas sociedades controladas (Scognamiglio, 1999, p. 704).

Ademais, em vez de a unidade de direção ser vista como uma forma de subordinação dos interesses das sociedades controladas ao interesse do grupo e da controladora, parte da doutrina moderna vem entendendo a coordenação como elemento

essencial para caracterizar a unidade empresarial formada por vários entes jurídicos. Sobre este tema e após defender a inadequação do único parâmetro da sociedade autônoma, Gunther Teubner (1993, p. 292) afirma:

> Por conseguinte, a imagem do grupo de empresas, orientadora das iniciativas de regulação jurídica nesta matéria, deveria ser *não de hierarquia mas sim a de "rede" (Netzwerk), não a de poder de controlo e de direcção da empresa-mãe mas sim a de coordenação de centros de acção autônomos.* [...] Decisivo é antes tomar a sério a realidade do grupo enquanto coordenação de uma pluralidade de empresas através de uma empresa de segundo grau, a empresa de grupo.

Partindo deste pressuposto e da afirmação que o modelo grupal brasileiro nasceu sem a presunção de ser definitivo, coloco aqui a necessidade de rever alguns temas fulcrais do direito societário, para deixar de lado o cinismo de conviver com empresas organizadas em estruturas grupais exigindo a completa independência e dando tratamento jurídico como se elas fossem autônomas economicamente. Até porque a unidade econômica e organizacional é reconhecida nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica,[40] o que torna o nosso direito dos grupos um tanto contraditório. Para responsabilidade, reconhece-se a unidade; para a visão interna de exercício do poder, continua-se tratando as sociedades como se independentes fossem.

Para isto será preciso revisitar com outros olhos a regra sobre conflito de interesses,[41] as regras de proteção dos que estão fora do poder de controle, em especial as atinentes à informação, as demonstrações financeiras que devem efetivamente espelhar a situação econômica do grupo e não de sociedades isoladas.

Continuar pensando o direito societário estanque significa ignorar as estruturas grupais, isto é, as distintas esferas e organizações da controladora, da controlada e do grupo. Entendo que não é possível igualar a situação de exercício do poder dentro de um grupo, obedecendo a uma política grupal, com o abuso do poder de controle, no qual o controlador busca exclusivamente tirar proveitos próprios e para terceiros, prejudicando interessados como credores e minoritários.

Por outro lado, chamo a atenção para a necessidade de interpretar o direito societário de forma a conciliar a realidade dos grupos econômicos, a partir da aplicação flexível das regras societárias que exigem completa independência econômica das sociedades, sem obviamente esquecer dos interesses relacionados, seja dos acionistas minoritários, seja dos credores.

NOTAS

1 Baseado na experiência da legislação alemã, única à época vigente sobre o tema de forma sistemática, afirmou: "Diante dessa experiência, em país sabidamente mais respeitador de suas leis que o nosso, não se pode deixar de pôr em dúvida o acerto da adoção daquele modelo entre nós" (Comparato, 1975, p. 122).

2 Conforme constata-se no anuário *Valor Grandes Grupos* de 2004.

3 Antes de iniciar, esclareço o limite deste trabalho aos grupos *societários*, isto é, aos grupos econômicos cuja ligação se dá a partir de participações societárias. Tal limite decorre de o objeto deste estudo ser a análise da Lei das S.A. Isto não significa o desconhecimento da existência, com tanta importância, de outras formas de ligação entre empresas, tais como vínculos contratuais ou pessoais. Outro limite do estudo é a abordagem apenas dos grupos de subordinação e não dos grupos contratuais de coordenação, isto é, dos consórcios, disciplinados nos arts. 278 e 279 da Lei 6.404/1976.

4 Sob meu ponto de vista, o conceito de grupos empresariais não tem um valor em si mesmo e seu conteúdo não pode ser encontrado a partir de uma análise isolada, pois deve estar em consonância com os objetivos e finalidades da regulamentação que atribui determinadas conseqüências jurídicas a certas estruturas societárias. Defendo que não há uma unidade do conceito de grupo de empresas de forma a ser aplicado a todo sistema jurídico. Cada ramo do direito deve estabelecer os elementos específicos, levando em consideração os objetivos a serem atingidos, havendo definições diferentes no direito societário, no direito da concorrência, no direito do trabalho, direito tributário etc.

5 No Projeto 634/1975, utilizava-se a expressão "sociedades ligadas".

6 Ainda que não estabeleça normas próprias, Modesto Carvalhosa (2003, p. 420) entende: "Não obstante, para que as normas contidas nos arts. 1.097 a 1.100 do novo Código Civil não sejam inócuas ou meramente descritivas do fenômeno concentracionista, há que interpretá-las como tendo a função de estabelecer-se em todas as sociedades genericamente chamadas de *coligadas* no art. 1.097, a consolidação patrimonial e de resultados das controladas e coligadas nos balanços da controladora ou das coligadas investidoras, sempre pelo método de equivalência patrimonial".

A ausência de regras especiais foi constatada ainda na fase do Anteprojeto pelo Prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães (1973, p. 143): "Mas o que mais se lamenta nesse capítulo é a inexistência de qualquer medida de proteção à minoria acionária e aos credores sociais. Sem tais armas, o capítulo das definições restou ineficaz". Também faz esta observação, J. Lamartine Corrêa de Oliveira (1979, p. 584).

7 Ulrich Immenga (1993, p. 85) menciona que as questões fulcrais sobre os grupos de empresas relacionam-se com as hipóteses em que existe o grupo e com as conseqüências de tal situação.

8 Sobre as características das empresas nacionais da época, vale transcrever a descrição de Rubens Requião da mentalidade dos empresários no final da década de 60 sobre a utilização das sociedades anônimas: "O que é necessário, todavia, é desvincular da mentalidade de nossos empresários a idéia de que a sociedade anônima é cômodo instrumento de interesses apenas privatísticos e familiares. Já é tempo de combatermos esse vezo" (1988, p. 99).

9 Estas metas estão mencionadas no Capítulo IV do II PND (Estratégias Econômicas: opções básicas. Fortalecimento da empresa nacional e capital externo). O incentivo à formação de conglomerados é apontada por Mário Henrique Simonsen e Roberto de Oliveira Campos (1979, p. 206-207).

10 Sobre as razões da Lei 6.404/1976, ver Teixeira e Tavares Guerreiro 1979, p. 3-12. Sobre a Lei das S.A., ver ainda Gomes 1981, p. 1 e ss.

11 Modesto Carvalhosa criticou duramente o Anteprojeto no seu livro *A nova Lei das Sociedades Anônimas*. Seu modelo econômico. Carvalhosa defendeu que o modelo adotado para a criação da grande empresa nacional era inconstitucional, na medida em que "a atuação desses conglomerados se caracteriza exatamente pelo 'domínio dos mercados e a eliminação da concorrência'", ferindo o art. 160 da CF vigente à época (2003, p. 137). Contra o modelo da nova lei e dos poderes concedidos aos controladores, alertou o autor: "Como num regime de despotismo esclarecido o anteprojeto reveste o controlador da figura de varão probo a que não só as companhias como o próprio país deve entregar a edificação da *grande empresa* e do próprio *poder nacional*" (2003, p. 15).

De outro lado, Fábio Konder Comparato, já no início da década de 70, defendia a regulamentação própria da macroempresa, no seu livro *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, capítulo 4, intitulado Por um estatuto da macro-empresa.

12 Apontando o modelo econômico ao qual a lei se propunha alterar, Modesto Carvalhosa (1976, p. 14), ao criticar o Anteprojeto, afirmou: "Um estudo mais orgânico do anteprojeto leva, portanto, à conclusão de que se trata de uma proposta legislativa emergente do atual modelo econômico brasileiro, caracterizado, por um lado, pela hipertrofia e oligopólio das grandes empresas estatais, multinacionais e financeiras e, por outro lado, pela grave atrofia das empresas industriais privadas brasileiras".

13 Ressalta-se que medidas fiscais também foram tomadas. O art. 23 do Decreto-lei 1.338/1974 retirava os impedimentos fiscais para a constituição de *holdings*. Tinha a seguinte redação: "Art 23. Não estão sujeitos ao desconto do imposto de renda na fonte os lucros, os dividendos, as bonificações em dinheiro e quaisquer outros interesses distribuídos por pessoa jurídica a outra pessoa jurídica, em decorrência de participação societária ou acionária".

14 Posteriormente, em 1986, os grupos societários foram disciplinados de forma sistemática em Portugal, no Código das Sociedades Comerciais. Sobre este sistema jurídico, ver Antunes, 2002.

15 Sobre a origem dos grupos convencionais e sua relação com o direito tributário, ver: Immenga, 1978, p. 246; Lutter, 1975, p. 1299; Lutter e Zöllner, 1995, p. 221-222.

16 O direito tributário alemão encorajou a formação dos grupos empresariais, mas sempre tendo em vista vínculos contratuais, que, quando existentes, afastavam a incidência de tributos ou eram condições para determinados benefícios fiscais. Para efeitos fiscais, sociedades agrupadas deviam ser tratadas como uma unidade, sendo tributadas com base nas demonstrações financeiras do grupo. A partir dos anos 20, passou-se a considerar a unidade econômica do grupo para fins tributários, sendo a condição essencial a *Organschaft*, isto é, a companhia deveria ser entendida como um órgão de uma outra, devendo integrar-se econômica e financeiramente e também no seu aspecto organizacional. As vantagens foram as seguintes: não-incidência de bitributação (nos lucros da controlada e nos dividendos distribuídos à controladora) e possibilidade de compensar os lucros e perdas em companhias. Sobre esta questão tributária ver: Immenga, 1993, p. 88-90; Emmerich e Sonnenschein, 1997, p. 18-19; Hopt, 1980, p. 255.

17 Além do modelo dual adotado pela legislação brasileira, em estudo no direito comparado, constatam-se outros dois modelos para disciplina de forma sistemática dos grupos empresariais: (a) orgânico, considerando apenas a situação de participação societária para que haja o reconhecimento do grupo; (b) tipológico, com descrição exaustiva das situações nas quais se configuram os grupos de sociedades.

No modelo orgânico consideram-se a situação de fato e a intenção no exercício do controle, não importando a forma jurídica adotada. A situação grupal deriva de mera situação fática quando se configuram as hipóteses nas quais há unidade econômica de várias sociedades. A existência do grupo não depende de nenhuma manifestação de vontade extra que não a utilização das tradicionais formas societárias.

Outro critério é o estabelecimento de tipos legais nos quais se presume a existência de direção unitária e, portanto, grupo de sociedades. Para tanto, faz-se uma enumeração das situações nas quais se entende existir a situação grupal. Tal tendência é seguida pela política legislativa das Diretivas da União Européia sobre balanço consolidado. Este critério tipológico traz a vantagem da segurança jurídica, uma vez que enumera as situações de existência de um grupo de sociedades. Todavia, peca pela restrição da sua abrangência.

18 A bipartição em grupos de fato e grupos de direito, usualmente utilizada nos estudos sobre o tema, não decorre da legislação, mas corresponde à denominação doutrinária, servindo para facilitar o entendimento da sistemática da lei. A Lei das S.A. não diferencia expressamente os grupos de fato dos grupos de direito, apenas sugere tal distinção. Sobre isto, Oliveira, 1979, p. 584.

19 A *AktG* de 1965 disciplinou os grupos empresariais, introduzindo a divisão em controle contratual e controle de fato de empresa. São previstos cinco tipos contratuais aptos a constituir o que denominam contratos de empresa (*Unternehmensverträge*). As empresas podem firmar contrato de dominação (*Beherrschungsvertrag*), que permite à empresa dominante estabelecer as diretrizes às demais sociedades dependentes, ainda que lhes sejam prejudiciais, desde que respaldadas no interesse da controladora ou de outra sociedade do grupo. Este tipo contratual é o mais importante no estudo comparativo com o direito brasileiro, por assemelhar-se à convenção grupal da Lei 6.404/1976.

Além do contrato de dominação, a *AktG* disciplina ainda o contrato de transferência de lucros (*Gewinnabführungsvertrag* – § 291, 1, e § 301), pelo qual uma sociedade se obriga a transferir a totalidade do seu lucro para outra empresa. Há ainda o contrato de comunhão de lucros (*Gewinnungsgemeinschaft*), pelo qual uma sociedade se obriga a dividir o seu lucro com outra empresa; contrato de transferência parcial de lucros (*Teilgewinnabführungsvertrag*), pelo qual uma sociedade se obriga a transferir parte do seu lucro a outra empresa; e contrato de arrendamento de estabelecimento

(*Betriebspachtvertrag*) ou cessão do direito de exploração de estabelecimento (*Betriebüberlassungsvertrag*), pelo qual uma sociedade se obriga a arrendar o seu estabelecimento ou ceder o direito de explorá-lo a outra empresa.

Em todos estes tipos contratuais, há uma interferência na autonomia da sociedade dependente. Em vista disto, o legislador alemão teve o cuidado de estabelecer mecanismos à proteção das sociedades e de interesses relacionados, como o dos credores e dos acionistas que estão fora do poder de controle.

20 O olhar estrangeiro à nossa legislação, em especial de autores que se ocupam com a análise de direito comparado, aponta a sua simplicidade em razão da falta de rigor com a proteção de terceiros interessados. O professor português José Engrácia Antunes (1994a, p. 325) classifica como curiosa a disciplina brasileira, na medida em que há possibilidade de direção unitária pela controladora, bem como a subordinação dos interesses ao grupo, mas sem a correspondente responsabilidade pelos débitos da filiada. Rafael Mariano Manóvil (1998, p. 200), argentino, entende que a Lei 6.404/1976 merece severas críticas na sua disciplina sobre responsabilidade nos grupos.

21 A noção de disciplina simplificada com o fundamento na facilidade para a adoção de tais mecanismos criados em lei está na Exposição de Motivos de Mário Henrique Simonsen.

22 Constatação do aspecto muitas vezes favorável às empresas conglomeradas feita por Salomão Filho, 2002, p. 37.

23 A convenção grupal é considerada um contrato de organização ou de alteração estatutária. Sobre a natureza do contrato de domínio, ver: Schmidt, 2002, p. 499-500; Emmerich e Sonnenschein, 1997, p. 132 e 139; Rehbinder, 1969, p. 77; Bälz, 1974, p. 324-327.

Na doutrina nacional, Calixto Salomão Filho (1995, p. 57-61; 1998, p. 43-47) utiliza-se da figura do contrato organização para explicar os interesses relacionados com a sociedade.

24 Para os acionistas que estão fora do poder de controle, existe na lei acionária alemã a possibilidade de o minoritário alienar suas ações e receber em contrapartida ações da companhia dominante ou o pagamento em dinheiro pelos valores de suas participações (§ 305 da *AktG*; tal mecanismo denomina-se *Abfindung*). Por outro lado, ao acionista que não tem a intenção de se retirar da sociedade, o § 304 da *AktG* previu a possibilidade de ele ficar na sociedade, sendo-lhe garantida adequada compensação anual (na denominação alemã *angemessener Ausgleich*). Ademais, a adequação dos respectivos valores pode ser revista pelo Judiciário, a pedido de qualquer acionista (§ 306 da *AktG*).

Já nos grupos de fato, em princípio, a controladora não pode exercer a sua influência sobre as dependentes a fim de lhes causar desvantagens. Ocorre que, se tais desvantagens existirem por ação ou omissão da empresa dominante, deverão ser objeto de compensação adequada nos termos do § 311, 1, da *AktG*. Na hipótese de não ser realizada tal compensação, a sociedade controlada, bem como os administradores – tanto da dependente quanto da dominante –, respondem pelos prejuízos. Além disso, os acionistas que estão fora do poder de controle podem pleitear indenização em nome próprio pelos danos que lhes digam respeito diretamente.

O legislador português se preocupa com a proteção dos sócios minoritários, denominados sócios livres, correspondentes aos que não participam do poder de controle. Não estabelece, no entanto, regras para a tutela dos interesses específicos dos credores. No art. 494.º, 1, do CSC, está determinado que a sociedade diretora, no contrato de subordinação, deve comprometer-se a adquirir a participação dos sócios livres da sociedade subordinada. A contrapartida poderá ser um valor pecuniário ou títulos da própria sociedade diretora (art. 495.º), devendo ficar estipulados no contrato o valor, o critério do cálculo e o prazo para pagamento.

Os sócios livres que não são dissidentes da realização do contrato de subordinação podem optar entre alienar a sua participação no capital social ou a garantia de lucro (arts. 499.º e 500.º do CSC). Há também previsão da obrigação da garantia anual de dividendos, como forma de compensação ao acionista que pretende permanecer na sociedade que passa a fazer parte do grupo (art. 494.º, 2, do CSC).

25 Os grupos de fato são abordados a partir do critério de controle societário. Esta afirmação é evidenciada no conceito de sociedade controlada estabelecido no art. 243, § 3.º, da Lei 6.404/1976, nos seguintes termos: "Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores". Além do controle, o legislador define outra relação entre sociedades de natureza mais fraca: a coligação. Na coligação, há participação de uma sociedade em 10% ou mais no capital de outra, mas sem implicar o controle (art. 243, § 1.º).

26 Vale citar Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro (1979, p. 696): "O fato é que, em nossa experiência, a autonomia formal das sociedades, isoladamente consideradas, sempre foi tida como dogma, com abstração quase que absoluta da realidade constituída pelos grupos, como entidades concretas e relevantes com tais para o direito".

27 Informação retirada de texto distribuído pelo Prof. Fábio Konder Comparato na pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, na disciplina ministrada no segundo semestre de 1996, denominada Grupo de Empresas em Direito Comercial Comparado.

Também no *site* do DNRC <http://www.dnrc.gov.br> [acesso em 12.06.2005], na parte que trata das estatísticas sobre os tipos societários utilizados pelos empresários nacionais, não é feita nenhuma menção ao arquivamento de convenções grupais.

28 Exemplificativamente, cita-se o setor do mercado atacadista, destacando os casos do Carrefour, Sonae e Pão de Açúcar.

29 Sobre as estruturas de propriedade e controle das companhias brasileiras, ver: Leal, Silva e Valadares, 2002, p. 7-18.

30 Também é uma das razões apontadas no sistema alemão por Peter Hommelhoff, em opinião manifestada, após a conferência de Knut Bleicher (1988, p. 74).

31 Para estes autores, na análise do direito alemão, torna-se antieconômica a celebração de contrato com o fim de legitimar o exercício do controle conforme o interesse do grupo. Afirmam, assim (1993, p. 352): "Così, in Germania come altrove, vi è un sostanziale disinteresse, per non dire ostilità più o meno aperta, verso l'idea del gruppo con rapporto di dominio formalizzato, mentre il modello di gruppo che continua a recitare il ruolo di protagonista sul palcoscenico del diritto è quello del gruppo informale o di fatto".

32 Sobre este tema, ver as obras de Alfred D. Chandler: *Strategy and structure* e *The visible hand*. O autor, que fez um estudo histórico sobre modificações nas estruturas das empresas americanas, defende que as opções estratégicas são importantes para definir a estrutura organizacional das empresas. Sobre este tema, ver ainda Richard E. Caves, Industrial Organization, Corporate Strtegy and Structure.

33 Sobre estruturas organizacionais, ver Alfred Chandler, *Strategy and structure*; Charles Perrow, *Organizing America, Wealth, power, and the origins of corporate capitalism,* e *Complex organizations. A critical essay;* Henry Mintzberg, *Criando organizações eficazes*: estruturas em cinco configurações. No Brasil, Thomaz Wood Jr., *Novas configurações organizacionais*: pesquisa exploratória empírica sobre organizações locais.

34 Sobre a característica da flexibilidade, ver: Emmerich e Sonnenschein, 1997, p. 13-14. Além desta razão, os autores analisam ainda a segmentação da responsabilidade, sendo estes dois fatores os mais relevantes (1997, p. 14).

Sobre a flexibilidade na organização das empresas discorre Ulrich Immenga (1985, p. 4), afirmando que uma das vantagens é que esta forma de ligação de empresas possibilita a unidade na administração, mas com a manutenção da existência legal separada de cada ente. Assim, como a personalidade jurídica não é atingida, é possível organizar as empresas com grande flexibilidade, permitindo a centralização ou a descentralização. Também sobre a flexibilidade, ligada à autonomia jurídica e controle, ver José Engrácia Antunes (1994a, p. 160-162 e 381).

35 Em uma visão geral, a doutrina e a jurisprudência alemãs estabelecem três tipos de dependência. O primeiro implica a simples relação de dependência (*einfachen Abhangigkeitverhaltniss*), isto é, mero exercício do poder de controle, não havendo necessidade de falar em subordinação da sociedade ao grupo. O segundo representa um grupo de fato simples (*einfacher faktischer Konzern*), no qual há a possibilidade de subordinação dos interesses de uma sociedade, desde que haja a devida compensação. O terceiro tipo de dependência refere-se ao grupo de fato qualificado (*qualifizierter faktischer Konzern*). Sobre esta divisão da situação de dependência com base na intensidade, ver: Emmerich e Sonnenschein, 1997, p. 330.

36 Ulrich Immenga (1985, p. 6) menciona que, para o direito societário, a independência legal da sociedade é baseada na presunção da sua independência econômica, que se expressa no conceito de interesse social.

37 A importância do interesse social é apontada por Pier Giusto Jaeger, logo no início da sua clássica obra sobre o tema (1963, p. 1): "Nella definizione dell'interesse sociale la dottrina scorge il 'problema fondamentale' della società per azioni. Lo studio di questa nozione rappresenta così la ricerca dei princìpi essenziali dell'istituto, visto sotto l'aspetto funzionale".

38 Neste sentido, Giuliana Scognamiglio (1996, p. 39) menciona que na existência de direção unitária os atos e os interesses do controlador não se exaurem no exercício dos seus direitos sociais inerentes à posição de sócio, pois possuem um valor ulterior.

39 Sobre estas diferenças ver: D'Alessandro, 1978, p. 103.

40 Como exemplos de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que tratam da desconsideração da personalidade jurídica a partir da visão unitária do grupo, cito: ROMS 12.872-SP, REsp 211.619-SP, ambos da 3.ª Turma; AREDResp 86.502-SP, 2.ª Seção.

41 Sobre este tema, ver: Prado, *A interpretação da regra de conflito de interesses nos grupos societários de fato conforme a Lei 6.404/76*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, José Engrácia. Liability of corporate groups. *Autonomy and control in parent-subsidiary relationschips in US, German and EU Law*: a international and comparative perspective. Deventer, Boston: Kluwer, 1994a.

———. *Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e direcção dos grupos societários*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1994b.

———. *Os grupos de sociedades.* Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

BÄLZ, Ulrich. Einheit und Vielheit im Konzen. *Funktionswandel der Privatrechtsinstituitionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburstag,* Tübingen: Mohr, 1974. p. 287-338.

BLEICHER, Knut. Forderungen strategischer und struktureller Unternehmensentwicklung an die rechtliche Konzipierung des Konzerns. In: DRUEY, Jean Nicolas (Org.). *Das St. Galler Konzernrechtspräch*. Konzernrecht aus der Konzerwirklichkeit. Stuttgart: Paul Haupt, 1988. p. 55-75.

CARVALHOSA, Modesto. *A nova Lei das Sociedades Anônimas*. Seu modelo econômico. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

———. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*: arts. 243 a 300, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a. v. 4, t. 2.

———. *Comentários ao Código Civil*. Parte especial. Direito da empresa. Coordenação de Antonio Juqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003b. v. 13.

CAVE, Richard E. Industrial Organization, Corporate Strategy and Structure. *Journal of Economic Literature*, 18, 1980, p. 64-92.

CERRAI, Alessandro; MAZZONI, Alberto. La tutela del socio e delle minoranze. In: ABBADESSA, Pietro; ROJO, Angel (Org.). *Il diritto delle società per azioni*: problemi esperienze, progetti. Milano: Giuffrè, 1993. p. 339-435.

CHANDLER, Alfred Dupont. *Strategy and structure*: chapter in the history of the industrial enterprise. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1962.

———. *The visible hand*: the managerial revolution in American business. Cambridge: Harvard University, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. Anteprojeto de Lei de Sociedades por Ações. *Revista de Direito Mercantil* 17/122, 1975.

———. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações. *Revista de Direito Mercantil* 23/106, 1976.

———. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970.

D'ALESSANDRO, Floriano. La nuova disciplina dei gruppi di società (nota esegetische). *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1978. p. 103

EMMERICH, Volker; SONNENSCHEIN, Jürgen. *Konzernrecht*. 6. ed. Munique: CH Beck, 1997.

GOMES, Orlando. Fontes e significado das inovações da L n. 6.404. *Revista Forense,* ano 77, v. 275, p. 1, jul.-ago. 1981.

HOPT, Klaus. Grupos societários no sistema legal da Alemanha. *Revista Brasileira de Mercado de Capitais,* v. 6, n. 17, p. 222, maio-ago. 1980.

IMMENGA, Ulrich. Konzernverfassung *ipso facto* oder durch Vertrag? Zum Stand der Konzernrechtsdiskussion in der europäischen Gemeinschaft, *Europarecht*, 13, p. 242-268, 1978.

Abhängige Unternehmen und Konzerne im europäischen Gemeinschftsrecht. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, p. 48-80, 1984.

———. Company systems and affiliation. *International encyclopedia of corporative law*: business and private organization. Tübingen: Mohr, 1985. v. 13.

———. The law of groups in the Federal Republic of Germany. In: WYMEERSCH, Eddy (Org.). *Groups of Companies in the EEC*. A survey report to the European Commission on the law relating to corporate groups in various member States. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1993. p. 85.

JAEGER, Píer Giusto. *L'interesse sociale*. Milano: Giuffrè, 1963.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.*: pressupostos, elaboração e modificação. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Sociedades coligadas e consórcio. *Revista de Direito Mercantil,* São Paulo, n. 12, p. 137-148, 1973.
LEAL, Ricardo P.; SILVA, A. Carvalhal da; VALADARES, Silvia. Estrutura de controle e propriedade das companhias brasileiras de capital aberto. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 6, n. 1, p. 7-18, 2002.
LUTTER, Marcus. Dieci anni di diritto tedesco dei gruppi: valutazione di un'esperienza. *Rivista delle Società,* ano 20, fasc. 6, p. 1295, 1975.
———; ZÖLLNER, Wolfgand. Das Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland. In: BALZARINI, Paola; CARCANO, Giuseppe; MUCCIARELLI, Guido (Coord.). *Il gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*. Milano: Giuffrè, 1995. v. 1, p. 232.
MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
MANTEGA, Guido. O programa de privatizações brasileiro e sua repercussão na dinâmica econômica. *NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações.* Relatório n. 53/2001. São Paulo: EAESP – FGV, 2001. p. 7. (Série Relatórios de Pesquisa.)
MINTZBERG, Henry. *Criando organizações eficazes*: estrutura em cinco configurações. São Paulo: Atlas, 2003.
OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
PERROW, Charles. *Organizing America*: wealth, power and the origins of corporate capitalism. Princeton: Princeton University, 2002.
———. *Complex Organizations:* a critical essay. 3 ed. New York: McGraw-Hill, 1986.
PRADO, Viviane Muller. *A interpretação da regra de conflito de interesses nos grupos societários de fato conforme a Lei 6.404/76*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Comercial) –Universidade de São Paulo, São Paulo.
REHBINDER, Eckard. *Konzernaussenrecht und allgemeines Privatrecht. Eine Rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und americanischem Recht.* Berlin: Gehlen, 1969.
REQUIÃO, Rubens. A sociedade anônima na economia moderna. *Aspectos modernos de direito comercial (Estudos e pareceres)*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
———. O novo direito dos grupos: conflito de interesses "versus" regra de responsabilidade. *O novo direito societário.* São Paulo: Malheiros, 1998. p. 169.
———. Interesse social: a nova concepção. *O novo direito societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25-51.
SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. 4. ed. Colônia: Carl Heymanns, 2002.
SCOGNAMIGLIO, Giuliana. "Gruppo" e "controllo": tipologia dei gruppi di imprese. *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*. Turim: Giappichelli, 1996. p. 1-118.
———. Gruppi bancari e non: legge e autonomia privata nella configurazione del modello organizativo. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, n. 9-10, p. 701, set.-out. 1999.
SIMONSEN, Mário Henrique; CAMPOS, Roberto de Oliveira. *A nova economia brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1979.
TEIXEIRA, Egberto Lacerda; TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979.
TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
VALOR GRANDES GRUPOS, n. 3, dez. 2004.
VIEIRA, Edson Roberto; CORRÊA, Vanessa Petrelli. Mercado de capitais e governança corporativa no Brasil: reflexões sobre os movimentos recentes. 1999, Disponível em: <http://www.bnb.gov.br/projforumeconomia/docs/MESA_8_ART_23.pdf>. Acesso em: 14 out. 2004.
WOOD JR., Thomaz. Novas configurações organizacionais: pesquisa exploratória empírica sobre organizações locais. *NPP-Núcleo de Pesquisas e Publicações.* Relatório n. 37/2001. São Paulo: EAESP-FGV, 2001 (Série Relatórios de Pesquisa.)

Viviane Muller Prado

Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Edesp/FGV).

Doutora pela Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Comercial.

ESTRUTURA E RESPONSABILIDADE DA EMPRESA: O MODERNO PARADOXO REGULATÓRIO [1]

José Engrácia Antunes

STRUCTURE AND LIABILITY OF ENTERPRISE: THE MODERN REGULATORY PARADOX

RESUMO

O regime legal da responsabilidade empresarial foi sempre, em grande medida, fruto da evolução histórica das próprias formas jurídicas da empresa. Na sequência dos regimes da empresa individual (responsabilidade ilimitada da pessoa física do empresário) e da empresa societária (responsabilidade limitada dos accionistas da pessoa colectiva), a emergência da empresa de grupo como forma típica de organização da grande empresa global do séc. XXI veio abrir uma verdadeira crise nos quadros jurídico-societários tradicionais. Depois de encetar uma análise dos principais modelos legislativos existentes a nível mundial (modelo "tradicional" norte-americano, modelo "revolucionário" europeu, modelo "dualista" alemão), o autor acaba por concluir pela existência de um paradoxo regulatório no seio do próprio Direito das Sociedades Comerciais.

PALAVRAS-CHAVE

Direito das Sociedades Comerciais, Grupos de Sociedades, Personalidade Jurídica, Responsabilidade Limitada dos Accionistas,Empresa

ABSTRACT

The legal system of enterprise liability is, by and large, tributary of the legal forms for the organisation of business enterprise. By superseding the traditional forms of the unincorporated enterprise owed by an individual ("empresa individual") and the single incorporated enterprise owed by a legal person ("empresa societária"), the emergence of the new form of the group enterprise ("empresa de grupo") in the global economy of the XXI century opened a crisis in the regulatory framework of classical Company Law. After analysing the major types of regulatory strategy in comparative law (the American "entity law approach", the European "enterprise approach" and the German "dualistic approach"), the author concludes with what might be considered as a rather polemical proposition: the group enterprise is a strange business creature generated in the womb of a branch of law, Company Law, which is based upon a paradox.

KEYWORDS

Company Law, Groups of Companies, Legal Personality, Limited Liability of Shareholders, Enterprise

I Introdução

A *empresa* ("enterprise", "Unternehmen", "entreprise", "impresa") constitui uma das mais relevantes instituições económicas[2], sociais[3], políticas[4], e até culturais[5] do último século, que desenvolve, por definição, uma actividade de risco.

Com efeito, a empresa pode originar perdas, tornar-se insolvente, ou mesmo colapsar totalmente, arrastando-se assim consigo as esperanças daqueles que nela investiram directamente o seu património (sócios), daqueles que lhe concederam

crédito (credores) ou daqueles que lhe asseguraram a força laboral a troco de uma contrapartida monetária (trabalhadores). Ela é igualmente fonte de uma enorme variedade de externalidades económico-sociais, que se projectam tanto no domínio puramente privado como no domínio público: com uma frequência crescente, as empresas moernas produzem ou distribuem bens e serviços defeituosos, danosos para os respectivos consumidores individuais, ou então opera em segmentos industriais potencialmente nocivos ou perigosos para as comunidades sociais no seu conjunto (v.g., indústria nuclear, petrolífera, farmacêutica, química, biotecnológica), originando catástrofes ecológicas de dimensões e sequelas sem precedentes na história humana.

Sendo essencialmente uma actividade de risco, evidentemente alguém deverá pagar ou suportar o preço desse risco. A pergunta é então, singelamente, a seguinte: *Quem responde pelo risco empresarial?*

II Estrutura e Responsabilidade Empresarial

Os sistemas legais de imputação dos custos e riscos gerados pela actividade empresarial sofreram uma profunda evolução ao longo dos tempos. Tal evolução progrediu a par e passo com a evolução das próprias formas jurídicas da empresa: de uma perspectiva histórica, pode afirmar-se que as principais formas ou estruturas jurídico-empresariais são a *empresa individual* (explorada por uma pessoa física, o comerciante ou empresário individual), a *empresa social* (explorada por uma pessoa colectiva, a sociedade comercial), e a *empresa de grupo* (explorada através de um conjunto mais ou menos vasto de pessoas colectivas societárias).

1 A Empresa Individual

1.1 Economia Concorrencial e Empresa Individual

Durante séculos e séculos, os sistemas económicos vigentes corresponderam à imagem de um universo económico *concorrencial*, cuja célula constituinte fundamental era então constituída pela *empresa individual*, explorada pelo pequeno empresário ou comerciante singular ("empresario-persona física", "Einzelkaufmann", "commerçant individuel", "imprenditore").

De facto, no contexto de uma economia predominantemente rural, artesanal e mercantil, como foi aquela que precedeu o capitalismo industrial dos sécs. XVIII e XIX, o mundo económico era compreensivelmente, e no essencial, um mundo de pequenas unidades económicas, de natureza agrária ou artesanal, dotadas de meios financeiros exíguos, uma estrutura rudimentar (reunião numa mesma pessoa da propriedade e gestão desses meios), nenhuns ou poucos trabalhadores (a mais das vezes limitados ao próprio comerciante e sua família), relações comerciais circunscritas, e servindo mercados locais e uma procura estática.[6]

Neste contexto, não surpreende que a figura legal da empresa individual – actor paradigmático deste direito comercial emergente (Thomas RAISER)[7] – representasse assim o quadro jurídico de organização da actividade económico-empresarial mais difundido: como nota Tom HADDEN, "o empresário individual era ainda a figura-chave: era ele que suportava com o seu património pessoal os riscos da exploração económica, que reunia o capital e a força laboral necessárias, e que administrava directamente toda essa exploração. A empresa colectiva ou societária não fora ainda, como tal, objecto de qualquer atenção por parte dos fundadores da economia moderna".[8]

1.2 A Responsabilidade Empresarial: O Direito dos Comerciantes

O sistema jurídico adaptou-se a este sistema económico, sobretudo nos países da "Civil Law", através da criação e desenvolvimento de um *Direito Comercial* ("Derecho Mercantil", "Handelsrecht", "Droit Commercial", "Diritto Commerciale"), enquanto espécie de *direito privativo dos comerciantes individuais*.

Permanecendo a empresa uma instituição largamente desconhecida no contexto deste sistema jurídico, compreende-se que a regulação jurídica dos aspectos relativos ao respectivo nascimento, vida e morte – incluindo assim, portanto, da questão específica da responsabilidade pelos riscos e custos gerados pela actividade empresarial – tenha permanecido abandonada aos princípios gerais desse ordenamento jusmercantilista tradicional. Sendo a empresa individual desprovida em si mesma de qualquer tipo de individualidade jurídica e sendo a sua actividade explorada directamente e em nome próprio pelo indivíduo seu titular (o empresário), tornava-se inevitável que fosse este a suportar pessoalmente a totalidade do risco da empresa, ou seja, a responder juridicamente pelo conjunto das dívidas contraídas ou resultantes da exploração desta[9]. Semelhante regime, além de consistente com o princípio geral da unidade do património consagrado pela generalidade das ordens jurídicas (segundo o qual cada indivíduo responde com a totalidade dos seus bens presentes e futuros perante os respectivos credores[10]), estava ainda em linha com um fundamental "standard" jusprivatista em sede de responsabilidade: o *nexo entre poder e responsabilidade* ("Herrschaft und Haftung"), de acordo com o qual quem pratica em proveito próprio uma determinada acção ou omissão deverá suportar os encargos ou as consequências negativas daquelas decorrentes ("ubi commoda ibi incommoda").

Assim sendo, e suma, pode afirmar-se que o *regime legal da responsabilidade desta primitiva forma ou estrutura de organização empresarial, a empresa individual, se centrava exclusivamente na pessoa física ou singular do seu titular*: sem prejuízo de alguns casos excepcionais, decorrentes da interposição fictícia de terceiros (v.g., o chamado empresário oculto) ou de figuras só muito mais tarde admitidas pelos legisladores[11], a regra era indubitavelmente a de que era o empresário que respondia com todo o seu património pelo risco da empresa.

2 A Empresa Societária

2.1 Economia Concentracionística e Sociedade Comercial

A partir dos finais do séc. XVIII e inícios do séc. XIX, esta situação sofreria uma radical transformação. Com a passagem de uma economia de tipo artesanal e mercantil a uma economia assente na produção e manufactura em massa, operada na sequência da Revolução Industrial, o modelo económico atomístico-concorrencial das inúmeras pequenas empresas individuais – o qual, de resto, segundo alguns, "nunca terá sido mais que uma pura construção lógica" (PERROUX)[12] – foi dando progressivamente lugar a um mundo caracterizado pela *concentração*, no qual, inversamente, os vários sectores do mercado aparecem dominados por um número cada vez mais reduzido de grandes empresas monopolísticas.[13]

O protagonista central deste novo sistema económico rapidamente deixaria de constituir a empresa individual, explorada por uma pessoa física ou singular, para passar a rever-se quase esgotantemente na empresa colectiva ou societária, explorada por uma pessoa jurídica ou moral: a *sociedade comercial* ("Company", "Gesellschaft", "Société", "Società"), muito em particular a sociedade anónima ("Corporation", "Aktiengesellschaft", "Société Anonyme, "Società per Azioni"). A razão fundamental para tal é evidente: o sistema económico então emergente trazia consigo novas exigências para o exercício da actividade empresarial – de natureza financeira (reunião massiva de capitais e de activos patrimoniais), organizativa (gestão profissionalizada e força laboral) e legal (limitação de risco, estabilidade) – a que o figurino da empresa em nome individual não podia manifestamente corresponder, e que apenas o instituto mais elaborado e complexo da sociedade comercial poderia satisfazer.

Assim, e desde logo, a sociedade anónima – que celebrou recentemente o seu quadricentenário[14] – veio responder aos *imperativos financeiros* do emergente sistema económico-empresarial: ao mesmo tempo que se tornavam patentes as insuficiências do modelo tradicional da empresa individual para assegurar em continuidade os recursos financeiros exigidos pelo seu próprio processo de expansão (até aí fundamentalmente assente na solvabilidade e crédito pessoal do próprio empresário), as sociedades por acções rapidamente se assumiram como instrumento jurídico-organizativo por excelência da grande empresa dos nossos dias, graças à sua aptidão para funcionar como uma verdadeira "bomba de capital" (SCHMALENBACH) ao permitir uma concentração massiva de capitais graças à captação do aforro de inúmeros pequenos investidores individuais[15]. Depois ainda, o instituto societário veio responder ainda a relevantes imperativos *organizacionais*: ao contrário da rudimentar organização da empresa individual (onde os diversos factores produtivos e competências organizacionais se concentravam indiferenciadamente numa mesma e única pessoa, o empresário), a empresa societária institucionalizava estruturas jurídicas de governo empresarial aptas a garantir a necessária separação dos vários

poderes organizativos (deliberativos, executivos, e fiscalizadores) e a especialização funcional dos factores do capital ou propriedade (accionistas), da gestão ou controlo (administradores, directores, gerentes), e do trabalho (trabalhadores), que são também características da empresa dos nossos dias. Finalmente, verdadeiro "corpus mysticum" baseado na personificação jurídica de um ente moral distinto dos indivíduos que a criaram, o instituto da sociedade comercial era portador de diversas *vantagens jurídicas* comparativas que haveriam de ofuscar definitivamente o velho modelo da empresa individual: entre tais vantagens, para além da consabida limitação do risco da exploração empresarial (de que falaremos já em seguida), avultam as existentes em matéria da estabilidade da organização empresarial – permitindo-lhe sobreviver incólume às vicissitudes do seu substracto pessoal –[16] e de transmissão da organização empresarial – agilizando enormemente a circulação da propriedade dos recursos produtivos.[17]

Técnica jurídica de organização da empresa moderna[18] – de quem já se chegou mesmo a afirmar pomposamente tratar-se da maior descoberta dos tempos modernos[19] –, a sociedade comercial aparecia assim como que predestinada a fornecer "a estrutura legal necessária ao funcionamento do sistema económico então emergente"[20], em virtude da sua aptidão única para institucionalizar juridicamente os imperativos financeiros, organizativos e jurídicos inerentes à dinâmica concentracionística desse mesmo sistema.

2.2 A Responsabilidade Empresarial: O Dogma da Autonomia Societária

É óbvio que, com semelhante transformação das estruturas económicas de organização da empresa, eram também as estruturas jurídicas dessa mesma organização que sofriam uma importante mutação. Não surpreende assim que, do mesmo modo que ao lado da empresa individual, explorada por uma pessoa física, se fora afirmando gradualmente a empresa societária, explorada por uma pessoa colectiva (a sociedade comercial), também assim ao lado do tradicional *direito dos comerciantes* se haja começado a autonomizar e a sedimentar um *direito das sociedades comerciais* ("Company Law", "Gesellschaftsrecht", "Droit des Sociétés", "Diritto delle Società").[21]

Deve-se começar por salientar que este nóvel ramo jurídico assenta, da sua origem aos nossos dias, num dogma fundamental: *o dogma da autonomia da sociedade*[22]. Com efeito, o modelo legal clássico da sociedade ("Idealtypus der Aktiengesellschaft"[23], "received legal model of the corporation"[24], "société anonyme typique"[25]) foi sempre o da grande empresa cujo capital social se encontra disperso por uma miríade de pequenos accionistas individuais e cujo governo se encontra confiado a administradores independentes que actuam na prossecução dos interesses económicos da própria empresa[26]. A construção técnico-jurídica deste dogma da autonomia societária foi conseguida graças aquilo que hoje bem poderíamos designar como as duas *"vacas sagradas"* do direito societário tradicional: o reconhecimento de

personalidade jurídica própria à empresa societária e a concessão de uma responsabilidade limitada aos respectivos sócios-proprietários.[27]

Por um lado, graças à atribuição de *personalidade jurídica* ("legal personality", "Rechtspersönlichkeit", "personnalité morale", "personalità giuridica"), a empresa passou a constituir, outrossim que um ente economicamente autónomo, um ente juridicamente independente, dotado dos seus próprios direitos e obrigações, do seu próprio património activo e passivo[28]: consequência fundamental deste "status" legal independente foi assim a introdução de uma separação tangente e clara entre a esfera jurídica dos "proprietários" da empresa (accionistas, investidores) e a esfera jurídica da empresa em si mesma, separação essa que, entre outras implicações, acarreta a de que apenas à última poderão ser imputáveis juridicamente os custos e as dívidas decorrentes da actividade praticada em seu nome. Por outro lado, e porventura mais importante ainda, um princípio absolutamente revolucionário, especificamente relativo à alocação dos riscos empresariais, haveria de ser introduzido nas legislações societárias do final do séc. XIX para, desde então, se tornar naquilo que alguns reputam ser mesmo "o princípio fundamental do direito societário"[29]: falamos naturalmente do princípio da *responsabilidade limitada dos accionistas* perante as dívidas da sociedade ("limited liability", "Haftungbeschränkung", "responsabilité limitée", responsabilità limitata"). É talvez importante sublinhar neste ponto que, apesar de revolucionária, esta regra visava ainda alinhar-se com os "standards" jusprivatísticos gerais existentes em matéria de imputação do risco, mais atrás referidos: ao passo que a empresa individual é totalmente gerida e controlada pelo próprio comerciante ou empresário individual, assim se justificando que apenas a este este sejam imputáveis as dívidas contraídas na sua exploração, o papel do pequeno accionista individual das grandes sociedades de capitais no plano da respectiva administração é extremamente limitado, para não dizer quimérico, assim legitimando ou mesmo impondo concomitantemente uma limitação da respectiva responsabilidade[30]: por outras palavras, em matéria de exploração e gestão de actividades empresariais, se, positivamente, a um poder ilimitado deve corresponder uma responsabilidade ilimitada ("keine Herrschaft ohne Haftung"), então também, negativamente, *a um poder limitado deverá corresponder uma responsabilidade limitada* ("keine Haftung onhe Herrschaft")[31]. Este foi, sem dúvida, o "leitmotive" subjacente à primeira consagração histórica deste princípio, no art. 33º do Código de Comércio francês de 1807[32]: e desde então, na maior parte dos países, pode afirmar-se que semelhante limitação da responsabilidade foi entendida essencialmente como um "correlato"[33] ou uma "consequência"[34] do papel tipicamente anónimo e passivo do accionista.[35]

Em suma, com a introdução do dogma da autonomia societária e das duas "vacas sagradas" em que aquele se consubstanciou, pode dizer-se que o problema da responsabilidade empresarial entrou verdadeiramente numa nova era. Ao passo que, no caso da empresa individual, o empresário suportava totalmente o risco da

respectiva exploração (sendo responsável com todo o seu património pessoal, e até familiar, perante os credores empresariais), já no caso de a mesma empresa ser explorada por uma sociedade comercial de capitais *a parte mais significativa do risco da exploração empresarial ("rischio d'impresa", "Unternehmensrisiko") acaba por poder ser transferida para o mercado de crédito*, já que os seus sócios fundadores apenas são responsáveis pelo investimento de capital que se propuserem realizar, permanecendo imunes às dívidas sociais.[36]

3 A Empresa de Grupo

3.1 Economia Global e Empresa de Grupo

A dinâmica do sistema económico e da sua célula básica, a empresa, não parou, porém, aqui. Numa confirmação inequívoca da "aceleração da história"[37] do nosso tempo, o sistema económico concentracionístico, nascido nos finais do séc. XIX e sedimentado nos inícios do séc. XX, haveria de complexificar-se extraordinariamente a partir de meados deste século, com o advento da chamada Terceira Revolução Industrial: *globalização da economia*, eis a palavra-chave do novo sistema económico emergente em pleno dealbar do séc. XXI.[38]

As características distintivas deste novo sistema económico – internacionalização e interdependência dos mercados nacionais, universalização do modelo de mercado livre, revolução tecnológica e das comunicações, aumento exponencial do volume das transacções comerciais e financeiras, progressiva eliminação das barreiras ao comércio internacional – tornariam progressivamente obsoleto o modelo tradicional da sociedade comercial individual, o qual viria a dar lugar à formação de *grupos de sociedades*. Técnica revolucionária de organização jurídica da empresa moderna, o grupo pode ser definido, a benefício de ulterior explicitação, como um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora formalmente a sua própria autonomia jurídica (sociedades-filhas, "subsidiaries", "Tochtergesellschaften", "filiales", "filiali"), se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária exercida por uma outra sociedade (sociedade-mãe, "group headquarters", "Muttergesellschaft", "cappo-gruppo", "société-mère").[39]

Não podem existir dúvidas sobre a primazia actual da empresa de grupo ou empresa plurissocietária. Os cadastros estatístico-societários disponíveis nos três maiores mercados mundiais (a famosa "Global Triad": Estados Unidos da América, União Europeia, Japão) indiciam uma inequívoca tendência das sociedades para perderem o seu originário estatuto de independência, recorrendo crescentemente à técnica do grupo societário: assim acontece com cerca de 70% das sociedades comerciais na Alemanha, 50% na Suíça, 60% na França, 55% na Inglaterra, 65% nos Estados Unidos, e 88% no Japão[40]. Ao nível internacional, o cenário é porventura ainda mais impressionante. Entre as 100 entidades económicas mais poderosas

do globo, contam-se cinquenta Estados-nação e cinquenta empresas multinacionais[41]: o volume de negócios das oito maiores empresas multinacionais (Exxon, GM, Ford, General Electric, IBM, Microsoft, Texaco, Shell) é superior à soma do volume orçamental bruto de seis dos maiores Estados-membros da União Europeia (Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda, Luxemburgo); e o volume de negócios de muitas dessas empresas chega mesmo, por si só, a ser superior ao produto nacional bruto de mais de 130 nações, entre as quais Portugal (é o caso do grupo "General Motors"). Ora, personagens centrais do imaginário económico-político contemporâneo[42], talvez ainda não se tenha atentado suficientemente sobre a circunstância de a estrutura organizativa destas empresas se reconduzir basicamente, afinal, às técnicas de coligação intersocietária, não constituindo estas, de um ponto de vista organizacional, senão puros grupos societários, aqui apenas acrescidos do elemento da transnacionalidade dos elementos componentes. A frieza dos números não deixa senão espaço para uma conclusão: o átomo cedeu progressivamente o seu lugar à molécula, tendo a fisionomia da prática empresarial contemporânea deixado de ser fielmente retratada pela sociedade individual e isolada (empresa unissocietária) para passar a vir reflectida essencialmente na emergência de grupos societários (empresa de grupo ou empresa plurissocietária), que assim se tornou verdadeiramente no "actor central do nosso sistema económico" (BAUER/ COHEN).[43]

3.2 A Emergência do Fenómeno do Controlo Societário

Surpreendentemente, esta radical transformação dos sistemas económicos (concentração "versus" globalização") e das estruturas organizativas da sua célula básica, a empresa (unissocietária "versus" plurissocietária), apenas se tornou possível graças a uma relevantíssima evolução verificada no seio do próprio Direito Societário contemporâneo: a consagração do fenómeno do *controlo intersocietário*.[44]

Na verdade, como acima se sublinhou, a empresa de grupo ou multissocietária constitui uma nova e revolucionária forma de organização jurídica da empresa moderna, na qual uma pluralidade de entes societários juridicamente distintos é submetida a uma direcção económica unitária. Ora, seria justamente a legitimação e consagração de diversos mecanismos de controlo de sociedades sobre sociedades, ocorrida progressivamente em todas as ordens jurídico-societárias contemporâneas, que viria a conferir viabilidade prática e consistência jurídica a semelhante forma de organização empresarial: na verdade, foram tão mecanismos que permitiram o estabelecimento da típica e complexa rede de laços intersocietários sobre a qual repousa toda a empresa grupal (pluralidade jurídica) e é graças a eles que o respectivo vértice hierárquico assegura a coordenação estratégica e a coesão económica do todo empresarial (unidade económica). Semelhantes mecanismos de controlo intersocietário, da mais variada natureza, são hoje inumeráveis[45], englobando instrumentos de natureza *financeira* – "maxime", participações intersocietárias de capital –[46], de natureza *organizativa* –

desde as consabidas divergências legais ou estatutárias à regra da proporcionalidade entre capital e voto (v.g., acções preferenciais sem voto, acções com voto duplo, cumulativo ou plural, "golden shares", cláusulas oligárquicas), até aos acordos parassociais ("voting trusts", "Stimmenrechtsbindungsverträge", "patti parasociali di voto") e às procurações de voto ("proxy rights", "Depotstimmrecht") –[47], de natureza *contratual* – designadamente, os chamados "contratos de empresa", v.g., os destinados a assegurar o domínio entre sociedades ("Beherrschungsverträge", "contrat d'affiliation", "contrato de subordinação", "convenção de grupo") ou a transferência dos seus resultados financeiros ("Gewinnabführungsverträge", "proft pools", "convenção de atribuição de lucros") –[48], de natureza *pessoal* – "maxime", a identidade dos indivíduos que compõem a estrutura accionista ou os órgãos de administração de duas ou mais sociedades ("interlocking board directorates", "personelle Verflechtungen", "vincoli personali", "unions personnelles")[49] –, ou até de natureza puramente *fáctica* (v.g., contratos de direito civil e comercial comum, posições estratégicas de mercado).[50]

Em suma, o controlo intersocietário constitui o princípio energético da nova realidade empresarial multissocietária, constituindo o seu "crucial point" (HOOD/YOUNG)[51], o seu "substantial axle" (WALLACE)[52] ou o seu "vital link" (BLUMBERG)[53]. Não fora a consagração legal de tais mecanismos, os grupos societários, mas do que simplesmente condenados à clandestinidade, seriam hoje um fenómeno verdadeiramente impensável.

3.3 Responsabilidade Empresarial. Ordem de Sequência

Chegados aqui, é fácil de imaginar a sequência dos acontecimentos.

O tradicional Direito das Sociedades é, dissémo-lo já, o direito da sociedade individual e independente: todo o edifício jurídico-societário arranca dum modelo pressuposto da sociedade comercial como uma entidade económica e juridicamente autónoma, que desenvolve a sua actividade económico-empresarial na execução de uma vontade social e de um interesse social próprios, definidos soberanamente pela colectividade social[54]. Ora, a irrupção dos grupos societários estava condenada a vir abrir uma *crise sem precedentes nos quadros jurídico-societários tradicionais*, dado que o postulado de referência em que estes assentam – o estatuto "ideal" ("Gesetztypus") da sociedade isolada e autónoma – está em total oposição com aquele que constitui afinal o traço distintivo daquela nova forma de organização empresarial – o estatuto "real" ("Lebentypus") de sociedade coligada e controlada.

Tal discrepância entre norma e realidade arrisca-se assim a criar uma perigosa lacuna para o sector mais importante da vida económico-empresarial do séc. XXI – aquele que é protagonizado pela empresa plurissocietária –, arrastando consigo distorções perversas que se projectam potencialmente sobre todos os aspectos da sua regulação jurídica (constituição, administração, fiscalização, financiamento, dissolução) e

sobre todos os tipos de destinatários jurídicos nela envolvidos (sócios, credores, administradores, trabalhadores, Estado)[55]. Ora, uma das áreas onde a lacuna é mais gritante e o desafio mais premente, é justamente a relativa ao regime de responsabilidade da empresa plurissocietária.

A ela que serão dedicadas as próximas linhas.

III A Responsabilidade da Empresa Plurissocietária: Uma Perspectiva Comparativa

1 Generalidades

O regime de responsabilidade da empresa plurissocietária constitui hoje *a pedra de toque* da regulação jurídica desta nova forma de organização empresarial, podendo afirmar-se existir mesmo um consenso neste ponto entre os juristas de ambos os lados do Atlântico: assim, se um dos mais reputados juscomercialistas da "Civil Law" se refere a tal regime como "*o* problema crucial da regulação dos grupos de sociedades" (Marcus LUTTER)[56], não falta mesmo quem, proveniente da tradição da "Common Law", vá mesmo mais longe, referindo-se àquele "como um dos grandes problemas irresolvidos do moderno direito societário" (Clive SCHMITTHOFF).[57]

1.1 Sua Importância Prática

Do ponto de vista prático, não existem hoje quaisquer dúvidas sobre o enorme impacto do problema da responsabilidade empresarial plurissocietária no contexto da moderna litigância económica.

A melhor prova deste impacto é o *número absolutamente avassalador de disputas judiciais e arbitrais* cuja questão central reside invariavelmente na inadequação do regime geral de responsabilidade, consagrado pelo tradicional direito societário para o caso da empresa monossocietária, para tratar o emergente fenómeno da empresa plurissocietária: foi recentemente estimado que, apenas na área metropolitana de Nova Yorque, são intentadas duas a três acções judiciais por dia nas quais o autor, contestando a aplicação da ficção jurídica da autonomia societária à empresa de grupo, pede ao tribunal que a sociedade-mãe responda pela conduta ou débitos das respectivas sociedades-filhas[58]. Mais ainda. Longe de possuírem uma expressão meramente privada, envolvendo apenas os interesses de credores individuais voluntários, tais casos assumem frequentemente uma *dimensão pública* e envolvem uma enorme massa indiferenciada de credores involuntários[59]: catástrofes ecológicas e comunitárias provocadas por grandes grupos multinacionais, tais como "Hoffmann-La Roche" em Itália (1976), "Amoco Cadiz" em França (1978), "Exxon Valdez" nos EUA (1983), ou "Bhopal" na Índia (1984), são apenas algumas das ilustrações mais dramáticas disso mesmo[60]. Este problema, aliás, ameaça agravar-se, dado que, como

tem sido revelado por vários estudos, empresas operando num número crescente de segmentos de mercado (tais como, por exemplo, a indústria nuclear, aeronáutica, farmacêutica, biotecnológica, química, transportadora, e outras semelhantes) optam tipicamente por se organizar artificialmente sob a forma de complexos agregados de sociedades individuais subcapitalizadas às quais são adscritas as suas actividades mais melindrosas ("dirty business") ou com elevadas externalidades sócio-económicas, como forma de evitar a exposição ao risco empresarial.[61-62]

1.2 O Dilema Teórico

Mas também do ponto de vista teorético a questão em epígrafe constitui um gigantesco desafio à inventiva do jurista contemporâneo. Lidar com o problema da responsabilidade empresarial plurissocietária significa, nada mais nada menos, do que *escrutinar directamente a legitimidade das fundações últimas do próprio Direito das Sociedades Comerciais*, em particular as "vacas sagradas" da personalidade jurídica da sociedade comercial e a limitação de responsabilidade dos sócios.

Com efeito, construído historicamente sobre o dogma da autonomia societária, o direito societário tradicional não deixa qualquer espaço de dúvida: cada sociedade comercial constitui uma entidade juridicamente autónoma, dotada da sua esfera jurídica activa e passiva própria (personalidade jurídica), não podendo ser imputado os seus sócios o respectivo passivo social (responsabilidade limitada). Todavia, tornou-se rapidamente ostensivo que a transposição automática e acrítica destes clássicos "standards" de responsabilidade – concebidos que foram primacialmente para o caso da empresa unissocietária ("rectius", para a regulação das relações entre sociedades independentes e os respectivos sócios singulares) – à nova realidade da empresa multissocietária – na qual uma sociedade(-mãe) está em condições de controlar a vida e gestão das sociedades(-filhas) em cujo capital participa – conduz inevitavelmente a resultados insatisfatórios, quando não inadmissíveis[63], impondo-se por isso o desenvolvimento de novos "standards" jurídicos alternativos[64]. Este dilema é ainda agravado pelo facto de o actual "estado da arte" na questão não se afigurar particularmente auspicioso: as estratégias regulatórias actualmente em vigor nas principais ordens jurídicas do mundo, não apenas evidenciam diferenças assinaláveis entre si (criando assim um quadro de regulação altamente diferenciado para um fenómeno que, como é o caso da empresa plurissocietária, possui uma característica dimensão internacional), como mesmo "de per si" testemunham sinais de inconsistência interna e insegurança, não sendo assim raro depararmo-nos com casos, virtualmente idênticos nos seus factos, nos quis os tribunais chegaram a decisões totalmente opostas.

1.3 As Principais Estratégias Regulatórias

A questão nodal a resolver em sede da responsabilidade da empresa plurissocietária pode formular-se do seguinte modo: *perante um grupo de sociedades, se e em que condições*

poderão ou deverão ser imputáveis à sociedade-mãe (ou à sua administração) as condutas perpetradas ou as dívidas contraídas pela sociedade-filha?

Não obstante as diferenças de desenvolvimento legislativo, jurisprudencial e até doutrinal testemunhadas pelas várias ordens jurídico-societárias actuaus, é hoje possível identificar *três tipos de estratégias regulatórias* fundamentais ao nível mundial. Tais estratégias são: a estratégia tradicional da "autonomia societária", a estratégia revolucionária do "controlo societário", e a estratégia mitigada do chamado "modelo dualista" alemão.

2 A Estratégia Tradicional: O Modelo Norte-Americano

A estratégia regulatória tradicional – que encontra nos Estados Unidos da América a sua mais lídima ilustração e que é ainda hoje a mais difundida a nível mundial, tanto nos países da "Common Law" como da "Civil Law" – é aquela que assenta nos quadros clássicos ortodoxos do Direito Societário.[65]

2.1 O Dogma da Autonomia e a Desconsideração da Personalidade Jurídica

Semelhante estratégia consiste na posição daquelas ordens jurídico-societárias que resolvem os problemas da responsabilidade da empresa plurissocietária com base no dogma fundamental da *autonomia societária* ("entity law"), ou seja, de acordo com o princípio fundamental segundo o qual um ente societário pertencente a um grupo, mormente a respectiva sociedade-mãe, não pode ser responsabilizada pelos actos ou débitos dos demais entes societários integrados no mesmo perímetro grupal, pela simples mas decisiva razão de que tais entes constituem pessoas colectivas juridicamente independentes.

Para esta perspectiva, a imputação de responsabilidade a uma sociedade-mãe por dívidas de uma das suas filiais é considerada, em regra, como inadmissível: apenas em circunstâncias de todo em todo excepcionais poderá tal regra ser afastada pelos tribunais mediante a *desconsideração da personalidade jurídica* das sociedades envolvidas ("disregard of corporate entity", "piercing the corporate veil")[66]. Esta estratégia regulatória assenta assim num sistema "regra-excepção" de cariz eminentemente jurisprudencial: o juiz inicia a análise dos casos baseado na presunção quase inilidível de que a autonomia jurídica das filiais de um grupo é, tal como a de qualquer sociedade comercial, para respeitar em qualquer caso (regra), apenas lhe sendo permitido desconsiderar ou ignorar tal autonomia em situações-limite absolutamente "únicas"[67], "inusuais"[68], ou "anormais"[69] (excepção)[70]: na sugestiva formulação de EASTERBROCK e FISCHEL, "piercing seems to happen freakishly: like lightning, it is rare and severe".[71]

2.2 Apreciação Crítica

A rigidez de semelhante estratégia regulatória, todavia, patenteia debilidades demasiadamente ostensicas, tanto do ponto de vista jurídico quanto económico, para

poder aspirar a constituir uma solução universal aceitável para o problema da responsabilidade empresarial plurissocietária.

Desde logo, de uma perspectiva puramente jurídica, trata-se de um modelo caracterizado por uma enorme *inconsistência* e *insegurança jurídicas*, sendo largamente casuístico nos casos presentes e imprevisível nos casos futuros. A razão fundamental para semelhante incerteza deve-se ao facto de o eixo operativo fundamental subjacente a este modelo (o citado sistema "regra-excepção") – ou seja, por outras palavras, a questão de saber onde situar com precisão a linha de fronteira entre os casos "normais", nos quais a independência jurídica das filiais deve ser reafirmada, e os casos "excepcionais", em que o juiz considera justificado ignorar ou afastar semelhante autonomia – permanece ainda hoje sem qualquer resposta consistente. Com efeito, os casos em que os tribunais, a título excepcional, "levantam o véu" da personalidade jurídica das unidades constituintes de uma empresa grupal, a fim de imputar ao respectivo vértice hierárquico os actos praticados ou od compromissos assumidos por aquelas, são decididos de acordo com fundamentos que desafiam qualquer reconstrução racional ou sistemática, aparecendo o pensamento jurisprudencial envolto numa espécie de nebulosa de metáforas de valor puramente literário[72] ou, quando muito, tentativamente reconduzidos a constelações de casos destituídos de verdadeira unidade intrínseca[73]. Elevando-a a espécie de "fórmula mágica" ou de panaceia universal para os paradoxos gerados pela personificação dos entes colectivos, o jurista que lança mão da técnica da desconsideração da personalidade jurídica está para o Direito como o médico que, tendo diante de si alguém com febre e sendo incapaz diagnosticar a doença, fala vagamente de uma virose – não resolvendo assim o problema, mas limitando-se a repô-lo eufemisticamente. Não admira assim que já se tenha falado, a este propósito, de uma "jurisprudência de epítetos e alcunhas" (Phillip BLUMBERG)[74] ou mesmo, mais certeiramente, de uma verdadeira "justiça de república das bananas" (Lord GOWER).[75]

Do mesmo modo, de uma perspectiva económica, a estratégia regulatória tradicional é também fonte de importantes *ineficiências* no plano do funcionamento do mercado e das próprias empresas. Com efeito, o mito comummente difundido segundo o qual o princípio da responsabilidade limitada dos sócios representa a regra económica e socialmente mais eficiente em matéria empresarial[76] não encontra confirmação no plano da empresa plurissocietária – antes pelo contrário. Desde logo, a automática aplicação de tal princípio a esta nova forma de empresa arrasta consigo uma série de distorções que resultam inevitavelmente numa ineficiente ou artificial alocação dos recursos produtivos, tais como os conhecidos perigos de *"moral hazard"* – ou seja, o perigo de manipulação das formas jurídicas como expediente "self-service" de realocação dos activos empresariais ou de "seguro" contra os riscos empresariais – e de comportamentos *"free-rider"* – ou seja, o incentivo assim criado aos empresários para se servirem da organização grupal como expediente de

externalização do risco da exploração empresarial para a sociedade como um todo sem adequada compensação[77]: numa palavra, dir-se-ia até que, no contexto de empresas plurissocietárias, o regime clássico da responsabilidade empresarial "convida à irresponsabilidade do empresário"[78] ou "induz a irresponsabilidade dos gestores"[79]. Por outro lado, é também óbvio que a estratégia em análise compromete seriamente os interesses de vários actores jurídico-empresariais, mormente os *credores* das sociedades agrupadas – já que a típica permeabilidade patrimonial das filiais, característica da vida interna dos grupos, pode esvaziar de toda a substância a única garantia daqueles (sendo o risco particularmente sério no caso dos credores involuntários[80]) – e os seus *sócios minoritários* – que assistem impotentes a uma degradação dos respectivos direitos patrimoniais e organizativos, tornando-se prisioneiros de verdadeiros "títulos dormentes"[81] sem qualquer liquidez ou valor de transacção no mercado.[82]

3 A Estratégia Revolucionária: O Modelo Europeu

Nos antípodas do modelo tradicional, encontramos uma nova e revolucionária estratégia regulatória em sede do problema da responsabilidade empresarial plurissocietária: esta estratégia encontrou a sua consagração mais expressiva nas várias propostas elaboradas pela União Europeia nos anos 70 e 80, em sede de harmonização dos direitos societários europeus, designadamente o "Projecto de uma 9ª Directiva Comunitária sobre as Coligações entre Empresas e os Grupos de Sociedades"[83-84]. Apesar de revestir um carácter puramente "de lege ferenda" e ter despertado um tal criticismo a ponto de ser hoje altamente improvável a sua transformação em direito positivo[85], justifica-se uma referência autónoma a tal modelo, dado que ele simboliza, a níevl mundial, a mais significativa reacção à ortodoxia do sistema regulatório tradicional.

3.1 O Dogma do Controlo Societário e a Consagração da Responsabilidade Ilimitada

A disposição central do Projecto de Directiva Comunitária nesta matéria pode ser encontrada no seu art. 46.º: nos termos do seu nº 1, "a sociedade dominante de um grupo responderá por todas as dívidas das sociedades dependentes do mesmo grupo"; além disso, por força do seu nº 2, "a acção judicial de responsabilidade apenas poderá ser interposta contra a sociedade dominante caso o credor da sociedade dependente devedora haja solicitado por escrito a esta o cumprimento do seu crédito, sem sucesso".[86]

Pode assim dizer-se que esta estratégia perspectiva os problemas da responsabilidade da empresa plurissocietária com base na realidade fundamental do *controlo societário*, ou seja, de acordo com o princípio fundamental segundo o qual a sociedade-mãe deverá ser responsável por todos as dívidas ou passivo das respectivas sociedades-filhas, pela simples mas decisiva razão de que a primeira controla a vida e gestão

empresarial das últimas, formando assim uma empresa unitária[87]. Colocando-se nos antípodas da concepção clássica – que, como vimos acima, encara o fenómeno da empresa de grupo da perspectiva do dogma da autonomia societária e constrói o regime jurídico da sua responsabilidade na base de uma rígida aplicação do sacrossanto princípio da responsabilidade limitada do accionistas, esta nova estratégia arranca de uma pressuposta visão do grupo societário como uma espécie de empresa unitária cujas unidades componentes se encontram debaixo do absoluto domínio exercido pela sociedade de topo (uma espécie de variante de uma sociedade comercial com divisões destituídas de individualidade jurídica)[88], que reclama, em consequência, a aplicação de um regime jurídico de responsabilidade exactamente oposto – a *responsabilidade ilimitada* da sociedade-mãe.

3.2 Apreciação Crítica

Conquanto seja inegável o contributo que esta nova perspectiva trouxe ao debate científico – representando uma verdadeira "pedrada no charco" no imobilismo em que a ortodoxia da perspectiva clássica parecia ter lançado a questão jurídica em apreço –, exige a verdade reconhecer que tal estratégia regulatória oferece o flanco a críticas não menos sérias, embora de sinal contrário, do que aquelas de que vimos ser passível a estratégia dominante.

De uma perspectiva jurídica, as principais debilidades desta estratégia consistem, no essencial, na *insegurança* e no *automatismo* dos resultados da respectiva aplicação. Desde logo, é mister acentuar que toda a proposta de regulação europeia arranca de um conceito central, o conceito de "grupo"[89], que se encontra construído sobre dois elementos constitutivos (as noções de "domínio" e de "direcção unitária") cujo conteúdo não foi pura e simplesmente definido, arrastando assim consigo uma inevitável insegurança jurídica na aplicação de todos os comandos legais cuja hipótese legal – como é também o caso da citada norma específica em sede da responsabilidade da sociedade-mãe – faz apelo a tal conceito[90]: esta situação é particularmente grave para as sociedades que se situam no vértice hierárquico dos grupos, expondo-as à permanente ameaça de se verem envolvidas em acções judiciais de responsabilidade por passivos alheios que podem colocar em cheque a estabilidade financeira do próprio grupo e cuja sorte dependerá, em última termo, das idiossincrasias da construção jurisprudencial[91]. Depois ainda, assente que está numa espécie de visão unilateral ou "patológica" do fenómeno do grupo como uma espécie de mera variante da empresa unissocietária (GIRGADO PERANDONES)[92], o modelo em análise acaba por impor de forma indiscriminada uma solução uniforme para todos os tipos de grupos societários, revelando-se assim incapaz de providenciar uma regulação suficientemente flexível e diferenciada apta a acomodar a característica diversidade das estruturas organizativas internas daqueles: semelhante rigidez é particularmente séria para o caso daqueles grupos dotados de um governo altamente

descentralizado, nos quais o poder de controlo da cúpula grupal sobre as sociedades-filhas é exercido de forma ténue ou mesmo insignificante ("at arm's length") e nas quais os administradores destas últimas gozam de um considerável grau de liberdade na condução dos negócios sociais, hipótese esse em que os passivos ou situações de insolvência eventualmente verificados ao níveis das filiais serão, por via de regra, imputáveis a decisões de gestão tomadas autonomamente pelas administrações destas; mas mesmo no caso de grupos de estrutura centralizada não está excluído que o automatismo e rigidez da estratégia proposta faça os seus estragos, mormente em todas aquelas situações em que, não obstante o controlo estrito exercido pela sociedade-mãe, o passivo das filiais seja imputável a iniciativas autónomas da própria administração destas, ou, "ad fortiori", quando decorra de circunstâncias puramente imprevistas e fortuitas, tais como catástrofes naturais, insolvência dos principais devedores da filial, greves ou convulsões político-sociais, crise generalizada dos mercados de capitais, alterações abruptas do envolvimento legal, etc.[93]

Também de uma perspectiva económica são patentes os inconvenientes do modelo em epígrafe. Com efeito, e desde logo, tal modelo regulatório pode forçar as empresas a adoptar *estruturas de governo ou gestão economicamente ineficientes*: ao expor a sociedade-mãe à responsabilidade jurídica pelo risco empresarial correspondente à totalidade das actividades económicas desenvolvidas no seio do grupo, tal solução induziria certamente os núcleos dirigentes dos grupos societários a perfilhar estruturas organizativas altamente hierárquicas e centralizadas como única forma de monitorizar tal risco e de se proteger contra as suas nefastas consequências[94]. Além disso, tal modelo, visando colmatar a situação de desprotecção a que o sistema tradicional votava os credores e os sócios minoritários das sociedades-filhas[95] (pecando por defeito), arrisca-se paradoxalmente a criar em favor destes uma protecção excessiva e desproorcionada (pecando agora por excesso): na verdade, actuando como uma espécie de seguro contra o risco de insolvência da filial ("default risk"), semelhante regime de responsabilidade ilimitada acaba por brindar os sócios minoritários e individuais desta última com uma protecção suplementar ao investimento realizado pela qual aqueles não pagaram ("windfall") e acaba por conferir aos credores de sociedades dependentes um tratamento mais favorável do que aquela que a lei reserva aos credores de sociedades independentes.[96]

4 A Estratégia Intermédia: O Modelo Alemão

Algures a meio caminho entre as duas anteriores, surgindo aqui como uma espécie de "terzza via", é ainda possível encontrar uma terceira estratégia regulatória relativa aos problemas da responsabilidade empresarial plurissocietária. O modelo proposto por semelhante estratégia intermédia ou mitigada – que poderia ser denominado de modelo "dualista" – apenas pode ser entendido correctamente no quadro daquelas ordens jurídico-societárias que possuem uma regulação global e sistemática

do fenómeno dos grupos societários: o pioneirismo pertence ao direito alemão ("Aktiengesetz" de 1965), cuja iniciativa foi depois perfilhada, embora com importantes nuances e particularismos, pelos legisladores de países de latitude tão variadas quantos o Brasil (1976)[97], Portugal (1986)[98], a Hungria (1988)[99], a República Checa (1991)[100], a Croácia (1993)[101], a Eslovénia (1993)[102], a Rússia (1995)[103] e Taiwan (1997).[104]

4.1 O Sistema Dualista Germânico: A "Separação das Águas"

O direito alemão das empresas coligadas ("verbundenen Unternehmen") e dos grupos de empresas ("Konzernrecht"), introduzido pela "Aktiengesetz" de 1965, encontra-se assente sobre uma divisão ou distinção fundamental entre dois tipos de grupos: os grupos de direito e os grupos de facto.[105]

Por um lado, temos os chamados *grupos de direito*, também designados por grupos contratuais ("Vertragskonzerne"). Tratam-se de agrupamentos de sociedades comerciais cuja direcção unitária resulta da utilização de um instrumento jurídico taxativamente previsto na lei para o efeito (o contrato de domínio ou "Beherrschungsvertrag") e cujo funcionamento passa a estar submetido a um regime jurídico absolutamente excepcional, derrogador dos cânones mais gerais do direito societário. No essencial, esse regime traduz-se, duma banda, na consagração de um *poder legal de controlo* da sociedade-mãe sobre as administrações e os interesses das sociedades-filhas (em derrogação dos princípios nodais da primazia do interesse social e da independência social) e, doutra banda, no estabelecimento de contrapartidas especiais destinadas a proteger estas últimas sociedades, bem assim como os seus sócios minoritários e credores sociais (§§ 291 e segs. "Aktiengesetz"): particularmente relevante para os nossos propósitos, é a imposição à sociedade-mãe de um *dever de cobertura de todas as perdas anuais* registadas pelas respectivas filhas e, em certos casos, de uma *responsabilidade ilimitada e solidária* pelas dívidas sociais destas (§§ 302 e 322).

Por outro lado, temos os chamados grupos de facto ("faktische Konzerne"), que podem ser definidos negativamente como todos aqueles agrupamentos societários cuja direcção económica unitária teve a sua origem num outro qualquer tipo de instrumento ("maxime", participações maioritárias de capital, acordos parassociais, uniões pessoais, relações económico-fácticas de dependência) e cujo funcionamento se processa sob a alçada das regras gerais do direito societário comum. A sociedade-mãe é assim tida como titular de um mero *poder "de facto"*, e não legal, sobre a administração das sociedades-filhas, poder esse que vive necessariamente sujeito e enquadrado pelos cânones gerais do direito das sociedades: tal significa dizer, "inter alia", que a sociedade-mãe apenas poderá fazer uso da sua influência dominante no quadro das sociedades-filhas no respeito das competências soberanas dos órgãos sociais e dos interesses empresariais individuais destas (§ 311, Abs. I), respondendo, ela e os

seus administradores, pelos concretos danos resultantes do eventual exercício da influência prejudicial que lhe estava vedada (§§ 311, Abs. II, 317).

Em suma, pode afirmar-se que o regime de responsabilidade da empresa plurissocietária resultante deste modelo dualista decorre automaticamente do acomodamento ou integração da realidade ou fauna grupal num destes dois modelos formais de grupo: ou um *sistema de compensação global e automático do passivo das filiais, estabelecido"ex ante", no caso dos grupos de direito* (onde a sociedade-mãe viu reconhecido um poder legal de controlo sobre a condução dos negócios sociais daquelas), ou *um sistema de compensação pontual e casuístico, apenas constatável "ex post", no caso das filiais dos grupos de facto* (onde é suposto as sociedades-filhas permanecerem autónomas na condução dos seus negócios, pelo que a sociedade-mãe apenas poderá ser obrigada a compensar aqueles prejuízos patrimoniais que hajam concretamente resultado para as filiais em consequência do uso ilegítimo por aquela da sua influência dominante).

4.2 Apreciação Crítica

Volvido quase meio século sobre a sua aparição, é hoje mais ou menos consensual que o modelo "dualista" germânico não vingou: tal como foi sublinhado desassombradamente por um dos mais eminentes estudiosos alemães na matéria, "o princípio regulatório naufragou" (Klaus HOPT).[106]

Em nosso entender, a razão central de tal fracasso reside na vã tentativa do legislador em reconduzir toda a fenomenologia prática da empresa plurissocietária a um quadro legal construído sobre uma separação tangente entre dois modelos jurídico-organizativos altamente formais: dum lado, os grupos de facto, cuja disciplina visa juridicamente a preservação da autonomia da sociedade-filha em observância dos mandamentos do direito societário clássico e organizativamente um modelo apenas adequado, na melhor das hipótese, a grupos dotados de uma estrutura extremamente descentralizada; e, doutro lado, os grupos de direito, cuja disciplina visa legitimar em toda a sua plenitude o controlo da sociedade-mãe, em derrogação daqueles mandamentos clássicos, apresentando-se como o único modelo organizativo admissível para os grupos societários centralizados. Dito de outro modo. *Ao passo que a estratégia tradicional, vigente nos EUA, tende ver o grupo societário exclusivamente da perspectiva do princípio da autonomia societária, e a estratégia revolucionária, proposta pela UE, se propõe perspectivá-lo opostamente à luz do princípio concorrente do controlo societário, a estratégia regulatória agora em análise, procurando encontrar uma via intermédia entre ambos tais extremos, acabou por discipliná-lo na base de uma "summo divisio" que separa de um modo formal e artificial tais princípios*.[107]

Isto é crucial para compreender o insucesso desta estratégia, regulatória também no específico contexto da questão da responsabilidade da empresa plurissocietária. Uma vez que foram previstos regimes de responsabilidade diametralmente opostos para os modelos dos grupos de direito e de facto, e considerando que, consequentemente,

o tratamento dos problemas da responsabilidade intragrupo decorre automaticamente da integração do concreto grupo societário em presença num ou noutro desses modelos tipológicos, um *divórcio* entre norma e realidade surge inevitavelmente sempre que, como é frequente, as estruturas organizativas reais dos grupos divergem das estruturas legais idealizadas pelo legislador: assim, nos grupos de direito, ao associar-se um regime de responsabilidade particularmente severo (dever de cobertura das perdas e das dívidas das filiais) ao mero preenchimento de uma formalidade legal (a celebração de um contrato de domínio), o legislador acaba por penalizar injustamente a sociedade-mãe e por conceder uma protecção igualmente injustificada aos credores das respectivas filiais sempre tais perdas e dívidas não sejam imputáveis, directa ou indirectamente, ao exercício efectivo do poder de controlo pela cúpula grupal[108]; inversamente, no caso dos grupos de facto, ao associar-se um regime de responsabilidade menos gravoso à simples constatação da inexistência do preenchimento daquela formalidade, o legislador deu origem ao problema oposto, fornecendo um "porto de abrigo" privilegiado à parte mais significativa dos grupos societários existentes[109] e revelando-se incapaz de garantir uma adequada protecção, seja às sociedades-filhas, seja aos interesses dos respectivos credores sociais.[110]

IV O Enigma Plurissocietário e o Paradoxo do Direito Societário Moderno

1 O Enigma Plurissocietário: "Einheit und Vielheit"

A empresa plurissocietária ou de grupo ("corporate group", "Konzern", "groupe de sociétés", "gruppo di società") é convencionalmente definida como uma nova forma de organização empresarial na qual uma pluralidade de entes societários juridicamente independentes, ditas sociedades-filhas ou filiais ("subsidiary corporations", "Tochter-gesellschaften", "sociétés filiales", "società controllate", "sociedades dependentes"), se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária e comum exercida por um desses entes sobre os demais, a sociedade-mãe ("parent corporation", "Mutter-gesellschaft", "société-mère", "cappo-gruppo", "sociedad matriz"). Elementos definidores ou traços distintivos da empresa grupal, enquanto "empresa articulada" (IRUJO) ou "empresa policorporativa" (ANTUNES)[111], são assim: dum lado, a *independência jurídica* das sociedades agrupadas, que permanecem formalmente como entidades dotadas de individualidade jurídico-organizativa e patrimonial própria; doutro lado, a *unidade económica* do conjunto, que se comporta efectivamente no mercado como de uma única empresa se tratasse.

O cerne do problema da regulação jurídica da empresa societária – que se tornou num dos mais controversos temas do Direito Comercial dos nossos dias[112] desde que foi descoberto há mais de um século atrás[113] – reside justamente nesta

enigmática tensão ou paradoxal contradição entre situação de direito (pluralidade jurídica de entes societários autónomos) e situação de facto (unidade de acção económica e centralização do poder de direcção). Com efeito, os direitos societários tradicionais, concebidos para disciplinar a empresa monossocietária singular, têm por objecto precípuo a regulação do nascimento, vida e morte de pessoas colectivas autónomas que desenvolvem a sua actividade económica na execução de uma vontade soberanamente definida pelos seus órgãos sociais e na prossecução do seu interesse social próprio: ora, o grupo representa uma espécie de "super-empresa" ou "empresa de 2º grau", cuja existência apenas se torna possível justamente graças à perda da autonomia ou "canibalização", em maior ou menor grau, daquelas empresas de 1º grau.

Para utilizar uma famosa formulação, cunhada por Ludwig RAISER há quase meio século atrás, "a questão crucial reside na polaridade entre unidade ("*Einheit*") do todo e multiplicidade ("*Vielheit*") das partes".[114]

2 Uma Solução para o Enigma?
A Empresa Plurissocietária e o Paradoxo do Moderno Direito Societário

Conquanto seja consensual que o repto central colocado pelo fenómeno do grupo à Ordem Jurídica só poderá ser verdadeiramente ultrapassado uma vez clarificada esta sua enigmática ou paradoxal natureza (de que depende assim também o sucesso de qualquer estratégia regulatória para o tratamento jurídico das várias questões que ele levanta, em particular em sede do respectivo regime de responsabilidade)[115], a verdade é que tal desafio não foi ainda vencido: como sublinha Wolfram TIMM, "não obstante os numerosos esforços da doutrina durante as últimas décadas, a verdade é que a problemática central do direito dos grupos não foi ainda resolvida".[116]

A tese que aqui propomos é a seguinte: *a natureza enigmática da empresa multissocietária – consistente na referida tensão paradoxal entre "unidade e diversidade" («Einheit und Vielheit») – deve ser entendida como o resultado último de uma contradição interna do moderno Direito das Sociedades, um ramo jurídico que se encontra hoje assente em dois princípios regulatórios totalmente opostos e antinómicos, o princípio da autonomia societária e o princípio do controlo societário*.

2.1 A Empresa Plurissocietária como "Híbrido" entre Autonomia e Controlo

Os princípios da autonomia e do controlo societários representam os dois princípios constitutivos fundamentais da empresa grupal, tanto do ponto de vista legal quanto económico-organizacional.

2.1.1 A Perspectiva Legal

De um ponto de vista legal, a *pluralidade jurídica* das redes empresariais plurissocietárias não representa senão a necessária e directa consequência do princípio clássico

da *autonomia societária*: não fora a força deste dogma (verdadeiro "rocher de bronze" dos ordenamentos jussocietários tradicionais), a evolução histórica da empresa unissocietária singular para o modelo plurissocietário, ocorrida durante o séc. XX, teria sido pura e simplesmente impensável, já que as empresas que se desejassem expandir ou concentrar entre si jamais poderiam adoptar a estrutura jurídica pluricêntrico que é típica daquele modelo, ficando assim limitadas ao processo da fusão ou equivalentes funcionais ("trust").[117]

Do mesmo modo, a característica *unidade económica* das referidas organizações plurissocietárias e plurinacionais teria sido igualmente impossível sem a legitimação jurídica de um princípio do *controlo societário*, através da consagração expressa pelos direitos societários de todo o mundo de um conjunto muito diversificado de mecanismos legais que permitem a uma sociedade controlar a vida e o governo de outras sociedades: não fora a consagração de tais mecanismos de controlo intersocietário (financeiros, estatutários, organizativos, contratuais, etc.), a criação e organização de uma direcção económica comum e estável entre distintos entes societários ter-se-ia revelado inexequível, sendo apenas pensáveis, quando muito, a formação de meras alianças estratégicas frágeis e instáveis assentes em laços de natureza puramente informal.[118]

2.1.2 A Perspectiva Económico-Organizacional

Mas o mesmo se pode dizer de um ponto de vista económico e organizacional, já que os mesmos princípios representam afinal, também aqui, as duas estrelas polares dos modelos de organização e governo da empresa plurissocietária.

Na verdade, a investigação interdisciplinar existente veio mostrar que os grupos constituem uma realidade multiforme, com uma enorme variedade de graus de centralização[119]: assim, num dos extremos, encontramos aqueles grupos cujas filiais são dotadas de um elevado grau de *autonomia*, quase semelhante à usufruída pela sociedade individual ou independente, limitando-se a intervenção da sociedade-mãe a matérias absolutamente estratégicas para a sobrevivência, liquidez e maximização lucrativa do grupo (*grupos descentralizados*); no outro extremo, temos aqueles grupos constituídos por filiais detidas a 100%, cuja actividade e gestão quotidiana corre sob a alçada de um *controlo* permanente e intrusivo exercido pela cúpula grupal ou por uma "holding" intermédia desta dependente (*grupos centralizados*).[120]

É mister sublinhar, contudo, que autonomia e controlo *"are all of a piece"* (ANTUNES)[121]: autonomia total ou controlo absoluto representam apenas os pólos extremos de "continuum" de infinitas possibilidades e variantes de distribuição do poder de direcção no contexto das relações entre vértice grupal e sociedades constituintes[122], tal como centralização e descentralização constituem apenas os modelos ou parâmetros teóricos de um largo espectro de conformações organizativas possíveis da estrutura plurissocietária[123]. A realidade situa-se sempre, movediçamente, algures entre estes dois pólos – e nisto reside a especificidade da empresa de grupo:

uma forma de organização empresarial na qual uma actividade económica unitária é conduzida no mercado através de estruturas de governo e gestão extremamente flexíveis e onde uma mistura permanentemente mutável, quase camaleónica, entre autonomia das partes e unidade do todo, é processada de acordo com a estratégia e os interesses do seu núcleo dirigente.

2.1.3 "Unitas Multiplex": O Grupo como Empresa Híbrida

Em suma, o grupo de sociedades – verdadeira "unitas multiplex" (Gunther TEUBNER) do mundo da empresa[124] – assume-se assim como uma *forma híbrida de empresa cuja possibilidade e especificidade resulta justamente da combinação dialéctica dos dois princípios estruturantes fundamentais do moderno Direito das Sociedades Comerciais*: tal empresa não pode ser considerada, nem simplesmente como uma decorrência do princípio da autonomia societária, nem exclusivamente como o fruto do princípio concorrente e antagónico do controlo societário, mas antes – isso sim – como o resultado da criativa e paradoxal articulação entre ambos esses princípios. Vistas as coisas deste prisma, a centenária natureza enigmática do fenómeno dos grupos societários, que tem atraído a atenção de gerações de jurisconsultos, afigura-se assim surpreendentemente cristalina: a tensão paradoxal entre a autonomia jurídica das partes e a unidade económica do todo, traço distintivo desta forma de organização empresarial, mais não é senão a cristalização acabada do verdadeiro *paradoxo* sobre o qual repousa o próprio direito societário moderno no seu conjunto – um ramo jurídico que, historicamente nascido para promover a autonomia das sociedades comerciais, legitimou simultaneamente o controlo dessas mesmas sociedades, com a consequente destruição dessa autonomia.

3 O Paradoxo do Moderno Direito das Sociedades Comerciais

E eis, pois, como, ao cabo de uma longa viagem iniciada com o propósito de analisar os principais regimes jurídicos da responsabilidade das empresas ao longo da história, acabamos desaguando imprevistamente em paragens verdadeiramente inóspitas e numa conclusão indubitavelmente polémica: *a de que o actual Direito das Sociedades é um ramo jurídico que jaz sobre um paradoxo regulatório.*

Para melhor compreender este argumento, é necessário começar por deixar aqui claramente enfatizado que o fenómeno do controlo intersocietário ("maxime", a participação de sociedades no capital de outras sociedades) era unanimemente rejeitada pelas leis[125], pelos tribunais[126] e pela doutrina das primitivas ordens jurídico-societárias, seja nos países da "Common Law" seja da "Civil Law": por muito estranho que isso possa soar aos ouvidos do juscomercialista dos nossos dias, a verdade histórica é que os pais fundadores do Direito das Sociedades Comerciais encaravam o fenómeno do controlo intersocietário como algo absolutamente incompatível com o arquétipo fundamental da sociedade comercial autónoma (KLEIN, 1914)[127], qualificando-o

como um fenómeno anormal (KEMPIM, 1883)[128] ou, na melhor das hipóteses, irrelevante (MENZEL, 1911)[129]. Este entendimento originário, bem vistas as coisas, nada tinha de bizarro. Não se pode perder de vista que o direito societário deve a sua existência a longa e penosa luta política e económica travada em torno da autonomização da sociedade comercial como sujeito de direito[130]: ora, este "pedigree" histórico acabou por ser responsável pela instituição de um arquétipo legal de sociedade ("received legal model of corporation"[131], "Idealtypus der Aktiengesellschaft"[132], "société anonyme typique"[133]) ao qual repugnava compreenssivelmente, sob pena de um ostensivo contra-senso, qualquer forma de degradação dessa autonomia e soberania, conseguidas a tanto custo.

Contudo, apenas algumas décadas após o seu nascimento histórico "oficial", numa daquelas evoluções aleatórias em que a história do direito é fértil, os legisladores societários de todo o mundo acabariam, sob a pressão do mundo dos negócios, por começar a contemporizar tacitamente com o estabelecimento de determinadas relações de domínio entre sociedades e, mais tarde, por consagrar mesmo expressamente determinados instrumentos legais que, renegando as raízes genealógicas deste ramo, visavam precipuamente permitir a uma sociedade adquirir e exercer o controlo do aparelho de governo de outra ou outras sociedades: o pioneiro e mais relevante caso consistiu na consagração da admissibilidade de pessoas jurídicas (inclusive sociedades), e não apenas indivíduos, poderem ser titulares do capital de sociedades comerciais; mas muitos outros mecanismos (de natureza estatutária, organizativa ou contratual) se lhe acabariam por seguir, numa espiral vertiginosa que ainda hoje não parou[134]. Desta forma, o mesmo ramo jurídico que tão zelosa e custosamente conseguira impor na ordem jurídica o modelo da empresa unissocietária como pessoa jurídica autónoma e soberana era agora responsável pela introdução de mecanismos legais e institucionais aptos a destruir essa autonomia e a subverter essa soberania[135] – não surpreendendo assim quem, face a tais nóveis sociedades "de soberania limitada"[136], tenha qualificado tal evolução como uma verdadeira "degradação do direito societário"[137]. Têm assim razão Claus OTT, jurista alemão, quando sublinha com ênfase que a possibilidade, aberta pela ordem jurídica, de pessoas jurídicas se poderem constituir como membros de outras pessoas jurídicas teve para o direito societário "o significado de uma revolução"[138]; ou Alfred CHANDLER, economista norte-americano, quando reputa a introdução de tal possibilidade como "o ponto de viragem" fulcral na história económica moderna.[139]

Concluindo, parece poder afirmar-se que o sistema normativo do moderno Direito das Sociedades Comerciais tem em si ínsito um verdadeiro paradoxo, repousando "in toto" numa congénita, quase esquizofrénica, *contradição interna*: a regulação jurídica da sociedade comercial encontra-se adjudicada a um ramo de direito que se encontra assente em princípios regulatórios conflituantes entre si (a sociedade como entidade independente e soberana "versus" a sociedade como entidade dependente e

controlada) e que promove modelos regulatórios de organização empresarial igualmente concorrentes ou opostos (a empresa unissocietária "versus" a empresa plurissocietária)[140]. Mas se assim é – regressando agora ao tema central do presente estudo –, uma outra conclusão parece forçosa. As empresas plurissocietárias são estranhas criaturas do mundo económico contemporâneo, geradas no ventre geneticamente antinómico do direito societário moderno: as razões que tornaram possível o seu nascimento são as mesmas que explicam os fracassos e becos sem saída da sua disciplina actual. Por isso, é nossa convicção profunda que qualquer futura regulação jurídica deste fenómeno apenas poderá ter êxito caso, numa espécie de "regresso às origens", sejam reequacionadas, de modo consistente e global, as próprias fundações do Direito das Sociedades do séc. XXI, desfazendo definitivamente o nó górdio entretecido pela sua paradoxal genealogia: enquanto isto não for feito, não é de esperar qualquer avanço ou progresso significativo na matéria.

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

1 Texto apresentado no I Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito Civil, realizado na Direito GV em setembro de 2004.

2 DAEMZ, *The Rise of the Modern Industrial Enterprise*, 203 e ss.; HORN/KOCKA, *Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, 123 e ss.; WILLIAMSON, *The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes*, 131 e ss.

3 SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, 43 e ss.

4 LATHAM, *The Body Politic of the Corporation*, 218 e ss.; OTT, *Recht und Realität der Unternehmens-korporation*, spec. 127 ff.; STEIMANN, *Das Großunternehmen im Interessenkonflit*, espec. 36 e ss.

5 CHAYES, *The Modern Corporation and the Rule of Law*, 25.

6 Sobre os sistemas económicos concorrenciais, vide em detalhe FORTMAN, *The Theory of Economic Competition*; STIGLER, *Perfect Competition Historically Contemplated*, 12 e ss.

7 *The Theory of Enterprise Law*, 2.

8 *Company Law and Capitalism*, 19. Para mais detalhes sobre a evolução histórica e o significado da empresa individual, vide ALIBERT, *La Recherche d'une Structure Juridique pour l'Entreprise Individuelle*, 63 e ss.; RAISER, *Das Unternehmen als Organisation*, 15 e ss.

9 GALGANO, Francesco, *Diritto Comerciale – L'Imprenditore*, 79.

10 Trata-se mesmo de um baluarte fundamental da construção dogmática dos atributos da personalidade jurídica: vide assim, por exemplo, na Alemanha, LARENZ, *Algemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 308; em França (art.

2092º "Code Civile": LARROUMET, *Droit Civil*, 273 e ss.); em Itália (art. 2740 "Codice Civile": ROPPO, *Responsabilità Patrimoniale*, 1402 e ss.); ou em Portugal (art. 601.º "Código Civil": SERRA, *Responsabilidade Patrimonial*, 5 e ss.).

11 A figura do empresário oculto, muito divulgada em Itália mas com equivalentes funcionais em vários outros países, visa designar o caso em que uma actividade empresarial é exercida mediante a interposição real ou fictícia de terceiro ("Strohmänner", "silent partner", "prête-nom", "prestanome", "testa de ferro") . A figura do patrimónios autónomos ou separados, que haveria de permitir corresponder à velha aspiração da limitação da responsabilidade dos empresários individuais, apenas muito mais tarde, em pleno séc. XX, teria uma efectiva projecção no domínio jusempresarial (a primeira obra dedicada ao tema, da autoria de Oskar PISKO, *Die beschränkte Haftung des Einzelkaufmannes*, data de 1910), e ainda assim, rapidamente suplantada pela alternativa funcional da sociedade unipessoal.

12 PERROUX, F., *L'Économie du XXème Siècle*, 7.

13 Sobre o modelo económico da concentração, entre tantos outros, vide ARNDT, *Konzentration in der Wirtschaft*; EDWARDS, *The Significance of Conglomerate Concentration in Modern Economies*, 137 e ss.; WASSEIGE/ MABILE, *La Concentration Économique*.

14 Sem querer entrar aqui na interminável discussão em torno do "pedigree" desta figura, a maioria dos historiadores e estudiosos do Direito das Sociedades Comerciais parece convergir na ideia segundo a qual a sua genealogia remonta historicamente às primeiras companhias coloniais surgidas no dealbar do século XVI, em particular, às celebérrimas Companhia Holandesa das Índias Orientais de 1602 e Companhia Inglesa das Índias Orientais de 1612 (cfr. ANTUNES/ TORRES, *The Portuguese East India Company*).

15 Exemplos lídimos destas virtualidades concentracionístico-financeiras são, entre tantos outras, a possibilidade de subscrição pública do respectivo capital, a emissão de empréstimos obrigacionistas, a acessibilidade do investimento decorrente do ínfimo valor nominal obrigatório das acções (em Portugal, um cêntimo), a notável liquidez resultante da livre transmissibilidade das mesmas acções e da existência de um mercado próprio de negociação das mesmas, etc. Sobre o significado económico da empresa societária, em especial da sociedade anónima, e o seu papel na emergência do modelo económico da concentração, no plano comparatístico, vide CHAMPAUD, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, 13 e ss.; EISENBERG, *The Structure of the Corporation – A Legal Analysis*, 1 e ss.; GROßFELD, *Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration, und Kleinaktionäre*; RODIÈRE, *Le Droit des Sociétés dans ses Rapports avec la Concentration*, 13 e ss.

16 Com efeito, ao passo que o destino da empresa individual está indissociavelmente ligado à sorte do seu próprio titular (a morte deste último acarretando as mais das vezes o desaparecimento da primeira, já que aquela cai no regime da indivisão, tornando a sua gestão difícil ou mesmo impossível), a sociedade comercial goza como que de uma "imortalidade", concebida que foi para sobreviver às vicissitudes do respectivo substrato pessoal (presumindo-se mesmo, no silêncio do contrato constitutivo, a sua duração ilimitada). Este traço distintivo da empresa societária, menos nítido no caso das sociedades de pessoas ("maxime", das sociedades em nome colectivo e em comandita simples), é particularmente visível na sociedade anónima, onde, como a própria designação do tipo social sugere, a pessoa dos associados tem uma importância secundária: cf. CACHIA, *Le Déclin de l'Anonymat dans les Sociétés Anonymes*, 213 e ss.; TILING, *Die Anonimät der Aktionäre im Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht*, 95 e ss.

17 Na verdade, ao passo que a transmissão da empresa individual se vê grandemente dificultada – não apenas "mortis causa" (devido ao efeito de indivisão que origina, como vimos) como no caso de transmissão "inter vivos" (que só poderá ser realizada usualmente através de trespasse) –, a circulação da propriedade dos acervos empresariais jurídico-societariamente estruturados realiza-se mediante a mera transmissão das partes sociais (quotas, acções), o que agiliza enormemente aquela circulação, que se pode hoje processar electronicamente nas bolsas de valores em milésimos de segundo, e permite ainda teoricamente ao adquirente obter o controlo da empresa sem que para isso tenha de pagar a totalidade do valor dos respectivos activos: isto é especialmente verdade para o caso da grande sociedade anónima aberta, da qual fenómenos tais como a dispersão do capital social ("zersplitterte Anteilbesitz", na expressão de Manfred ZILIAS) e a separação entre propriedade e controlo ("separation of ownership and control", na celebérrima expressão cunhada por Adolf BERLE e Gardiner MEANS em 1931) constituem hoje características empiricamente comprovadas.

18 PAILLUSSEAU, *La Société Anonyme – Technique d'Organization de l'Entreprise*.

19 Nas palavras de Nicolas BUTTLER, antigo reitor da Universidade de Columbia, "the limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times. Even steam and electricity are less important than the limited

liability corporation" (citado por DIAMOND, *Corporate Personality and Limited Liability*, 42).

20 HADDEN, *Company Law and Capitalism*, 3.

21 Sobre esta evolução histórica de um tradicional *ius mercatorum* para um moderno *ius societatum*, enquanto etapas fundamentais da história centenária do Direito Comercial, vide desenvolvidamente ANTUNES, *Direito das Sociedades Comerciais – Perspectivas do seu Ensino*, 33 e ss. No mesmo sentido, já noutra oportunidade: "The gradual replacement of a workmanship economic system of rural and artisan type by a economic system based on mass production and requiring a massive assembly of capital, assets, workforce, and management skills, has been followed suit by a gradual evolution of the legal system from a law of the single trader («Einzelnkaufmann», «commerçant individuel», «merchant») to a law of business associations («companies», «Handelsgesellschaften», «sociétés commerciales»)" (ANTUNES, *Liability of Corporate Groups*, 52).

22 Como já escrevemos noutro lugar, "the history of corporation law is the history of the struggle and victory of a fundamental dogma – the dogma of the corporate autonomy" (ANTUNES, *Liability of Corporate Groups*, 113).

23 CAFLISH, *Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft*, 32.

24 EISENBERG, *The Structure of the Corporation*, 1.

25 SAUVAIN, *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*, 53.

26 Nas palavras de Karsten SCHMIDT, "o modelo regulatório tradicional, herdado do séc. XIX, está assente na imagem da sociedade autónoma (« Typus der autonomen Gesellschaft »)" (SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 486).

27 Estamos aqui a pensar, naturalmente, no caso paradigmático da *Sociedade Anónima* ("Corporation", "Aktiengesellschaft", "Société Anonyme, "Società per Azioni"), verdadeiro protótipo das sociedades comerciais de capitais e que representa o tipo social mais difundido entre as grandes empresas. Obviamente, o direito societário compreende igualmente outros tipos sociais ("maxime", as sociedades em nome colectivo e em comandita), que, em algumas ordens jurídicas, são destituídas de personalidade jurídica, e cujos sócios se encontram sujeitos a diferentes regimes de responsabilidade.

28 A atribuição de personalidade jurídica às sociedades comerciais de capitais, mais rigorosamente às sociedades anónimas, representa uma espécie de denominador comum do direito societário comparado, tendo sido expressamente consagrada, entre muitos outros, pelo §1 "Aktiengesetz" alemão, pelo art. 210-6 do "Code de Commerce" francês, pelo art. 2331°, comma 1, do "Codice Civile" italiano, ou pelas sections 1 e 13 do "Companies Act" inglês. Vide assim, para a "Civil Law, Herbert WIEDEMANN, que expressamente reputou o instituto da pessoa jurídica como "die Grundlage für di Entwicklung der modernen Publikums-Aktiengesellschaften" (*Gesellschaftsrecht*, 203), ou, para a "Common Law", Clive SCHMITTHOFF, que fala mesmo a este propósito de "old axiom of the British law" (*Commercial Law in a Changing Climate*, 44).

29 EASTERBROOK/ FISCHEL, *Limited Liability and the Corporation*, 89. Outras sentenças no mesmo tom podem ser colhidas em autores tão variados quanto BALLANTINE ("the most essential privilege of incorporation": *Law of Corporations*, 4), FULLER ("in the historical development of the corporation probably no single attribute has been more significant than that of limited liability": *The Incorporate Individual: A Study of the One-Man Companies*, 1376), HENN e ALEXANDER ("limited liability is probably the most attractive feature of the corporation": *Laws of Corporations*, 96), HORNSTEIN ("in practical importance this feature for over a century has outranked all the other consequences of incorporation": *Corporation Law and Practice*, § 20), ou SOWARDS ("the hallmark of the corporation is limited liability": *Corporation Law*, 2).

30 CHRISTENSEN: "Clearly, unlike the proprietor or partner, the shareholder does not guide the corporation through every day business" (*Concept of Limited Liability in US Business Entities*, 445). Com efeito, é necessário não perder de vista que as grandes sociedades abertas ("public corporations", "Publikum-Aktiengesellschaften") vivem debaixo de uma típica separação entre "propriedade e controlo", de que BERLE e MEANS falavam já nos anos 30 do século passado (no seu celebérrimo *The Modern Corporation and Private Property*), sendo a respectiva estrutura accionista caracteristicamente composta por uma míriade de imúmeros pequenos investidores (v.g., a sociedade norte-americana "AT&T" possui mais de 5 milhões de accionistas: cf. CONARD, *Corporations in Perspective,* 114). Ora, num tal modelo societário,

é mister reconhecer que o accionista-tipo não possui, nem o interesse, nem a preparação técnica, nem a possibilidade real, de participar no processo decisional e de gestão da empresa: assim sendo, a imposição ao accionista individual de uma responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais, além de funcionar como um dissuasor ao investimento no capital destas sociedades (tornando-se assim num óbice à vocação da empresa societária para funcionar como um instrumento de captação de aforro e capitais), sempre originaria para aquele uma exposição injustificada ao risco empresarial, ao fazê-lo responder por débitos emergentes de decisões de gestão que não lhe são imputáveis.

31 Esta ideia era já sublinhada por um jurista suíço dos meados do século passado, Eduard NAEGELI: "Do mesmo modo que o Direito considera cada indivíduo responsável pelas suas próprias acções, a mesma ordem jurídica impõe, segundo um juízo de razoabilidade, que a responsabilidade pessoal seja apreciada em função do poder real de controlo sobre a acção: noutras palavras, os indivíduos deverão responder exclusivamente pelos actos que lhe possam ser efectivamente imputados" (*Der Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht*, 36).

32 Cf. LEHMANN, *Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce*.

33 WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, 547.

34 PETERSON: "A responsabilidade limitada dos accionistas não deve ser vista como um privilégio, mas sim como uma consequência derivada da circunstância dos membros de sociedade por acções poderem permanecer anónimos e as suas acções serem livremente transmissíveis" (*Juristische Person und begrenzte Haftung der Aktionäre*, 533).

35 Aliás, de uma certa perspectiva, pode mesmo afirmar-se que o referido nexo geral entre poder e responsabilidade, não apenas fornece o "rationale" histórico e legal do regime jurídico da responsabilidade existente nas sociedades anónimas, como é talvez mesmo relevante para entender a diversidade dos regimes de responsabilidade jus-societários em geral. Como Giuseppe FERRI salientava já também em meados do século passado, "é sobre tal nexo que repousa a diferenciação legal entre os vários tipos sociais: onde o poder de direcção e administração é directo e imediato, a responsabilidade é ilimitada; inversamente, onde o poder é mediado através de outros órgãos, a responsabilidade é limitada ao montante do investimento realizado" (*Potere e Responsabilità nell'Evoluzione della Società per Azioni,* 36).

36 Esta mutação teve um impacto fundamental. Repare-se que, a partir de então, uma mesma organização de factores produtivos passou a poder originar virtualmente para o empresário seu titular, consoante a sua própria vontade, regimes jurídicos em matéria de risco empresarial abissalmente distintos: o empresário encontrava assim no cadinho jurídico-societário um instrumento de limitação de responsabilidade e de externalização do risco da exploração empresarial, já que os riscos de insolvência passam a recair assim, em parte substancial, sobre os próprios credores sociais. Sobre este traço distintivo das sociedades comerciais de capitais, e suas excepções, vide ainda ANTUNES, *Direito das Sociedades Comerciais – Perspectivas do seu Ensino*, 37 e ss.

37 Sobre as consequências deste fenómeno da aceleração da história para o Direito, veja-se em geral SAVATIER, *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*.

38 Como salienta Jean-Philippe ROBÉ, a globalização da economia constitui um fenómeno dos tempos modernos que outra coisa não é senão o resultado da globalização das próprias empresas (*L'Entreprise et le Droit*, 6). Sobre o fenómeno da globalização económica, vide, entre muitos, DICKEN, *Global Shift. Transforming the World Economy*; DUROUSSET, *La Mondialisation de l'Économie*.

39 Para maiores desenvolvimentos sobre a noção e as características distintivas desta forma de organização empresarial, vide *infra* Parte IV. Sobre o tema, vide ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*.

40 OHMAE, *Macht der Triade. Die neue Form weltweitens Wettbewerbs*. Para uma análise empírica do impacto da empresa de grupo, como forma de organização empresarial, nas economias actuais, vide desenvolvidamente ANTUNES, *Liability of Corporate Groups*, 37 e ss.

41 BERHMAN, *La Firme Multinationale et l'État-Nation*, 734 e ss.; ROSENBERG, *The New Sovereigns: Multinational Corporations as World Powers*.

42 Responsáveis pela gradual substituição do dirigismo económico público por uma espécie de "dirigismo privado" (*The Modern Corporation and Private Property*).

43 BAUER/ COHEN, *Qui Gouverne les Groupes Industriels?,* 236.

44 Sobre este traço fundamental do Direito Societário moderno, vide, no Brasil, COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anónima*; em França, BERR, *La Place de la Notion de Contrôle en Droit des Sociétés*, 1 e ss.; STORK, *Définition Légale du Contrôle d'une Société en Droit Français*, 385 e ss.; em Itália, LA ROSA, *"Controllo" e "Gruppo" nella Fenomenologia dei Collegamenti Societari*, 1 e ss.; LAMANDINI, *Il "Controllo" – Nozioni e Tipo nella Legislazione Economic*; nos Estados Unidos da América, BERLE, "*Control*" *in Corporation Law*, 1212 e ss.; HERMAN, *Corporate Control, Corporate Power*.

45 Segundo Claude CHAMPAUD, "a variedade das técnicas de controlo é tal que se torna impossível encontrar um denominador comum para esta realidade" (*Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, 154).

46 Cfr. CASTRO, *Participação no Capital das Sociedades Anónimas e Poder de Influência*, 33 e ss.

47 O caso *Investment Trust Corp. Ldt. v. Singapore Traction Co. Ldt.,* (1935) 1 Ch. 615, onde uma única acção detida por uma sociedade foi capaz de se sobrepor às restantes 399.999 acções, pertencentes aos demais accionistas, continua a constituir um exemplo emblemático do alcance revolucionário dos mecanismos de controlo intersocietário no contexto do arquétipo legal da sociedade autónoma.

48 Cfr. ENGLISH, *Les Groupes d'Entreprises à Structure Contractuelle*; MERCADAL/ JANIN, *Les Contracts de Coopération Interentreprises*; STROBEL, *Unternehmensvertrag im deutschen und französichen Recht*; VIRASSAMI, *Les Contrats de Dépendance*.

49 Cfr. ANDREWS, *The Interlocking Corporate Director*; DECHER, *Personelle Verflechtung im Aktienkonzern*; STOKMANN/ ZIEGLER/ SCOTT, *Networks of Corporate Power*.

50 Para uma panóplia desenvolvida destes instrumentos de controlo intersocietário, vide ANTUNES, *Liability of Corporate Groups*, 163 e ss.

51 *The Economics of Multinational Enterprise*, 10.

52 *Legal Control of the Multinational Enterprise*, 15.

53 Nas palavras sugestivas de Phillip BLUMBERG, "this is the vital link: without the existence of *control*, the corporations do not constitute a corporate group" (*The Law of Corporate Groups*, II, 14).

54 Sobre este arquétipo legal, escreve também Joachim DIERDORF: "Existe um modelo legal prévio da sociedade jurídica e economicamente independente. A sociedade *individual* actua segundo o seu plano económico próprio, labora na actuação da sua vontade (*eigenen Willens*) e interesse próprio (*eigenem Interesse*), os quais são determinados pela empresa social e pelos respectivos membros" (*Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tätsachlicher Grundlage*, 4).

55 Este desafio global lançado pelo fenómeno dos grupos societários aos quadros clássicos do Direito das Sociedades justifica bem a razão pela qual são hoje cada vez mais numerosos aqueles que, como Yves GUYON, constatam com desassombro: "os grupos de sociedades estão no coração de todos os problemas com que hoje se debate o direito das sociedades". Vide também sobre o ponto ANTUNES, *Les Groupes de Sociétés et la Crise du Modèle Légal Classique de la Société Anonyme*.

56 LUTTER, *100 Bände BGHZ: Konzernrecht*, 458.

57 SCHMITTHOFF, *Banco Ambrosiano and Modern Company Law*, 363.

58 A jurisprudência norte-americana é particularmente rica na matéria. Pelo seu carácter emblemático, com o pitoresco e ingenuidade que é característica dos primórdios, merece referência breve o caso *Pennsylvania Railrod v. Jones*, ocorrido há mais de um século (1894) e provavelmente um dos primeiros casos da história da responsabilidade empresarial plurissocietária. Os autores eram funcionários dos correios que sofreram um acidente ferroviário *en route* para Washington ocorrido na linha pertencente à "Pennsylvania Railrod Co.", sociedade-mãe de um grupo que explorava tal linha, e respectivos ramais, através de diversas sociedades-filhas. De acordo com os dados trazidos aos autos, uma destas filiais era proprietária da locomotiva acidentada e uma outra tinha fornecido as carruagens onde viajavam as vítimas; o

maquinista da locomotiva acidentada era empregado de uma terceira filial, envergando na altura do acidente um uniforme desta última cujos botões exibiam, todavia, o logotipo da sociedade-mãe; finalmente, o acidente devera-se a um abalroamento provocado por um outro comboio, pertencente a uma quarta filial. Na sua sentença, o tribunal considerou que as sociedades envolvidas, não obstante formalmente independentes, actuavam debaixo do controlo da sociedade-mãe "Pennsylvania Railrod Co.",, impondo a esta a responsabilidade pelos danos causados às vítimas (18 N.Y. 2d 414, 223 N.E. 2d 6 [1966]). Famosos são também os chamados *"casos dos táxis"* – com *Walkovszky v. Carlton* à cabeça –, nos quais os tribunais tiveram de lidar com o caso de empresas dedicadas ao transporte de táxi que, como forma de evitarem a exposição ao risco empresarial ("maxime", derivada de acidentes com passageiros ou peões), haviam optado por se fragmentar em dezenas ou mesmo centenas de sociedades individuais mais ou menos "fantasmas", cujo património era constituído por um único táxi e cujo seguro era de valor irrisório (*Walkovszky v. Carlton*, 18 N.Y. 2d 414, 223 N.E. 2d 6 [1966]; *Robinson v. Chase Maintenance Co.*, 20 Misc. 2d 90, 190 N.Y. 2d 773 [Sup.CT.1959]; *Teller v. Clear Service Co.*, 9 Misc. 495, 173 N.Y.S 2d 183 [Sup. Ct. 1958]).

59 A distinção entre credores *voluntários* e *involuntários* assenta fundamentalmente na natureza da posição do credor na relação jurídico-creditícia com a sociedade: assim, por exemplo, ao passo que o banco que emprestou fundos ou o fornecedor que vendeu mercadorias a uma sociedade tiveram obviamente uma voz activa na conformação da relação de crédito emergente (tendo ocasião de determinar o estabelecimento e os termos da mesma, v.g., negociando taxas de juro ou preços de venda apropriados para cobrir a magnitude do risco assumido), o consumidor dum produto defeituoso ou o trabalhador vítima de um acidente de trabalho não possui qualquer intervenção no surgimento da relação creditícia indemnizatória, não dispondo assim de qualquer controlo real, nem sobre o seu *se*, nem sobre o seu *como*. Cfr. desenvolvidamente KÜBLER, *Haftungstrennung und Gläubigerschutz im Recht der Kapital-gesellschaften*, 407; POSNER, *The Rights of Creditors of Affiliate Corporations*, 799 e ss.

60 Em 1984, na província indiana de Bhopal, a sociedade "Union Carbide India", filial do grupo da indústria química liderado pela "Union Carbide U.S. Co.", sociedade com sede em Detroit, sofreu uma fuga de gás letal, em consequência da qual cerca de 2.100 cidadões indianos morreram e outros 200.000 sofreram lesões físicas de ordem vária, que se prolongam até aos dias de hoje. Embora o valor dos danos pessoais e patrimonais provocados se elevassem a mais de 3.300 biliões de dólares, as vítimas ou os respectivos herdeiros apenas vieram a encontrar no acervo patrimonial da filial devedora o suficiente para satisfazer 3% dos respectivos créditos, ou seja, 100 milhões de dólares (cfr. *In Re* Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India in December 1984, 634 F. Supp. 842 [S.D.N.Y. 1986], *aff'd and modified* 809 F.2d 195 [2d Cir. 1987]). Vide ainda, para o caso "Amoco Cadiz", ANTUNES, *Neue Wege im Konzernhaftungsrecht. Nochmals: Der "Amoco Cadiz"-Fall*, 995 e ss.

61 Segundo RINGLEB/ WIGGINS, nos últimos trinta anos, uma parte significativa de pequenas sociedades explorando negócios de risco nos EUA foi criada com a motivação primária de evadir a exposição às normas em matéria de responsabilidade laboral, ambiental e do consumidor (*Liability and Large Scale, Long-Term Hazards*, 574 e ss.). Ilustrações não faltam: por exemplo, o grupo "Philip Morris" criou a sua "holding" de topo sem esconder o seu confesso propósito de assim garantir a impermeabilidade da cúpula hierárquica empresarial face às severas regras em matéria de protecção do consumidor e responsabilidade do produtor; e o grupo petrolífero "Exxon", na sequência do derrame provocado por um seu petroleiro nas costas do Alasca, decidiu passar a contratar transportadores independentes como forma de prevenir futuras responsabilidade ambientais decorrentes de acidentes semelhantes (vide também HANSMANN/ KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 1913 e ss.; LANGE, *Corporate Strategies for Evading Environmental and Tort Liability*, 17 e ss.).

62 EASTERBROOK/ FISCHEL enfatizam o problema assim: "If limited liability is absolute, a parent can form a subsidiary with minimal capitalization for the purposes of engaging in risky activities. If things go well, the parent captures the benefits. If things go poorly, the subsidiary declares bankruptcy, and the parent creates another with the same managers to engage in the same activities. This asymmetry between benefits and costs, if limited liability is absolute, would create incentives to engage in a socially excessive amount of risk activities" (*Limited Liability and the Corporation*, 111).

63 Esta ideia encontra-se claramente descrita na argumentação expendida pelo Governo da Índia no acima mencionado caso "Bhopal" (cfr. *supra* nota 54): "The complex corporate structure of the multinational entreprise, with networks of subsidiaries and divisions, makes it exceedingly difficult or even impossible to pinpoint responsibility for the damages caused by the enterprise to discrete corporate units or individuals. In reality, there is but one entity, the monolithic multinational, which is responsible for the design, development and dissemination of information and technology world-wide, acting through a forged network of interlocking directors, common operating systems, financial and other controls. (…) Persons harmed by the acts of a multinational corporation are not in position to isolate which unit

of the enterprise caused the harm, yet it is evident that the multinational enterprise is liable for such harm" (Complaint, *Union of India v. Union Carbide Corp.*, ¶ 21, at 8 [no. 85 Civ. 2969 S.D.N.Y., 1985]).

64 Para uma revisitação dos fundamentos históricos, legais e económicos do princípio da responsabilidade limitada dos sócios, em face do emergente fenómeno do controlo intersocietário, vide desenvolvidamente ANTUNES, *Liability of Corporate Groups,* 122 e ss.

65 Sobre este arquétipo universal do direito societário norte-americano, vide CLARK, *Corporate Law,* 71 e ss.; CONARD, *Corporations in Perspective*, 416 e ss.; GEVURTZ, *Corporation Law*, 69 e ss.; HENN/ ALEXANDER, *Laws of Corporations and others Business Enterprises*, 15 e ss., 344 e ss.

66 Uma enorme variedade de expressões similares podem ser encontradas no direito comparado, a propósito de estratégias regulatórias semelhantes: "lifting the corporate veil" na Inglaterra, "Durchgriffhaftung" na Alemanha, "superamento dello schermo della personalità giuridica" em Itália, ou "levantamiento del velo de la persona jurídica" nos países hispânicos. Entre a literatura no direito comparado, hoje praticamente insistematizável, vide DOBSON, *«Lifting the Veil» in Four Countries: the Law of Argentina, England, France and United States*, 839 e ss.; MÜLLER-FREIENFELS, *Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht*, 522 e ss.; OLIVEIRA, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, 259 e ss.; RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en Derecho Privado Español,* espec. 314 e ss.; SERICK, R., *Rechtsform und Realität juristischer Personen – Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter juristischen Person*.

67 *Baker v. Raymond International Inc.*, 656 F.2d 173, at 179 (5th Circ. 1981).

68 *Securities Industry Association v. Federal Home Loan Bank BD*, 588 F.Supp. 749, at 754 (D.D.C. 1984); *North American Plastics, Inc. v. Inland Shoe Manufacturing Co.*, Inc., 592 F. Supp. 875, at 878 (N.D. Mass. 1984).

69 *NRC Credit Corp. v. Underground Camera Inc.*, 581 F. Supp. at 612 (D. Mass. 1984).

70 Não é este o momento para analisar em profundidade quais os tipos de casos excepcionais em que tem aplicação esta jurisprudência da desconsideração da personalidade jurídica: diremos apenas, muito sucintamente, que os respectivos "standards" operativos são muito fluídos, abrangendo, seja o recurso a institutos gerais de direito privado (v.g., boa-fé, protecção da confiança, abuso de direito, fraude à lei), seja a aplicação de figuras especificamente concebidas para enquadrar juridicamente os efeitos desviantes do controlo societário (v.g., infracapitalização, confusão de esferas e patrimnónios, direcção unitária, etc.). A literatura sobre o ponto é inabarcável: apenas nos EUA, "ex multi", vide BARBER, *Piercing the Corporate Veil,* 371 e ss.; GILLESPIE, *The Thin Corporate Line: Loss of Limited Liability*, 363 e ss.; HOROWITZ, *Disregarding of the Corporate Entity of Private Corporations*, 285 e ss.; HUGHES, *Piercing the Veil: a Clue to Legal Thought*, 525 e ss.; KRENDL/KRENDL, *Piercing the Corporate Veil: Focusing the Enquiry*, 11 e ss.; WORMSER, *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*.

71 *Limited Liability and the Corporation*, 89.

72 "Mere instrumentality", "alter ego", "agent", "buffer", "cloak", "coat", "dummy", "facade", "little hut", "mask", "mouthpiece", "nominee", "pawn", "puppet", "screen", "sham", "shell", "tool", ou qualquer outra criatura gerada pela frankensteiniana sociedade-mãe, são apenas alguns dos epítetos qualificativos das filiais com base nos quais, numa espécie de "passe de mágica", se tem legitimado o afastamento do arquétipo legal da respectiva autonomia societária (um arsenal de mais de 35 expressões metafóricas pode ser encontrado em HENN/ ALEXANDER, *Laws of Corporations*, 344). Equivalentes funcionais podem ser encontrados ma jurisprudência de vários países europeus: vide COHN/ SIMITIS, *Lifting the Veil in the Company Laws of the European Continent*, 189 e ss.

73 Tais listas de hipóteses já chegaram a ser certeiramente apelidadas de espécies de "listas de mercearia" ou de "lavandaria" ("laundry lists"): as mais célebres são de DOUGLAS/ SCHANKS, *Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations*, 193 e ss. De novo, conquanto com idiossincrasias próprias, algo de semelhante pode ser encontrado na Europa, como sucede com os chamados grupos de casos desenvolvidas na doutrina germânica ("Fallengruppen") e, por mimetismo, noutras doutrinas continentais (cfr. COURIR, *Limiti alla Responsabilità Imprenditoriale e Rischi dei Terzi*; CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*; RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado*).

74 *The Law of Corporate Groups*, I, 8.

75 *Principles of Modern Company Law*, 4th edition, 138. Recentemente, também se falou de "un cajón-desastre para el Tribunal Supremo" (GIRGADO PERANDONES, *La Empresa de Grupo y el Derecho de Sociedades*, 287).

76 Havendo mesmo quem a tenha reputado como "a mais importante descoberta dos tempos modernos" (N. BUTTLER). Para algumas outras "profissões de fé" semelhantes na matéria, vide já *supra* nota 28.

77 Sobre os problemas de "moral hazard" e de condutas "free-rider" gerados pela estrutura jurídica da empresa plurissocietária, vide BEHRENS, *Aspekte einer ökonomischen Theorie des Rechts*, 472 e ss.; LANDERS, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*, 589 e ss.; STONE, *The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct*, 65 e ss.

78 NOTE, *Should Shareholders Be Personally Liable for the Torts of Their Corporations?*, 1191.

79 HALPERN/ TREBILCOCK/ TURNBULL, *An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law*, 143.

80 Como já atrás foi referido (cfr. *supra* nota 58), os credores involuntários das filiais de grupos multissocietários (tais como, v.g., consumidores, trabalhadores, vítimas, etc.) suportam em pleno as consequências nefastas da externalização do risco empresarial provocada pela estrutura do grupo, sem qualquer possibilidade de o evitar ou de negociar os seus termos ("Risikoprämie"): como sublinham argutamente HANSMANN/ KRAAKMAN, "the rule of imited liability permits the firm's owners to determine unilaterally how much of their property will be exposed to potential tort claims" (*Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 1920).

81 BERR, *La Place de la Notion de Contrôle dans le Droit des Sociétés*, 7.

82 A literatura sobre os efeitos da estrutura do grupo ao nível dos credores sociais e sócios minoritários das respectivas sociedades constituintes é muitíssimo vasta. Para uma revisão desenvolvida, vide ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, 133 e ss.

83 Sobre este projecto de directiva comunitária, que conheceu uma primeira versão em 1974 (cfr. Doc. CEE XI/328/74-F), uma segunda em 1977 (cfr. Doc. CEE XI/215/77-F), e uma última em 1984 (cfr. Doc. CEE III/1639/84-F), vide DEROM, *The EEC Approach to Groups of Companies*, 565 e ss.; GLEICHMANN, *The Law of Corporate Groups in the European Community*, 435 e ss.; HOMMELHOFF, *Zur revidierten Vorschlag einer EG-Konzernrichtlinie*, 126 e ss.; KEUTGEN, *Le Droit des Groupes de Sociétés dans la CEE*, 67 e ss.; RODIÈRE, *Réflexions sur les Avants-Projects d' une Directive de la Commission des Communautés Européennes Concernant les Groupes de Sociétés*.

84 Refira-se ainda que o modelo do legislador comunitário foi ainda seguido nalguns países, originando propostas de alteração legislativa semelhantes, entretanto abandonadas: tal foi o caso da Espanha – com a "Anteprojecto de Reforma da Lei das Sociedades Anónimas" de 1979 – e da França – com a "Proposition de Loi sur les Groupes de Sociétés et la Protection des Actionnaires, du Personnel et des Tiers" (versão de 1978), comummente conhecida por "Proposta Cousté".

85 Cfr. FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, *Konzernrecht für Europa*.

86 Cfr. Doc. CEE XI/328/74-F. Disposição semelhante, praticamente "expressis verbis", pode ser encontrada no art. 87.º da versão posterior de 1977 (cfr. Doc. CEE XI/215/77-F).

87 A Exposição de Motivos do Projecto de 9ª directiva, na sua versão original em francês, é elucidativa sobre este aspecto: "La proposition déclare s'inspirer de l'opinion dominante dans les milieux économiques" segundo a qual " le groupe réprésente une *unité d'entreprise* et qu'il est conduit selon des principes uniformes les intérêts de ses divers parties, c'est-à-dire des diverses entreprises qui en révelent étant subordonées à celui du groupe" (*Exposé des Motifs*, 170).

88 Como sublinha GRAFFENRIED, a imagem do grupo subjacente à regulação comunitária é a de "uma unidade económico-empresarial organizada verticalmente e altamente centralizada" (*Über die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung - Die Regelung der Europäische Aktiengesellschaft als Beispiele?*, 154).

89 Como sublinha GEßLER, "o conceito de grupo é a pedra de toque de toda a regulação contida na proposta europeia" (*Das Konzernrecht der S.E.*, 289).

90 Segundo Guy KEUTGEN, "o desejo do legislador europeu em abarcar todo o tipo de situações possíveis sobrepujou sobre o valor da certeza jurídica" (*Le Droit des Groupes dans la CEE*, 203).

91 Nas palavras de Jean PAILLUSSEAU, "semelhante incerteza hermenêutica é deplorável, uma vez que todos os direitos e deveres originados pela existência do grupo terão diferentes alcances consoante a interpretação adoptada" (*Faut-il en France Réglementer un Droit des Groupes de Sociétés?*, 240); no mesmo sentido, GOERDELER, *Überlegungen zum europäischen Konzernrecht*, 399.

92 *La Responsabilidad de la Sociedad Matriz y de los Administradores en una Empresa de Grupo,* 29.

93 Como já sublinhamos noutro local, "the most striking aspect of this liability regime is that the imposition of liability on parent corporations of groups for subsidiary debts follows directly and automatically from its *formal status of parent*. By not distinguishing between potential control and actual control, nor between "bad" control and "good" control, the system thus holds parent corporations inescapably liable for all the debts of their subsidiaries, including those debts without any connection with its real control or those issuing from a parent's control which has been undertaken in the best interests of the subsidiary" (*Liability of Corporate Groups*, 300).

94 Os potenciais perigos daqui decorrentes no plano da organização interna dos grupos foi, desde cedo, sublinhado por muitos autores. Assim, salientava já em 1975 Léon DABIN: "Ao pretender colocar todos os tipos de grupos no mesmo saco, a proposta de directiva ignora a realidade económica e impõe constrangimentos muito pesados sobre a organização daqueles que colocam em risco a sua viabilidade como instrumento do comércio internacional" (*Systèmes Rigides du Type Konzernrecht*, 187). Mais recentemente, Peter HOMMELHOFF: "Com semelhante sistema de responsabilidade solidária, cada uma das dívidas da filial é automaticamente, instantaneamente e totalmente transferida para o nível da sociedade-mãe: (...) a proposta de directiva força assim a admnistração desta sociedade a exercer um controlo ininterrupto e estrito sobre os negóciod de todas as filiais" (*Zum revidierten Vorschlag einer EG-Konzernrechtlinie*, 142).

95 Cfr. *supra* Parte III, 1.2.

96 Basta pensar que, no quadro da solução proposta, os credores das filiais ficariam protegidos contra as situações de insolvência empresarial decorrentes de circunstâncias fortuitas (v.g., alterações súbitas e radicais das situações de mercado, falência dos principais devedores da filial), situações essas contra os quais não estão protegidos os credores de sociedades independentes (cfr. também PAZ-ARES, *Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades*, 1344). O que é mais, o regime de responsabilidade em análise é susceptível de criar uma discriminação entre *os próprios credores sociais das várias filiais integradas no perímetro de um mesmo grupo*, mormente entre credores de filiais saudáveis e deficitárias: graças ao efeito de "vasos comunicantes" que é criado entre os patrimónios das sociedades componentes do grupo em resultado da responsabilidade da cúpula grupal pelos respectivos passivos, os credores que negoceiam com filiais adequadamente capitalizadas podem ver-se subitamente a subsidiar os credores de filiais insolventes, sempre que os créditos destes sejam de molde a colocar a própria sociedade-mãe numa situação de insolvência.

97 Arts. 243.°-277.° da "Lei das Sociedades Anónimas" de 1976 (cuja vigência se afigura aparentemente imperturbada, no essencial, após a aprovação do novo "Código Civil" de 2002, pela Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, apesar das novas disposições relativas às "sociedades coligadas", previstas no Cap. VII do Livro II da sua Parte Especial, arts. 1097º a 1101º). Sobre a regulação brasileira, vide COMPARATO, *Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions*, 845 e ss.; IRUJO, *Los Grupos de Sociedades en la Nueva Ley Brasileña de Sociedades Anonimas*, 461 e ss.; PIRAS, *I Gruppi di Società nel Diritto Tedesco e Brasiliano*, 263 e ss.; PRADO, *Noção de Grupo de Empresas para o Direito Societário e o Direito Concorrencial*, 140 e ss.; ROTHMANN, *Die Behandlung des Konzern als gesellschaftsrechtliches Sonderproblem im Bresilien*, 217 e ss.

98 Arts. 481º-508.º-E do "Código das Sociedades Comerciais" de 1986. Permitimo-nos remeter para o nosso trabalho *Os Grupos de Sociedades.* Existem também obras acessíveis noutras línguas sobre o direito português dos grupos: ANTUNES, *The Law of Affiliated Companies in Portugal*; GAUSE, *Europäisches Konzernrecht im Vergleich – Eine Untersuchung auf der Grundlage des portugiesischen Rechts*; LUTTER/ OVERRATH, *Das portugiesiche Konzernrecht von 1986*, 394 e ss.

99 §§ 321-330 da Lei nº 6 de 1988. Cfr. KALÓ, H., *Das Recht der verbundenen Unternehmen in Ungarn*, 452 e ss.

100 §§ 161 a 172 do "Código de Comércio" de 1991, modificados pela lei nº 142 de 1996.

101 Arts. 473-511 da Lei nº 111 de 1993.

102 Arts. 460-495 da Lei das Sociedades Comerciais de 1993. Cfr. BRUS, *Das slowenische Konzernrecht in seiner Herkunft aus dem deutschen Recht der verbundenen Unternehmen*.

103 Arts. 6.º e segs. Lei Federal nº 208 de 1995.

104 Lei nº Yi/ 8600143180, de 25 de Junho de 1997. Cfr. YEH, *Das taiwanesiche Konzernrecht von 1997*, 287 e ss.

105 Sobre as normas pertinentes do "Aktiengesetz", vide os comentários de GEßLER/ HEFERMEHL/ ECKARDT/ KROPFF (Hrsg.), *Kommentar zum Aktiengesetz*, Band I e VI; HOFFMANN-BECKING (Hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, Band IV; KROPFF/ SEMLER, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band I; WÜRDINGER (Hrsg.), *Großkommentar zum Aktiengesetz*, Bd. I/1; e ZÖLLNER (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band I e VI. Para uma visão de conjunto, é sempre útil consultar o já clássico EMMERICH/ SONNENSCHEIN (com colaboração de HABERSACK na sua última edição), *Konzernrecht*.

106 *Le Droit des Groupes de Sociétés – Expériences Allemandes, Perspectives Européennes*, 381.

107 O artificialismo desta linha divisória é salientado por vários autores, inclusivamente germânicos. Assim, Ulrich IMMENGA refere que "se tornou cada vez mais evidente que os efeitos despoletados pelo fenómeno do grupo societário ao nível das respectivas sociedades constituintes é independente da sua forma jurídica. Isso significa que a cúpula grupal está em condições de exercer um controlo sobre as filiais mesmo na ausência da celebração de um contrato de domínio" (*Abhängige Unternehmen und Konzerne in der europäischen Gemeinschaftsrecht*, 58). Afinando por idêntico diapasão, Anne Petit-Pièrre SAUVAIN afirma que "nos podemos efectivamente interrogar se a distinção não é puramente formal, no sentido em que um mero *poder factual* pode produzir consequências tão sérias ao nível do património social das filiais quanto aquelas decorrentes de um *poder legal*. A coexistência destes dois sistemas permite assim às sociedades controladoras usufruir factualmente de um poder similar ao atribuído por lei sem, simultaneamente, incorrer nas responsabilidades por esta previstas – o que constitui um privilégio inadmissível" (*Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*, 121).

108 Assim acontecerá, em via de princípio, no caso de grupos contratuais descentralizados (nos quais a sociedade-mãe, não obstante o seu poder legal de direcção, opte por conceder níveis de autonomia decisional significativos aos administradores ou gerentes das suas filiais), embora não esteja excluído que algo de semelhante possa igualmente ocorrer mesmo no caso de grupos contratuais centralizados (sempre que as perdas ou dívidas tenham surgido em virtude de circunstâncias estranhas ao controlo exercido pela sociedade-mãe, v.g., instabilidade política do país de acolhimento da filial).

109 É necessário ter em conta que a esmagadora maioria dos grupos existentes são efectivamente, hoje como dantes, grupos de facto, pouco sendo aqueles que identificaram no regime legal vantagens suficientes para aceitar subordinar as respectivas estruturas ao império da lei (BÄLZ, *Einheit und Vielheit im Konzern*, 306 e ss.): isto apenas confirma as advertências premonitórias daqueles que, como Klaus MÜLLER, consideravam já nos anos 70 que o modelo regulatório em análise "privilegiou definiti-vamente os grupos fácticos em face dos grupos de direito" (*Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht*, 18).

110 Uma boa confirmação disto mesmo pode ser encontrada na figura do *grupo de facto qualificado* ("qualifizierte faktischer Konzerne"), modalidade híbrida de organização empresarial plurissocietária que veio justamente pôr a nu a artificialidade da "summa divisio" regulatória em que assenta o sistema dualista alemão: tratam-se daqueles agrupamentos intersocietários que, não tendo sido criados e organizados com base no instrumento legal taxativo que legitima o poder de controlo da sociedade-mãe, se encontram, na prática, submetidos a uma direcção económica unitária "fáctica" altamente centralizada em tudo semelhante àquela que é apenas possível no quadro de um grupo de direito (chegando alguns autores, por isso, a falar aqui de uma espécie de grupos de direito "fictícios" ou "camuflados"). Sobre esta figura, vide DEILMANN, *Die Entstehung des qualifizierten faktischen Konzerns*; DRUEY, *Zentralisierte und Dezentralisierte Konzern – ist die Differenzierung rechtlich wünschbar oder realiziebar?*, 89 e ss.; HOFFMANN-BECKING, *Der qualifizierte faktische AG-Konzern*, 68 e ss.; HOMMELHOFF/ STIMPEL/ ULMER, *Der qualifizierte faktische GmbH-Konzern*; LUTTER, *Der qualifizierte faktische Konzern*, 179 e ss.

111 ANTUNES, *The Liability of Polycorporate Enterprises*, 197 e ss.

112 Uma confirmação desta importância é sugestivamente ilustrada pelos milhares de monografias e artigos publicados nas últimas décadas sobre a questão: cfr. KIRCHNER, *Bibliographie zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1950 bis 1985*, 482-530; WYMEERSCH/ KRUITHOF, *The Law of Groups of Companies. An International Bibliography*.

113 O conceito de grupo foi utilizado e tematizado pela primeira vez na história doutrinal jusmercantil pelo jurista austríaco LANDESBERRGER em 1902, no seu estudo intitulado *Welche Maßnahmen empfeheln sich für die rechtliche Behandlung der Industrielle Kartelle* (in: "Gutachen für die 26. Deutsche Juristischetag" II (1902), 294 e ss., a pág. 301).

114 *Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenchaftlicher Untersuchung*, 54. No mesmo sentido, Wolfgang SCHILLING, que afirma que a referida tensão, que fornece a originalidade da empresa de grupo, "é tão velha quanto o próprio grupo, constituindo o primeiro desafio com o qual os juristas são confrontados" (*Entwicklungstendenzen im Konzernrecht*, 530).

115 Trata-se de *communis opinio* entre os juriscomercialistas contemporâneos mais reputados. "Ex multi", vide, na Alemanha, Karsten SCHMIDT: "A dificuldade crucial do grupo societário consiste em saber em que casos ele deve ser tratado como uma unidade e em que outros deve ser tratado como uma pluralidade" (*Gesellschatsrecht*, 490); na França, Yves GUYON: "Os grupos estão no coração de todos os problemas do direito societário" (*Examen Critique des Projects Européens en Matière de Groupes de Sociétés*, 155); na Itália, Francesco GALGANO: "A principal dificuldade relativa ao tratamento jurídico do grupo de sociedades consiste em saber como a unidade do grupo deverá ser articulada com a pluralidade das sociedades componentes" (*Qual è l'Oggetto della Società Holding*, 327).

116 *Minderheitenschutz und unternehmerische Entscheidungsfreiheit*, 60. No mesmo sentido, vide também WIEDEMANN: "Em qualquer caso, para o momento presente, afigura-se inviável apresentar uma «teoria geral» do direito dos grupos, válida para todos os sectores da ordem jurídica e assente num denominador comum" (*Die Unternehmensgruppe in Privatrecht*, 5).

117 Uma confirmação disto mesmo pode ser encontrada na história económica dos finais do séc. XIX, altura em que as legislações proibiam o fenómeno do controlo intersocietário e em que, por conseguinte, a técnica da *fusão* e do *trust* representavam os únicos instrumentos jurídicos de suporte da expansão empresarial: exemplos paradigmáticos da primeira são os casos das fusões da "Salt Union" em 1888, da "US Steel Corporation" em 1901 e da "American Tobacco Company" em 1904; ou, ainda, da segunda, os casos do "Standart Oil Trust" de 1882, dos "Sugar Trust" e "Whisky Trust" de 1887, do "National Lead Trust" de 1887 e do "American Cotton Oil Trust" de 1889 (cfr. CURTIS, *The Trusts and the Economic Control*, 35 e ss., 52 e ss.; CHANDLER, *The Visible Hand – The Managerial Revolution in American Business*, 320 e ss.). Uma outra ilustração do mesmo pensamento, embora pela negativa, pode ser encontrada na proposta, surgida nos primórdios da discussão doutrinal sobre o tema, de atribuição ao grupo de uma personalidade jurídica própria, distinta da das sociedades componentes, passando assim a constituir um *novo sujeito de direito* em si mesmo (assim, na Alemanha, ISAY, *Das Recht am Unternehmen*; nos Estados Unidos da América, BERLE, *The Theory of Enterprise Entity*; em França, DESPAX, *L'Entreprise et le Droit*). Todavia, se bem se reflectir, a personificação legal do grupo representa um contra-senso com a especificidade deste fenómeno, por isso mesmo que acarretaria a destruição da típica multiplicidade jurídica que é justamente pressuposta na sua noção: reconhecendo personalidade jurídica ao grupo, a lei não estaria a organizar a sua existência mas antes ironicamente a eliminá-la, já que um grupo com personalidade jurídica deixaria de o ser para passar a aproximar-se de uma espécie de fusão operada "ex lege".

118 Como sublinha Phillip BLUMBERG, "o controlo societário é o liame vital: sem a existência de controlo, as sociedades jamais poderão formar um grupo societário" (BLUMBERG, *The Law of Corporate Groups*, II, 14). Uma confirmação disto pode também ser encontrar em algumas culturas empresariais, diferentes das ocidentais, nas quais a organização do sistema económico e das empresas se encontra assente numa tradição de "harmonia" e "cooperação", como é o caso do Japão (cfr. TINDALL, *Multinational Enterprises*, 36 e ss.): isto explica porventura a razão pela qual os tradicionais grupos empresariais nipônicos (os velhos "Zaibatzu") se tenham desenvolvido na base de laços eminentemente informais, sem necessária rectaguarda jurídica (cfr. ANTUNES, *Structure and Organization of Japanese Multinational Enterprises: Some Features of Japanese Corporate Management*, 11 e ss.).

119 Para mais desenvolvimentos, vide, nas ciências económicas, WILLIAMSON, *The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes*, 131 e ss.; nas ciências de administração da empresa, HARDACH, *Konzernorganisation*, 882 e ss.; nas ciências jurídicas, TEUBNER, *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*, 86 e ss.

120 Sobre as estruturas organizativas dos grupos, em especial a distinção entre grupos centralizados e descentralizados, vide BLEICHER, *Zentralisation und Dezentralisation*, 1802 e ss.; BLEICHER, *Zur organisatorische Entwicklung multinationaler Unternehmungen*, 330 e ss.; BROOKE/ REMMERS, *The Strategy of Multinational Enterprise*, 66 e ss.; HÜBNER, *Konzern und Organisation*, 2006 e ss.; LEHMANN, *Konzernorganisation*, 1105 e ss.

121 ANTUNES, *Liability of Corporate Groups*, 163.

122 Como nota Chyntia WALLACE, " é precisamente este delicado equilíbrio entre autonomia e controlo que permitiu a enorme variedade das formas jurídicas e organizativas dos grupos multionacionais" (*Legal Control of the Multinational Enterprise*, 17).

123 Assim também LANGENEGGER: "Estas duas formas organizativas nunca aparecem na sua fisionomia pura mas antes sob modalidades mistas. A opção "centralização versus descentralização" coloca mal o problema, já que a questão é sempre e apenas a de saber em que medida esses parâmetros organizativos devem ser combinados no seio do grupo"*(Konzernunternehmungspolitik - Grundlagen, Grundfragen und Zielsetzung*, 48); OECD: "Muito embora a discussão se centre frequentemente sobre a alternativa centralização/descentralização, é perfeitamente claro que situações de total centralização ou completa descentralização não existem na realidade" (*Structure and Organization of Multinational Entreprises*, 10); SLONGO: "Os modelos básicos da centralização e descentralização aparecem sempre misturados na vida prática dos grupos" (*Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs*, 100).

124 TEUBNER, *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*, 67 e ss.

125 Veja-se o caso emblemático dos Estados Unidos da América, com as leis societárias dos Estados de Nova Yorque, Illinois ou Maryland: cfr. "Act of 22-3-1811", ch. 67, sec.7 (N.Y. Laws, 111); "Act of 10-2-1849", sec.8 (Ill. Laws 1846-1849, 89); "Act of 12-1-1860", ch.1, sec.1 (Maryland Laws 1860, 1).

126 A jurisprudência norte-americana oferece, de novo, um bom e rico exemplo desta linha de pensamento, proibindo as participações intersocietárias através de uma extensão da chamada teoria "ultra vires" (cfr. *Sumner v. Marcy*, 23 F. Cas 384, 385, C.C.D.Me. (1847); *Central RR v. Collins*, 40 Ga. 582 (1869); *Hazelhurst v. Savannah*, G. & NARR, 43 Ga. 13 (1871); *First National Bank v. National Exchange Bank*, 92 U.S. 122, 128 (1875); *Franklin Co. v. Lewiston Inst. for Sav.*, 68 Me. 43, 46 (1877); *Louisville & NRR v. Kentucky*, 161 U.S. 677, 698 (1896); *California Bank v. Kennedy*, 167 U.S. 362, 366 (1897)). Mas não é o único exemplo: veja-se assim, na jurisprudência germânica, as famosas decisões do "Reichtgericht" no caso *"rumänischen Eisenbahn"* de 1881 (RGZ 3, 123) ou no caso *"Petroleum"* de 1913 (RGZ 82, 308).

127 KLEIN, *Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechts der Erwerbsgesellschaft*, 67.

128 Karl KEMPIM é particularmente incisivo a este respeito, quando afirma ser "obviamente uma anomalia inconcebível que uma sociedade controle outra sociedade" (*Die amerikanischen Trusts*, 341).

129 MENZEL, *Die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung*, 31. No mesmo sentido, escrevendo em meados do séc. XIX, TELLKAMPF referia que a opinião dominante dos jurisconsultos alemães seus contemporâneos "era contrária à admissibilidade das participações intersocietárias" (*Über die neuere Entwicklung des Bankwesen in Deutschland*, 71 e ss.). Sublinh-se que estas reticências permaneceram em alguns países, mesmo após a consagração legal dessa admissibilidade, como o mostra o cepticismo da doutrina e jurisprudência italianas dos inícios do séc. XX (SRAFFA/ BONFANTE, *Società in Nome Colectivo fra Società Anonime?*, 609 e ss.; vide também decisões da Cass. Italiana de 20 de Março de 1930 [Foro it., 1930, I, 562] e de 27 de Abril de 1936 [Foro it., 1936, I, 992]).

130 Relembre-se que o abandono do sistema de concessão normativa ("octroi") e o reconhecimento da liberdade de constituição das sociedades haveria de ocorrer apenas, pela primeira vez na história, cerca de 1867 em França, quase imediatamente secundada por vários outros países, entre os quais Portugal (1867), Espanha (1869), Alemanha (1870), ou Itália (1882). Cfr. OTT, *Recht und Realität der Unternehmens-korporation*, 43 e ss., 85 e ss.; TEUBNER, *Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person*, 129 e ss.

131 EISENBERG, *The Structure of the Corporation*, 1.

132 CAFLISCH, *Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft*, 32.

133 SAUVAIN, *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*, 53.

134 Mais uma vez, o caso do Estados Unidos da América é elucidativo a este propósito. Muito embora a generalidade dos estados norte-americanos possuísse já as suas leis societárias próprias a partir de 1855 ("free incorporation system"), a possibilidade de participação de sociedades no capital de outras sociedades só veio a ser admitida pela primeira vez cerca de 1888, no Estado de New Jersey (através da introdução da famosa "holding clause"), e apenas nos

princípios do século XX se difundiria na maioria dos restantes estados. Para uma análise pormenorizada desta evolução histórica, nos países da "Common Law" e da "Civil Law", vide ANTUNES, *Liability of Corporate Groups*, 51 e ss., 146 e ss.

135 Dito de outro modo. A sociedade comercial constitui um sujeito de direito, a quem o legislador concedeu uma autonomia jurídica, patrimonial e organizativa em homenagem à realização dos fins próprios para que nasceu, possuindo sempre, nesse sentido, uma vontade e um interesse sociais autónomos. A possibilidade, aberta pela ordem jurídica, de outras sociedades, e não já apenas indivíduos, se constituírem como membros do grémio social vem expor virtualmente a sociedade participada a um estado de institucional subordinação interna a uma vontade e interesse empresariais alheios – abrindo, por conseguinte, uma virtual crise do modelo no qual repousa ainda todo o edifício normativo do Direito das Sociedades. Cfr. ANTUNES, *Les Groupes de Sociétés et la Crise du Modèle Légal Classique de la Société Anonyme*.

136 MIGNOLI, Ariberto, *Interesse di Gruppo e Società a Sovranità Limitata*.

137 SINAY: "A degradação do direito das sociedades, inerente à utilização do controlo sob a capa formal da autonomia societária, arrasta consigo distorções que o legislador não pode continuar a ignorar" (*Vers un Droit des Groupes de Sociétés*, 6).

138 OTT, *Recht und Realität der Unternehmenskorporation*, 123.

139 CHANDLER, *Strategy and Structure: Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*, 30.

140 Ocasionalmente, este paradoxo tem sido advertido por autores de diversas latitudes, que denunciam a existência de "um fosso entre direito e realidade" introduzido pelo fenómeno do grupo societário (LUTTER, *Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa*, 330; PAILLUSSEAU, *Les Fondements du Droit Moderne des Sociétés*, 3148; PAZARES, *Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades*, 1336). É importante acentuar, todavia, que o problema não é tanto um problema de discrepância entre os modelos "legais" e os modelos "reais" da sociedade comercial, mas sim verdadeiramente um problema de *contradição congénita do próprio sistema do direito societário*: por outras palavras, o dilema não está tanto, como é frequente escutar-se, no divórcio entre norma e facto, entre "law in books" e "law in action", mas antes num paradoxo inscrito no próprio código genético deste ramo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIBERT, Dominique, *À la Recherche d'une Structure Juridique pour l'Entreprise Individuelle*. In: "Dix Ans du Droit de l'Entreprise", 63-81, Librairies Techniques, Paris, 1978.
ANTUNES, José, *Structure and Organization of Japanese Multinational Enterprises: Some Features of Japanese Corporate Management*. EC Commission, Brussels, 1988.
ANTUNES, José, *Les Groupes de Sociétés et la Crise du Modèle Légal Classique de la Société Anonyme*. Florence : EUI Working Paper (Law nº 92/24), 1992.
ANTUNES, José, *Liability of Corporate Groups – Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law. An International and Comparative Perspective*. Boston/ Deventer: Kluwer, 1994.
ANTUNES, José, *The Law of Affiliated Companies in Portugal*. In: AAVV, "I Gruppi di Società", vol. I, 355-388, Giuffrè, Milano, 1996.
ANTUNES, José, *The Liability of Polycorporate Enterprises*. In: XII "Connecticut Journal of International Law" (1999), 197-231.
ANTUNES, José, *Direito das Sociedades Comerciais – Perspectivas do seu Ensino*. Coimbra: Almedina, 2000.
ANTUNES, José, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*. 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002.
ANTUNES, José/ TORRES, Nuno, *The Portuguese East India Company*. In: AAVV, "VOC – 400 Years of Company Law", Nijmegen, Netherlands, 2004.
ARNDT, Helmut (Hrsg.), *Die Konzentration in der Wirtschaft*, 3 vols. Berlin: Duncker & Humblot, 1971.
BÄLZ, Ulrich, *Einheit und Vielheit im Konzern*. In: "Festschrift für Ludwig Raiser", 287-338, Tübingen: Möhr, 1974.
BAUER, Michel/ COHEN, Elie, *Qui Gouverne les Groupes Industriels? – Essai sur l'Exercice du Pouvoir dans le Groupe Industriel*. Paris: Éd. Seuil, 1981.

BEHRENS, Peter, *Die Ökonomische Grundlagen des Rechts – Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz*. Tübingen: Mohr, 1986.
BERHMAN, Jack, *La Firme Multinationale et l'État-Nation*. New York: McGraw-Hill, 1971 (tradução francesa).
BERLE, Adolf, "*Control*" *in Corporation Law*. In: 58 "Cornell Law Review" (1958), 1212-1257.
BERLE, Adolf, *The Theory of Enterprise Entity*. In: 47 "California Law Review" (1947), 343-358.
BERLE, Adolf/ MEANS, Gardiner, *The Modern Corporation and Private Property*. New York: Hartcourt, Brace & World, 1969 (reimpressão).
BERR, Claude, *La Place de la Notion de Contrôle dans le Droit des Sociétés*. In: "Mélanges en l'Honneur de Daniel Bastian", vol. I, 1-22, Libraries Techniques, Paris, 1974.
BLEICHER, Knut, *Zentralisation und Dezentralisation*. In: "Handwörterbuch der Organisation", 1802-1816, Poeshel, Stuttgart, 1982.
BLUMBERG, Phillip I., *The Law of Corporate Groups*, 6 vols. Boston: Little & Brown, 1983 a 2004.
BRUS, Marko, *Das slowenische Konzernrecht in seiner Herkunft aus dem deutschen Recht der verbundenen Unternehmen*. Berlin: Berlin Verlag, 1999.
CAFLISCH, Silvio, *Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft*. Winterthur: P.G. Keller, 1961.
CASTRO, Carlos Osório, *Participação no Capital das Sociedades Anónimas e Poder de Influência – Breve Relance*. In: XXXVI "Revista de Direito e Estudos Sociais" (1994), 333-356.
CHAMPAUD, Claude, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*. Paris: Sirey, 1962.
CHANDLER, Alfred, *Strategy and Structure - Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*. Cambridge: MIT Press, 1962.
CHAYES, E., *The Modern Corporation and the Rule of Law*. In: Mason, E. (ed.), "The Corporation in the Modern Society", 25-56, Cambridge, Harvard UP, 1961.
CHRISTENSEN, Dan, *Concept of Limited Liability in US Business Entities*. In: 17 "International Business Lawyer" (1989), 444-451.
CLARK, Robert, *Corporate Law*. Boston/ Toronto: Little, 1986.
COHN, E. J./ SIMITIS, C., *Lifting the Veil in the Company Laws of the European Continent*. In: 12 "International and Comparative Law Quartely" (1963), 189-247.
COMPARATO, Fábio Konder, *Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions*. In: 23 "Rivista delle Società" (1978), 845-868.
COMPARATO, Fábio Konder, *O Poder de Controle na Sociedade Anónima*. São Paulo: 1975.
CONARD, Alfred, *Corporations in Perspective*. Mineola: Foundation Press, 1976.
CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.
COURIR, Edoardo, *Limiti alla Responsabilità Imprenditoriale e Rischi dei Terzi*. Milano: Giuffrè, 1997.
CURTIS, John, *The Trusts and the Economic Control. A Book of Materials*. Massachussets: 1931.
DAEMZ, Herman, *The Rise of Modern Industrial Enterprise*. Leiden: Nijhoff, 1978.
DECHER, Christian, *Personelle Verflechtung im Aktienkonzern – Loyalitätskonflik und qualifizierter faktischer Konzern*. Heidelberg: RuW, 1990.
DEILMANN, B., *Die Entstehung des qualifizierten faktischen Konzerns*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.
DEROM, Patrick, *The EEC Approach to Groups of Companies*. In: 7 "Vanderbilt Journal of International Law" (1976), 565-578.
DESPAX, Michel, *L'Entreprise et le Droit*. Paris: LGDJ, 1956.
DIAMOND, Francis, *Corporate Personality and Limited Liability*. In: Ornhial (ed.), "Limited Liability and the Corporation", 22-45, London, Croom Helm, 1982.
DICKEN, Peter, *Global Shift. Transformating the World Economy*. 3th edition, Gilford Press, 1998.
DIERDORF, Josef, *Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage*. Köln: Carl Heymanns, 1979.
DOBSON, Juan, *«Lifting the Veil» in Four Countries: the Law of Argentina, England, France and United States*. In: 35 "International Quartely Law Review" (1986), 839-863.
DOUGLAS, W./ SHANKS, C., *Insulation from Liability through Subsidiary Corporations*. In: 39 "Yale Law Journal" (1929), 193-218.
DRUEY, Jean Nicolas, *Zentralisierte und Dezentralisierte Konzern – Ist die Differenzierung rechtlich wünschbar oder realiziebar?*. In: Druey (Hrsg.), "Das St. Galler Konzernrechtsgespräch – Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit", 89-103, Paul Haupt, Bern/ Stuttgart, 1988.
DUROUSSET, Maurice, *La Mondialisation de l'Économie*. Paris: Ellipses, 1997.
EASTERBROOK, Frank/ FISCHEL, Daniel, *Limited Liability and the Corporation*. In: 52 "University of California

Law Review" (1985), 89-117.
EISENBERG, Melvin, *The Structure of the Corporation – A Legal Analysis*. Boston: Little/ Brown, 1976.
EMMERICH, Volker/ SONNENSCHEIN, Jürgen (com a colaboração de Mathias HABERSACK), *Konzernrecht*. 7. Aufl., München: Beck, 2001.
FERRI, Giuseppe, *Potere e Responsabilità nell'Evoluzione della Società per Azioni*. In: 32 Rivista delle Società (1956), 22- 57.
FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, *Konzernrecht für Europa*. In: 27 "Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht" (1998), 672-772.
GALGANO, Francesco, *Qual è l'Oggetto della Società Holding?*. In: "Contratto e Impresa" (1986), 2, 327-343.
GALGANO, Francesco, *Diritto Comerciale – L'Imprenditore* (9ª edizione). Bologna, Zanichelli, 2003.
GAUSE, Bernhard, *Europäisches Konzernrecht im Vergleich – Eine Untersuchung auf der Grundlage des portugiesischen Rechts*. Berlin: Berlin Verlag/ Nomos, 2000.
GEßLER, E./ HEFERMEHL, W./ ECKARDT, U./ KROPFF, B., "Aktiengesetz "Aktiengesetz Kommentar", Band I (§§ 15-22) e Band VI (§§ 291-311). München: Franz Vahlen, 1976.
GEVURTZ, Franklin, *Corporation Law*. St. Paul, Minnesota: West Group, 2000.
GILLESPIE, John, *The Thin Corporate Line: Loss of Limited Liability Protection*. In: 45 "NDLR" (1969), 363-385.
GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La Empresa de Grupo y el Derecho de Sociedades*. Granada: Editoral Comares, 2001.
GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La Responsabilidad de la Sociedad Matriz y de los Administradores en una Empresa de Grupo*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
GLEICHMANN, Karl, *The Law of Corporate Groups in the European Community*. In: Sugarman/ Teubner (eds.), "Regulating Corporate Groups in Europe", 435-456, Baden-Baden: Nomos, 1990.
GOERDELER, Reinhard, *Überlegungen zum europäischen Konzernrecht*, in: 2 "ZGR" (1973), 389- 409.
GOWER, Laurence, *The Principles of Modern Company Law*, 5th ed., London: Stevens & Sons, 1992.
GRAFFENRIED, André von, *Über die Nötwendigkeit einer Konzerngesetzgebung. Die Regelung der Europäische Aktiengesellschaft als Beispiel?*. Bern/ Frankfurt: Peter Lang, 1976.
GUYON, Yves, *Examen Critique des Projects Européens en Matière de Groupes de Sociétés*. In: Hopt, K. (ed.), "Groups of Companies in European Law", 155-174, Berlin/ New York: Walter de Gruyter, 1982.
HADDEN, Tom, *Company Law and Capitalism*. London: Weidenfeld & Nicolson, 1972.
HALPERN, P./ TREBILCOCK, M./ TURNBULL, S., *An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law*. In: 30 "Journal of Toronto Law" (1980), 117-150.
HANSMANN, Henry/ KRAAKMAN, Reinier, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*. In: 100 "Yale Law Review" (1991), 7, 1879-1934.
HENN, Harry G./ ALEXANDER, John R., *Laws of Corporations and others Business Enterprises* (3th ed.). St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1983.
HERMAN, Edward, *Corporate Control, Corporate Power*. Cambridge: Cambridge UP, 1981.
HOFFMANN-BECKING, Michael (Hrsg.), "Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts", Band IV («Aktiengesellschaft»), 2. Aufl., 897-1166, Beck, München, 1999.
HOMMELHOFF, Peter, *Zum revidierten Vorschlag einer EG-Konzernrichtlinie*. In: "Festschrift für Hans-Joachim Fleck", 126-150, Walter de Gruyter, Berlin/ New York, 1988.
HOOD, A./ YOUNG, E., *The Economics of Multinational Enterprise*. London/ New York: 1979.
HOPT, Klaus, *Le Droit des Groupes de Sociétés: Expériences Allemandes, Perspectives Européennes*. In: "Revue des Sociétés" (1987), 371-390.
HORN, N./ KOCKA, J. (eds.), *Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1979.
IMMENGA, Ulrich, *Abhängige Unternehmen und Konzerne in der EG*. In: 48 "Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationalen Privatrecht" (1984), 48-80.
IRUJO, José Embid, *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*. Granada: Comares, 2003.
IRUJO, José Embid, *Los Grupos de Sociedades en la Nueva Ley Brasileña de Sociedades Anonimas*. In: 153-154 "Revista de Derecho Mercantil" (1979), 461-482.
ISAY, Rudolf, *Das Recht am Unternehmen*. Berlin: 1910.
KALÓ, Helling, *Das Recht der verbundenen Unternehmen in Ungar.* In: "Wirtschaft und Recht im Österuropa" (1994), 452-459.
KEMPIN, K., *Die amerikanischen Trusts*. Berlin: 1883.
KEUTGEN, Guy, *Le Droit des Groupes de Sociétés dans la CEE*. Louvain: Vander, 1973.
KIRCHNER, Heribert, *Bibliographie zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1950 bis 1985*. Berlin/ New York: Walter de Gruyter (ZGR Sonderheft 8), 1989.
COMPARATO, Fábio Konder, *O Poder de Controle na Sociedade Anónima*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

KROPFF, Bruno/ SEMLER, Johannes, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band I (§§ 1-53), 2. Aufl., München: Beck, 2000.
KÜBLER, Friedrich, *Haftungstrennung und Gläubigerschutz im Recht der Kapitalgesellschaften - Zur Kritik der "Autokran"-Doktrin des Bundesgerichtshofes*. In: "Festschrift für Theodor Heinsius", 397-423, Berlin/ New York: Walter de Gruyter, 1991.
LAMANDINI, Marco, *Il "Controllo"– Nozioni e Tipo nella Legislazione Economica*. Milano: Giuffrè, 1995.
LANDERS, William, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*. In: 42 "University of Chicago Law Review" (1975), 589-652.
LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* (7 Aufl.). München: Beck, 1989.
LATHAM, G., *The Body Politic of the Corporation*. In: Mason, E. (ed.), "The Corporation in the Modern Society", 218-239, Cambridge, Harvard University Press, 1961.
LEHMANN, Karl, *Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce*. Berlin: 1895 (reimpressão de 1968).
LEHMANN, Michael, *Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht - eine juristische und ökonomische Analyse*. In: 15 "Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht" (1986), 345-370.
LUTTER, Marcus, *100 Bände BGHZ: Konzernrecht*. In: 151 "Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht" (1987), 444-461.
LUTTER, Marcus, *Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa*. In: 15 "Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht" (1987), 324- 369.
LUTTER, Marcus/ OVERRATH, Peter, *Das portugiesische Konzernrecht von 1986*. In: 20 "Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht" (1991), 394-410.
MENZEL, *Die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung*. Berlin: 1891.
MERCADAL, Barthélémy/ JANIN, Philippe, *Les Contrats de Coopération Interentreprises*. Paris: Éditions Juridiques Lefebvre, 1974.
MÜLLER, Klaus, *Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht*. In: 6 "Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht" (1977), 1-34.
NAEGELI, Eduard, *Der Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht*. Zürich: Dissertação, 1948.
NETO, Alfredo Assis Gonçalves, *Lições de Direito Societário*. 2ª edição, São Paulo: Juarez, 2004.
OECD, *Structure and Organization of Multinational Enterprises*. Paris, 1987.
OHMAE, Kenichi, *Macht der Triade. Die neue Form welteiten Wettbewerbs*. Wiesbaden: 1985.
OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1979.
OTT, Claus, *Recht und Realität der Unternehmenskorporation. Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person*. Tübingen: Mohr, 1977.
PAILLUSSEAU, Jean, *La Société Anonyme – Technique d'Organisation de l'Entreprise*. Paris: Librairie Sirey, 1967.
PAILLUSSEAU, Jean, *Faut-il en France Réglementer un Droit des Groupes de Sociétés? (À Propos de la Proposition Cousté)*. In: « Jurisclasseus Périodique" (1971), I-Doctrine, 2401 bis, 237-256.
PAILLUSSEAU, Jean, *Les Fondements du Droit Moderne des Sociétés*. In: "La Semanie Juridique" (1984), I-Doctrine, 3148.
PAZ-ARES, Cándido, *Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades*. In: Uría/ Menendez (eds.), *Curso de Derecho Mercantil*, 1323-1347, Madrid, Civitas, 1999.
PERROUX, François, *L' Économie du XX^éme Siècle*. Paris: 1969.
PETERSON, Klaus, *Juristische Person und begrenzte Haftung der Aktionäre*. In: "Itinerari Moderni della Personna Giuridica", 11-12 Quaderni Fiorentini 1982/83 (I), 521-587.
POSNER, Richard, *The Rights of Creditors of Affiliate Corporations*, in: 43 "University of Chicago Law Review" (1976), 499-526.
PRADO, Viviane Müller, *Noção de Grupo de Empresas para o Direito Societário e o Direito Concorrencial*. In: 2 "Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais" (1998), 140-156.
RAISER, Ludwig, *Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenchaftlicher Unter-suchung*. In: Raiser/ Sauermann/ Schneider (Hrsg.), "Das Verhältnis von Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenchaft", 51-56, Berlin, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 33, 1964.
RAISER, Thomas, *Das Unternehmen als Organisation*. Berlin/ New York: Walter de Gruyter, 1969.
RAISER, Thomas, *The Theory of Enterprise Law and the Harmonization of the Rules on Annual and Consolidated Accounts in the EEC*. Florence: EUI Working Paper nº 85/197, 1985.
ROBÉ, Jean-Phillipe, *L'Entreprise et le Droit*. Paris: PUF, 1999.
RODA, Carmen Boldó, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en Derecho Privado Español*. Pamplona: Aranzadi, 1996.
RODIÈRE, René, *Le Droit des Sociétés dans ses Rapports avec la Concentration*. Bruxelles: Collection Études, 1967.
ROTHMANN, Gerd, *Die Behandlung des Konzern als gesellschaftsrechtliches Sonderproblem im Bresilien*. In:

Mestmäcker/ Behrens, (Hrsg.), "Das Gesellschaftsrecht der Konzern im internatio-nalen Vergleich", 217-234, Nomos, Baden-Baden, 1991.
SALOMÃO FILHO, Calixto, *O Novo Direito Societário.* 2ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2002
SAUVAIN, Anne Petit-Pierre, *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*. Genève: George, 1972.
SCHILLING, Wolfgang, *Entwicklungstendenzen im Konzernrecht*. In: 140 "Zeitschrif für das gesamte Handelsrecht" (1976), 528-535.
SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*. 4. Aufl., Köln/ Berlin/ Bonn/ München: Carl Heymanns, 2002.
SCHMITTHOFF, Clive, *Banco Ambrosiano and Modern Company Law*, in: "Journal of Business Law" (1982), 361-372.
SCHMITTHOFF, Clive, *Commercial Law in a Changing Economic Climate* (2nd edition). London: Sweet & Maxwell, 1981.
SELZNICK, Phillip, *Law, Society and Industrial Justice*. New York: Russell Sage, 1966.
SINAY, Robert, *Vers un Droit des Groupes de Sociétés*. In: "Gazette du Palais" (1967), separata.
SLONGO, Bruno, *Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs*. Zürich: Schultess Polygraphischer, 1980.
STEIMANN, Horst, *Großunternehmen im Interessenkonflit. Ein wirtschaftswissenschaftlicher Beitrag zu Grundfragen einer Reform der Unternehmensordnung in hochentwickeltem Industriegesellschaften*. Stuttgart: Müller, 1969.
STOCKMAN, Franz/ ZIEGLER, Rolf/ SCOTT, John, *Networks of Corporate Power*. Cambridge: Polity Press, 1985.
STONE, Christopher, *The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct*. In: 90 "Yale Law Review" (1980), 1-77.
STORK, Michel, *Définition Légale du Contrôle d'une Société en Droit Français*. In: 104 "Revue des Sociétés" (1986), nº 3, 385-404.
TELLKAMPF, *Über die neuere Entwicklung des Bankwesen in Deutschland*. Berlin: 1857.
TEUBNER, Gunther, *Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person*. In: 36 "American Journal of Comparative Law" (1988), 130-155.
TEUBNER, Gunther, *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*. In: Sugarman/ Teubner (eds.), "Regulating Corporate Groups in Europe", 67-104, Nomos, Baden-Baden, 1990.
TINDALL, Robert, *Multinational Enterprises*. New York: Oceana Publications, 1975.
VIRASSAMY, George, *Les Contrats de Dépendance*. Paris: LGDJ, 1986.
WALLACE, Cynthia Day, *Legal Control of the Multinational Enterprise*. Haghe/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1982.
WIEDEMANN, Herbert, *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht. Metodische und sachliche Probleme des deutschen Konzernrechts*. Tübingen: Möhr, 1988.
WIEDEMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts.* Band. I, Beck, München, 1980.
WILLIAMSON, Oliver, *The Modern Corporations: Origins, Evolution, Attributes*. In: 19 "The Journal of Economic Literature" (1981), 1537-1573.

José Engrácia Antunes
PROFESSOR DA UNIVERSIDADE DE NOVA LISBOA

RELATÓRIO DO GRUPO DE PERITOS DE ALTO NÍVEL SOBRE UMA MOLDURA REGULADORA MODERNA PARA CÓDIGO SOCIETÁRIO NA EUROPA

Bruxelas, 4 de novembro de 2002

REPORT OF THE HIGH LEVEL GROUP OF EXPERTS ON A MODERN REGULATORY FRAMEWORK FOR COMPANY LAW IN EUROPE

RESUMO

Publicamos aqui parte do Relatório do Grupo de Expertos em Direito Societário, elaborado a pedido da UE sobre o modelo de regulação das sociedades na Europa. A elaboração do trabalho foi chefiada por Jaap Winter e contou com a participação de Klaus J. Hopt, Jonathan Rickford, Guido Rossi, Jan Schans Christensen, Joëlle Simon. O relatório reconhece a necessidade de uma regulação específica para os grupos econômicos, algo não trivial para os estudiosos da área. Aponta os principais problemas enfrentados pelos países da UE e sugere soluções. Um dos temas abordados são as tensões entre os interesses do grupo e das empresas que o compõem, discussão central para a compreensão da legislação brasileira.

PALAVRAS-CHAVE

União Européia, Direito Societário, Grupo Econômico, Sociedade, Empresa

ABSTRACT

Here we publish part of the Report prepared by the High Level Group of Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe upon request of the European Union. The workgroup was lead by Jaap Winter and its participants included Klaus J. Hopt, Jonathan Rickford, Guido Rossi, Jan Schans Christensen, Joëlle Simon. The report recognizes the need for regulation dealing specifically with economic groups, not an ordinary matter for scholars in the field. It point out the main problems faced by EU countries and recommends solutions thereto. One of the issues dealt with are tensions between the interests of the group and those of its participant companies, a key discussion to understand Brazilian Law.

KEYWORDS

European Union, Company Law, Economic Group, Corporation, Company

CAPÍTULO V

GRUPOS E PIRÂMIDES

1 A EXISTÊNCIA DE GRUPOS DE EMPRESAS COMO REALIDADE ECONÔMICA ÚTIL E LEGÍTIMA.

Como já indicamos no nosso Documento Consultivo, grupos de empresas representam hoJe a principal realidade corporativa para a maioria, senão em todos, os Estados Membros. Indicamos também que grupos são reconhecidos como forma

legítima de fazer negócios na maioria dos Estados Membros e, em nível de União Européia, pela 7a. Diretiva do Código Societário (*Seventh Company Law Directive*) e por diversas outras disposições legais, como leis relativas a bancos, seguradoras e leis anti-truste. Esta opinião recebeu apoio consistente e unânime na consulta.

Por outro lado, é também amplamente reconhecido que grupos de empresas podem apresentar riscos específicos para acionistas e credores nos diversos níveis, e o processo de consulta revelou ser sentida uma necessidade de proteção daqueles interesses na comunidade de negócios.

Desde o início o Grupo deseja, entretanto, delinear que, como matéria geral, os riscos relacionados com existência de grupos não deverão impactar a legitimidade deles como realidade econômica útil. Ademais, o Grupo acredita que a existência de um grupo de empresas não deveria ser em si razão para abandonar-se o principio de responsabilidade limitada, salvo talvez nos casos mais patentes de abuso por parte do grupo ou da companhia controladora resultando na insolvência de uma subsidiária.

Quanto aos instrumentos de intervenção, o Grupo endossa o ponto de vista de que a outorga de um código legal autônomo, tratando especificamente de grupos, não é recomendada em nível de União Européia; nós não recomendamos que seja empreendido um novo esforço visando originar a 9a. Diretiva do Código Societário (*Ninth Company Law Directive*) sobre relações de grupos. Em vez, o Grupo recomenda que a Comissão considere disposições dentro de áreas da legislação corporativa existente para tratar problemas específicos.

Áreas onde intervenção poderia ser necessária estão consideradas nas seções que se seguem, e tratam especificamente de: (i) transparência da estrutura do grupo e das relações; (ii) tensões entre os interesses do grupo e os das suas partes; e (iii) problemas especiais das estruturas piramidais.

2 TRANSPARÊNCIA DA ESTRUTURA DE GRUPOS E DAS RELAÇÕES

Informação completa e divulgação com respeito a estrutura do grupo e relações intra-grupo são um pré-requisito crucial para garantir que o funcionamento dos grupos permaneça compatível com os interesses dos acionistas e credores nos diferentes níveis. O processo de consulta revelou que a transparência é percebida como a área mais importante de intervenção no tocante a grupos.

A consulta confirmou também que a visão das disposições atuais da 7a. Diretiva do Código Societário (*Seventh Company Law Directive*) sobre contas consolidadas não trata de modo suficiente tais preocupações, onde números consolidados não refletem nem a situação financeira das diversas partes do grupo e nem o grau de dependência das subsidiárias em relação a companhia controladora. Os respondentes sugeriram várias áreas onde deveria ser fornecida informação específica, abrangendo estrutura do grupo, sistema gerencial e pessoas efetivamente delegadas com poder de direção, transações intra-grupos, e procedimentos e atividades através das quais a direção é exercida.

Algumas destas áreas já estão incluídas na 7a. Diretiva do Código Societário (*Seventh Company Law Directive*) (e.g. informação sobre cadeia de controle, pelo menos no sentido descendente). Outras áreas - por exemplo, divulgação de estruturas de governança e direitos vinculados a ações - estão tratadas em outro local deste Relatório (ver Capítulo III sobre governança corporativa).

De forma geral, o Grupo adota o ponto de vista de que é necessária uma divulgação aumentada com respeito a estrutura do grupo e relações. Para assegurar um sistema de divulgação consistente, a companhia controladora de cada grupo deverá ser tornada responsável pela divulgação coerente e exata da estrutura do grupo e das relações.

O Grupo acredita que não seria útil aqui uma lista de temas específicos a serem divulgados. Em vez disso, desejamos indicar áreas onde a divulgação obrigatória seria apropriada, tendo por base, tanto quanto possível, as regras existentes. As recomendações fornecidas no Capítulo III sobre governança corporativa também são consideradas plenamente aplicáveis aqui.

A primeira área é a das informações financeiras. A consulta indicou que as demonstrações financeiras consolidadas conforme instruídas pela 7a. Diretiva do Código Societário (*Seventh Company Law Directive*) deveriam estar acompanhadas de informação financeira adicional com respeito ao grupo, abrangendo, por exemplo, números financeiros chaves das principais empresas do grupo, organização de serviços intra-grupo e alocação deles dentro das empresas do grupo, transações intra-grupo e entre partes relacionadas, política do grupo com respeito ao apoio dado a membros do grupo em dificuldades, e estrutura das dívidas interna e externa do grupo, bem como sua política de financiamento e de tesouraria.

O Grupo recomenda que a Comissão revise as disposições da 7a. Diretiva do Código Societário (*Seventh Company Law Directive*) à luz da necessidade de uma melhor divulgação financeira, e considere se poderão ser feitos melhoramentos que sejam consistentes com *International* Accounting Standards (IAS).

A consulta indicou também ser amplamente percebida uma necessidade de divulgação não-financeira, particularmente com respeito à governança de grupos de empresas. Muitas das sugestões recebidas já estão tratadas em nossas recomendações sobre divulgação no Capítulo III sobre governança corporativa, e o Grupo acredita que, quanto a recomendações específicas a serem implementadas, a maior parte das questões relativas a governança de grupos já estaria suficientemente coberta. O Grupo deseja apenas recomendar aqui ser necessário garantir - especialmente onde estiverem envolvidas companhias abertas - que uma visão clara e justa da estrutura de governança do grupo, inclusive participações cruzadas e importantes acordos de acionistas que sejam relevantes para o controle da empresa, seja dada ao mercado e ao público.

Adicionalmente, a Comissão deveria examinar se deveria ser exigido que as empresas informem aos acionistas e ao público quando entrarem ou saírem de um

grupo, fornecendo inclusive uma declaração dos diretores da empresa quanto a significância do evento com respeito a situação financeira da empresa, sua governança e seu desempenho.

3 PROBLEMAS PARA CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE GRUPOS DE EMPRESAS: TENSÕES ENTRE OS INTERESSES DO GRUPO E OS DAS SUAS PARTES

Em alguns Estados Membros, a criação e o funcionamento de grupos de empresas são complicados pelo fato de a administração da subsidiária poder não levar em consideração os interesses econômicos comuns do grupo de empresas como um todo, salvo se isto for de encontro aos interesses específicos da subsidiária. Violações disso poderão tornar os diretores obrigados perante ambos, o direito penal e o direito privado. O resultado disso é visto em alguns Estados Membros como um claro impedimento à formação e ao funcionamento de grupos de empresas, tanto em nível nacional como em nível de União Européia.

De fato, o reconhecimento da natureza legítima dos grupos de empresas implica necessariamente que as regras legais empresariais aplicáveis aos conflitos de interesses e ao dever de perseguir exclusivamente o interesse dos acionistas de cada empresa, não poderão ser aplicadas como estão aos grupos, pelo menos sem levar em conta a posição especial criada pela participação em um grupo. Por outro lado, a proteção dos interesses dos acionistas minoritários e credores nos diversos níveis deverá ser mantida, e portanto é necessário assegurar que estes interesses não sejam prejudicados ao perseguir-se a política do grupo.

Foi desenvolvido um princípio - com ligeiras variações - em diversos Estados Membros, que tenta solucionar o conflito entre os interesses comuns do grupo de empresas como um todo, e os de um ou mais dos seus membros, estipulando que transações que forem benéficas para o grupo, mas não forem de encontro aos interesses diretos de uma empresa isoladamente, possam ser consideradas legítimas desde que os interesses daquela empresa estejam protegidos, considerando-se todos os aspectos. Em outras palavras, o prejuízo sofrido por uma empresa isoladamente em uma determinada transação, poderá estar justificado se a participação no grupo assegura vantagens para a mesma empresa, de modo que os interesses dela estejam protegidos, considerando-se todos os aspectos. O trabalho do *Forum Europaeum** nesta área foi particularmente útil no esclarecimento de princípios comuns subjacentes a estas regras em certos Estados Membros.

O Grupo acredita que há argumento para exigir que os Estados Membros forneçam moldura de regulamentação para grupos, de modo a permitir aos que estão incumbidos de administrar empresa integrante de grupo, adotar e implementar uma política de grupo coordenada, desde que os interesses dos credores de cada empresa estejam efetivamente protegidos, e que haja um equilíbrio justo do ônus e das vantagens ao longo do tempo, para o acionista (externo) de cada empresa. Tal

regulamentação facilitaria a criação e o funcionamento dos grupos de empresas. Os detalhes de tal regulamentação poderão ser deixados a cargo dos Estados Membros.

A adoção de tal moldura de regulamentação seria ainda mais viável ao considerar-se o melhoramento dos instrumentos de proteção dos acionistas minoritários e credores que recomendamos em outro local neste Relatório, em particular a introdução dos direitos especiais de perícia e dos direitos de venda total para acionistas minoritários, e a adoção dos conceitos de comércio ilícito e de diretores ocultos (ver os parágrafos 3.4 e 4.4 do Capítulo III acima, e o parágrafo 6 do Capítulo VI abaixo).

Outra área importante de possível intervenção com respeito ao funcionamento adequado de grupos, é a lei aplicável a grupos insolventes. Quando os grupos tornam-se insolventes, o tratamento separado das falências de empresas do grupo causa problemas procedimentais e substantivos, os quais são exacerbados quando um grupo insolvente opera em jurisdições diferentes. Em alguns Estados Membros, uma abordagem consolidada para falências de grupos é possível sob determinadas circunstâncias. Reconhecemos que estes problemas são de difícil solução, mas isto não torna a solução deles menos desejável. Portanto, recomendamos que a Comissão tome a iniciativa de examinar a possibilidade de introduzir consolidações procedimentais e substantivas para falências de empresas de grupo nos Estados Membros.

4 PIRÂMIDES

O grupo piramidal pode ser definido como uma estrutura de grupo caracterizada por uma cadeia mais ou menos longa de controle, usando diversas sociedades controladoras. Os acionistas finais controlam cada empresa da cadeia por meio de maioria, ou então controlando participações minoritárias, com acionistas minoritários em cada nível. O resultado é que os acionistas finais poderão controlar a cadeia toda - até e inclusive a empresa situada na parte mais baixa da pirâmide - por meio de um investimento total pequeno. Se, por exemplo, os acionistas finais possuíssem 50% em cada nível, em uma cadeia de seis empresas incluindo a empresa situada na parte inferior da pirâmide, seria necessário, por parte do investidor final, apenas um investimento de 1,56% do capital da empresa inferior para ele manter o controle da cadeia inteira. Este efeito é criado fazendo-se com que os acionistas minoritários em cada nível financiem a posição controladora do acionista final no nível de baixo. Para facilitar isso, freqüentemente diversas empresas da pirâmide têm registros separados em Bolsas de Valores.

Estruturas piramidais podem apresentar problemas específicos. As pirâmides são uma fonte de custo de representação pelo fato de aumentarem os benefícios privados do controle e os conflitos de interesse, e portanto poderão significar despesa para acionistas não-controladores. A falta de transparência da estrutura de capital poderá ter diversos efeitos problemáticos, como falta de transparência em operações do grupo e mal funcionamento do mercado para controle corporativo.

A criação de regras específicas para pirâmides provou ser difícil, especialmente pelo fato de a distinção entre grupos piramidais e "grupos normais", ser difícil na prática. Como mínimo, o Grupo acredita que a transparência completa, relativa a estrutura do grupo, governança e operações (inclusive contratos importantes de acionistas nos diversos níveis relevantes para o controle do grupo), seja essencial para solução dos problemas apresentados pelas pirâmides. As recomendações de divulgação feitas no Capítulo III sobre governança corporativa são, portanto, muito relevantes no trato de estruturas piramidais.

O Grupo tem especial preocupação com os grupos piramidais que incluem companhias abertas, especialmente onde elas estão situadas nos níveis mais baixos da cadeia. Onde o único ou principal ativo de uma sociedade controladora estiver constituído por ações de outra companhia aberta da estrutura do grupo, o registro da sociedade controladora em Bolsa de Valores geralmente não tem qualquer outro valor econômico a não ser financiar o controle do acionista controlador.

Em vista da fraca posição dos acionistas minoritários em tais empresas e das preocupações gerais sobre falta de transparência e incontestabilidade de controle, acreditamos que registros em Bolsa de Valores não deveriam ser utilizados para estes fins. Portanto, recomendamos que a União Européia exija que as autoridades dos Estados Membros, responsáveis por admissão ao comércio em mercados regulamentados, não admitam ao comércio sociedades controladoras cujo único ou principal ativo seja sua participação acionária em outra companhia aberta.

As exceções deveriam ser feitas apenas onde existir forte argumento relativo ao valor econômico de tal admissão ao comércio, além do financiamento de controle do acionista controlador. Para estruturas piramidais já existentes e que incluem companhias abertas, deveria ser considerada a exigência de retirada do registro de tais companhias abertas, e a oferta aos acionistas minoritários de ações da empresa controlada, em troca das ações deles na sociedade controladora.

Por fim, observamos que uma pressão adicional sobre estruturas piramidais é aplicada por aqueles que operam índices de ações, ao incluir apenas ações de livre flutuação na ponderação de empresas no índice, e excluir participações acionárias maiores. Muitas operadoras de índices já adotaram esta abordagem, a qual é recomendada pelo Grupo.

Resumindo, não deveria ser feita nenhuma nova tentativa de promulgação de uma 9a Diretiva do Código Societário (*Ninth Company Law Directive*) relativa a relações de grupo; entretanto, problemas específicos deveriam ser tratados por meio de modificações nas atuais disposições de lei corporativa em três áreas.

É necessária uma divulgação aumentada da estrutura do grupo e das relações, e a companhia controladora de cada grupo deverá ser tornada responsável pela divulgação de informação coerente e exata.

A Comissão deveria examinar as disposições da 7a. Diretiva do Código Societário

(*Seventh Company Law Directive*) à luz da necessidade de uma melhor divulgação financeira, e considerar a introdução de melhoramentos consistentes com *International Accounting Standards* (IAS).

Com respeito a divulgação não-financeira, deveria ser assegurado que - especialmente onde estiverem envolvidas companhias abertas - uma visão clara da estrutura de governança do grupo, inclusive participações cruzadas e principais acordos de acionistas, seja apresentada ao mercado e ao público.

Adicionalmente, deveria ser exigido que as empresas apresentem informação específica quando elas entram ou saem de um grupo.

Deveria ser exigido que os Estados Membros forneçam uma moldura de regulamentação para grupos, permitindo que aqueles que tenham por incumbência administrar empresa integrante de grupo, adotem e implementem uma política de grupo coordenada, desde que os interesses dos credores da empresa estejam efetivamente protegidos, e que haja um equilíbrio justo do ônus e das vantagens ao longo do tempo, para os acionistas da empresa.

A Comissão deveria examinar a possibilidade de introdução, nos Estados Membros, de regras sobre consolidações procedimentais e substantivas com respeito a falências de grupos de empresas.

A União Européia deveria exigir que as autoridades nacionais, responsáveis por admissão ao comércio em mercados regulamentados, não admitam sociedades controladoras cujo único ou principal ativo seja sua participação em outra companhia aberta, salvo se o valor econômico de tal admissão estiver claramente demonstrado.

Por fim, as operadoras de índices de ações deveriam considerar adequadamente a livre flutuação para determinar o peso de cada empresa.

NOTAS

***** O *Forum Europaeum Corporate Group Law* consiste de um comitê de orientação composto por Acadêmicos de diversos países europeus. Para informações adicionais, ver "*Corporate Group Law for Europe*", *European Business Organization Law Review 1* (2000) : 165-264.

originalmente nota nº 26

"UNITAS MULTIPLEX": A ORGANIZAÇÃO DO GRUPO DE EMPRESAS COMO EXEMPLO

Gunther Teubner

"UNITAS MULTIPLEX": CORPORATE GROUP ORGANIZATION AS AN EXAMPLE

RESUMO

Este é o capítulo final da obra O Direito como Sistema Autopoiético de Gunther Teubner na tradução de José Engrácia Antunes. Nele, Teubner demonstra o poder explicativo de sua teoria do direito com o exame do problema da regulação dos grupos de empresas. A obra de Teuber é referência importante para os textos de Viviane Muller Prado e José Engrácia Antunes, publicados neste número da revista Direito GV.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito, Sistemas Sociais, Sistema Autopoiético, Gunther Teubner, Grupo de Empresas

ABSTRACT

This is the final chapter of Law as an Autopoietic System by Gunther Teubner, translated by José Engrácia Antunes. In it, Teubner demonstrates the enlightening power of his theory of law examining the problem of the regulation of enterprise groups. Teubner's work is an important reference for Viviane Muller Prado's and José Engrácia Antunes' articles, both published in this issue of Revista Direito GV (FGV-SP Law Review).

KEYWORDS

Theory of Law, Social Systems, Autopoietic System, Gunther Teubner, Enterprise Group

I Organização Econòmica: Evolução, Teoria, Direito

O direito de conflitos intersistémicos, que acabamos de analisar, vem demonstrar que as ideias de auto-referência e de autopoiesis não são meramente teóricas mas possuem um real alcance prático. Nasce assim para a doutrina jurídica uma nova problemática e uma nova necessidade de ajustamento do seu discurso argumentativo e legitimador a esta nova realidade que é o conflito permanente entre lógicas particulares de subsistemas autónomos. Mas, deixando de parte essas macroquestões, terá a teoria da autopoiesis algum impacto sobre a forma de actuar do jurista no seu trabalho quotidiano, sobre a construção dos conceitos jurídicos, sobre a discussão de questões doutrinais específicas ou sobre a *praxis* jurisprudencial? Em face da sua juventude, ainda não podem fazer-se juízos definitivos. Para usar a expressão de HELDRICH, certo é apenas que a teoria da autopoiesis pode lançar

alguma agitação no meio doutrinal: "se isso resultará num aclaramento do sentido da doutrina jurídica ou antes num reforço da sua obscuridade, é algo que não pode ainda prever-se".[1]

Podem ser rapidamente esboçadas as tentativas jurídico-doutrinais até hoje existentes. Assim, servindo-se de uma perspectiva autopoiética, LUHMANN analisa questões relativas ao conceito jurídico de acção[2] e ao direito político de resistência à lei[3] (permanecendo, no entanto, céptico no que concerne a uma doutrina jurídico-sociológica geral).[4] Por sua vez, DEGGAU reformula também à mesma luz questões em matéria de direito dos contratos, tais como as do erro e das bases negociais[5]. Foi, todavia, LADEUR quem levou mais longe um tal esforço no terreno da doutrina jurídica, abordando um vasta série de questões em áreas tão diversas como as do direito nuclear, do direito médico, do direito dos "media", e do direito do ambiente, desenvolvendo uma estratégia para "enfrentar a indeterminação através do uso da capacidade de aprendizagem (auto-) organizada".[6]

Pela nossa parte, cremos que a autopoiesis pode auxiliar substancialmente o desenvolvimento de uma espécie de dogmática "de tipo médio" e, em particular, de uma construção alternativa da realidade jurídica, capaz de contrariar o positivismo jurisprudencial ou, na controversa expressão de ZÖLLNER, "o culto do precedente".[7] Exemplos nesse sentido são as nossas tentativas de aplicação da teoria autopoiética à cláusula geral da boa-fé, à teoria dos deveres de protecção, aos problemas em matéria de base negocial e de resolução contratual em virtude da alteração das circunstâncias, ao conceito de interesse social da empresa, ao conceito jurídico de empresa, ao substracto social da pessoa colectiva ou moral, aos problemas de organização, co-gestão laboral e responsabilidade social da empresa.[8] A fim de aprofundar um pouco mais esta perspectiva de análise, gostaríamos de desenvolver aqui esta redimensionação sistémica dos conceitos jurídico-privados fundamentais, centrando-nos sobre um dos seus conceitos mais complexos: o conceito de *grupo de empresas* ("Konzern"*). Que implicações terá para a regulação e organização jurídica deste importante fenômeno social e económico dos nossos dias a perspectiva do grupo como um sistema autopoiético?

Se interrogarmos a teoria autopoiética sobre o potencial papel da teoria da empresa no domínio da organização do grupo e no direito da organização da empresa, a resposta afigura-se à primeira vista decepcionante. Na verdade, e contrariamente à esperança de soluções tecnocráticas abrangentes e juridicamente exequíveis, a análise sistémico-autopoiética apresenta uma dupla limitação, quer quanto ao papel do direito, quer quanto ao da teoria. Isto está relacionado com a reorientação da teoria dos sistemas auto-referenciais (analisada no capítulo II) do planeamento para a evolução, da regulação para a autonomia.[9] No contexto da dinâmica dos processos de evolução da organização empresarial moderna, o direito parece desempenhar um papel assaz modesto; e dada a dinâmica interna própria da prática jurídica

dos grupos empresariais, parece sobrar assim pouco espaço para construções teóricas. Senão vejamos.

Se se encarar a história recente da organização empresarial como um processo de evolução "cega", ou seja, como um processo de interrelação descoordenada dos mecanismos de variação, selecção e estabilização,[10] temos de concluir que, nos momentos decisivos, o direito raramente terá aparecido como uma força inovadora e motriz de tal evolução e que os processos de variação e de selecção foram geralmente levados a cabo através de elementos não-jurídicos. Na verdade, a mais importante das inovações jurídicas do séc. XIX, a liberalização e organização da sociedade comercial como pessoa jurídica,[11] não representava originariamente senão a veste jurídico-formal atribuída a novos centros de acção económica então emergentes, que, posteriormente, e por seu turno, através da possibilidade da criação de grupos empresariais, haveria de acelerar a dinâmica da concentração financeira e capitalista. Do mesmo modo, uma das mais importantes reformas jurídicas dos inícios do séc. XX, a crescente separação e autonomização dos conselhos de administração e de supervisão no seio orgánizativo das empresas, mais não representa do que o reflexo jurídico de um processo de "separação entre propriedade e controlo" ("separation of ownership and control", na celebérrima expressão de BERLE e MEANS) de há muito iniciado. A própria co-gestão dos trabalhadores no governo da empresa, tida como uma inovação da responsabilidade dos juristas, seria talvez mais realisticamente interpretada como constituindo um mero reflexo das transformações operadas nas relações entre capital e trabalho, entre empresas e sindicatos e, dentro da própria empresa, entre hierarquia e diferenciação funcional.[12] Isto não significa, contudo, que devam subestimar-se as repercussões de relações de poder juridicamente formalizadas no quadro de situações de mercado flutuantes e de relações de força internas de organizações.[13]

O direito da organização ou "constituição" da empresa exerceu sempre, no seu todo, uma função de estabilização de formas organizacionais desenvolvidas por outros mecanismos de variação e selecção. Uma tal função, todavia, não deverá ser menosprezada, já que a estabilização acaba sempre por se repercutir na dinâmica do processo económico, atenta a circunstância de um dado patamar de desenvolvimento estabilizado graças a normas jurídicas ser sempre fonte, por seu turno, de novas e imprevistas possibilidades de desenvolvimento: "fatta la legge, trovato l'inganno". Ao mesmo tempo, isto torna possível ao direito exercer alguma influência e controlo sobre o processo de evolução em curso, de que o caso da co-gestão e participação dos trabalhadores constitui porventura o exemplo mais eloquente.[14] A avaliação das capacidades regulatórias de um direito da empresa depende assim do modelo de evolução adoptado.

É este o ponto em que a teoria deveria entrar em cena. Isto muito embora modelos teoréticos sobre tais desenvolvimentos apareçam sujeitos a significativas

restrições: apesar de toda a grandiosidade dos projectos de SAVIGNY e GIERKE em matéria da autonomia e realidade da Pessoa Colectiva, de toda a novidade trazida pela teoria germânica da "empresa em si" ou da teoria americana da "separação entre propriedade e controlo", a verdade é que a teoria viveu sempre condenada a deixar à *praxis* jurídica a "invenção" dos padrões regulatórios. A função da teoria não se revê assim tanto na formulação de propostas específicas de regulação mas antes na *construção de visões alternativas da realidade jurídica*. Uma nova perspectiva da realidade da empresa, das suas tendências evolutivas e dos seus problemas internos com recurso a instrumentos conceptuais diferentes dos tradicionais, eis as potencialidades mas também simultaneamente os limites dos modelos teóricos.

Contra o pano de fundo destas duas restrições, direito e teoria têm a oportunidade de escolher uma perspectiva dos processos de evolução que permita ao direito a possibilidade de exercer uma estabilização e uma influência sob formas eficientes de organização empresarial. Uma rápida vista de olhos sobre as várias teorias concorrentes mostra-nos à evidência que se trata, com efeito, de uma questão de *escolha* entre modelos de evolução, existindo um largo espectro de construções teóricas da realidade evolutiva da empresa às quais a teoria autopoiética oferece alternativa. Enquanto as teorias económicas da empresa ("theories of the firm") tendem a ver na empresa uma rede contratual de sujeitos portadores dos recursos produtivos ("resource bearers") e o respectivo governo em termos de custos de transacção, e as teorias políticas da empresa a tendem a conceber como "centro de poder privado" ("private government"), centrando-se preferencialmente nas questões das relações de poder internas e da legitimação desse poder, a teoria autopoiética coloca os problemas da organização jurídica do grupo de empresas na intersecção de dois processos evolutivos: um, a evolução gradual do neo-corporativismo de uma perspectiva macrocorporativista para uma perspectiva microcorporativista, e outro, o desenvolvimento do grupo de empresas como uma forma híbrida de organização económica, caracterizada por uma mistura estratégica e planificada de estruturas de "mercado" e "organização hierárquica". Se a organização jurídica do grupo empresarial arrancar deste ponto de intersecção entre descentralização corporativista e descentralização económico-organizacional, então o direito dos grupos de empresas ocupar-se-á com a estabilização jurídica de acordos microcorporativistas no seio do grupo, que levem em conta a natureza híbrida do grupo como "mercado organizado". O enfoque regulatório não se centra então nem na protecção das empresas-filhas dependentes, nem na estruturação da hierarquia interna do grupo liderado péla empresa-mãe, mas antes na estrutura de governo representada pelo próprio organigrama ou *rede pluri-empresarial* ("Netzwerk", "network"), enquanto rede flexível de articulação e coordenação de centros de decisão semi-autónomos. A questão político-jurídica central torna-se assim a da constituição jurídica de uma organização de factores produtivos estruturada numa "unitas multiplex".

II Teorias Económicas da Empresa

Antes de examinarmos em detalhe a tese da rede "multi-empresarial", talvez fosse útil passar uma rápida vista de olhos pelas outras teorias económicas e políticas atrás assinaladas.

Que visão da realidade da empresa as *teorias económicas* poderiam oferecer-nos como base para a organização jurídica da empresa?[15] Até ao momento presente, a elaboração mais ambiciosa pertence a Oliver WILLIAMSON, na sequência dos trabalhos pioneiros de Ronald COASE.[16] Arrancando de uma perspectiva da organização como uma pura rede de relações de troca entre sujeitos portadores de recursos, ele vê a empresa como um dos extremos de um largo espectro de relações contratuais, que vão desde a simples transacção individual em mercado aberto até ao grupo empresarial multinacional, e que se distinguem entre si pela diferente intensidade e qualidade das suas "estruturas hierárquico-organizacionais" ("governance structures"). A escolha de um dos vários tipos de relações contratuais possíveis desse espectro é determinada por um critério de eficiência: o de minimizar os "custos de transacção" ("transaction costs"). A escolha de "estruturas hierárquico-organizacionais", em oposição a estruturas puramente contratuais, explica-se em virtude de três factores – incerteza, oportunidade e "assets specificity"* –, das quais a última desempenha um papel especialmente importante. Esta teoria é particularmente interessante para um direito dos grupos de empresas, na medida em que rompe com velhas e habituais reservas, quer do direito das sociedades, quer do direito da concorrência, às formas híbridas de organização. De facto, ao conseguir demonstrar que determinadas formas de organização do grupo, em particular a forma descentralizada da organização multi-divisional ("M-Form"), servem para minimizar os custos de transacção e aumentar a eficiência económica, esta visão desafia a visão jurídica tradicional de acordo com a qual a criação do grupo de empresas se explica pela instrumentalização da empresa-filha no interesse da empresa-mãe ou traduz uma expressão da tendência para a concentração e monopólio.

Igualmente relevantes são as implicações deste modelo dos "custos de transacção" para a organização jurídica da empresa propriamente dita. WILLIAMSON interroga-se sobre a questão de saber se os direitos de participação dos portadores de recursos produtivos deveriam ser limitados aos processos de decisão internos. No caso de uma baixa "assets specificity", uma combinação de controlos de mercado e contratuais parece apropriada; no caso de alta "assets specificity", estruturas hierárquicas suplementares tornam-se necessárias a fim de controlar e garantir a exploração oportunística de vantagens temporárias ("opportunism with guile"). Isto conduz ao resultado, surpreendente do ponto de vista de uma teoria económica, de transformar a relação dos trabalhadores com a empresa numa relação algo mais do que meramente contratual e de exigir a integração de determinados grupos laborais na estrutura de governo da empresa.

A riqueza, mas também a pobreza, do modelo teórico dos custos transaccionais reside na sua férrea perspectiva individual-contratualista. Sem dúvida, a redução das organizações económicas a puras redes complexas de contratos individuais faz sentido enquanto referida ao recrutamento dos seus membros e à orientação das motivações individuais para os fins organizacionais. Todavia, a universalização do mecanismo contratual e a consequente redução da realidade total de uma organização às simples relações de troca entre os portadores de recursos acaba por ser fatal para este modelo, levando-o a negligenciar sistematicamente, senão mesmo a eclipsar, os elementos corporativos e colectivos da organização.

Para a teoria sistémica, um tal contratualismo esconde um injustificado privilégio de certas formas básicas de acção social em detrimento de outras. Uma teoria que arranque do paradigma da dupla contingência[17] justapõe aqui três tipos de acção social igualmente válidos: troca, concorrência e cooperação (LUHMANN).[18] Contudo, o modelo contratualista parece proceder do postulado de que apenas as duas primeiras, troca e concorrência, representam as condições normais da acção social, aparecendo a última, cooperação, como um simples mecanismo compensatório das falhas de mercado (ou seja, falhas de troca ou concorrência). Daí que WILLIAMSON conceba as estruturas hierárquicas de governo como constituindo simples mecanismos compensatórios que emergem sempre que uma alta "assets specificity" torna impossível o funcionamento dos mecanismos do contrato e do mercado. Num minimalismo feroz, o governo organizacional é visto como uma simples garantia de investimentos transaccionais específicos contra vantagens excessivas. Mas não equivalerá isto, afinal, a uma dramática minimização dos pressupostos e consequências da cooperação, enquanto forma básica da organização formal?

Na verdade, a visão de WILLIAMSON ignora sistematicamente um conjunto de aspectos da organização formal, que só brevemente aqui podem ser referidos: entre eles, decisões como elementos organizacionais independentes, dirigidas por estruturas organizacionais internas; orientação dos membros no sentido do fim ou interesse organizacional; adaptação dos contratos ao fim organizacional e sua internalização no seio da relação contratual específica; sujeição dos membros às normas organizacionais; participação organizacional enquanto resultado da pertença e sujeição à disciplina organizacional; fronteira entre organização-mercado e entre membros da organização-terceiros, definida pelas características específicas da organização; poder como "medium" de comunicação da organização e correspondentes formas de coordenação da acção; relações informais no seio da organização.[19]

A visão contratualista permite, é certo, encontrar na "transacção" o denominador básico e comum a contrato e organização. Todavia, é precisamente isto que origina e explica que algumas diferenças fundamentais entre ambas não possam ser levadas em conta: ao passo que a unidade básica do mercado é a transacção (monetária), a da organização é a decisão; ao passo que a acção no mercado vai referida primariamente

a preços, a acção na organização vai orientada por expectativas organizacionais internas; ao passo que o cálculo da acção no mercado depende do interesse egoísta do indivíduo, na organização tal cálculo depende essencialmente do interesse "altruista" da própria organização.[20]

Isto conduz-nos à segunda crítica fundamental: a visão contratualista subestima sistematicamente o papel do "ente organizacional" ("corporate actor"). Sem dúvida que WILLIAMSON qualifica certas diferenças entre contrato e organização em termos de uma "transformação fundamental": ao passo que os controlos do mercado permanecem suficientes antes da conclusão de um contrato, já após esta, em caso de uma alta "assets specificity", emerge um monopólio bilateral, que ficará inteiramente à mercê das partes contratantes caso não sejam introduzidas algumas correcções através de adequadas "estruturas de governo". Todavia, tais análises não levam em linha de conta o que poderia ser designado como uma "segunda transformação fundamental", para utilizar a própria terminologia de WILLIAMSON, que ocorre no momento em que a rede ou ligame contratual se torna um actor ou uma entidade colectiva autónoma em si mesma, falando então aqui os juristas da pessoa colectiva ou moral e os sociólogos do "ente corporativo ou colectivo".[21] De facto, o postulado individualista do pensamento económico (que vê na empresa uma unidade comparável a um ente individual) acaba por impedir uma efectiva percepção do fenómeno da imputação social da acção a actores colectivos. Curioso é, no entanto, verificar que mesmo este pensamento não consegue escapar completamente à lógica do colectivo:[22] assim, podemos encontrar em WILLIAMSON – para quem a organização económica nada mais é do que uma multiplicidade de relações contratuais entre pessoas físicas ou indivíduos – referências esparsas e larvares a unidades colectivas, tais como, por exemplo, "unified corporate governance",* "common profit-seeking",** e a empresa como contraparte contratual.

De um modo breve, poderíamos resumir assim o que escapa neste processo reducionista da visão contratualista: a figura do "actor colectivo" ou "ente organizacional" ("corporate actor"), em oposição aos actores contratuais individuais, como centro de imputação novo e distinto para a maximização de lucros e a minimização de custos transaccionais; o critério do "interesse organizacional" ("corporate interest"), como critério independente para a resolução de conflitos entre actores individuais, o que significa, simultaneamente, algo mais e algo diverso de um mero equilíbrio de interesses à luz de mecanismos reais ou fictícios de mercado; o actor colectivo ou corporativo como nova contraparte contratual representativa dos recursos globais da empresa; o efeito sancionatório-organizacional interno despoletado pela colectividade sobre as acções dos seus membros; o efeito externo do actor colectivo, permitindo a emergência de uma nova relação entre a empresa e respectivo meio envolvente.[23]

No que concerne em particular a organização jurídica do grupo de empresas, são duas as principais consequências do minimalismo da visão contratualista. Por um

lado, a tensão entre unidade e diversidade – traço distintivo do fenómeno do grupo empresarial[24] – jamais poderá ser apreendida correctamente tão-só nos termos de uma descentralização e internalização de elementos de mercado no seio da organização, faltando aqui a referência à multiplicação de actores colectivos numa rede organizada. Por outro lado, os princípios de uma organização da empresa, vistos unilateralmente da perspectiva dos sujeitos contratuais individuais, são concebidos como meros meios de protecção contra vantagens excessivas e injustas; com isto, deixam-se na penumbra alguns aspectos decisivos daquela organização, tais como a orientação da organização empresarial em função do seu próprio interesse colectivo, das vantagens económicas de eficiência para a própria organização e da sua responsabilidade social.[25]

Em suma, o modelo económico dos custos de transacção, na análise das origens e razões subjacentes à escolha das várias formas organizacionais, parece arrancar de uma visão demasiadamente estreita dos aspectos colectivos e corporativos da empresa – limitando, por tabela, o seu valor e utilidade para a organização jurídica da empresa.

III Teorias Políticas da Empresa

Não menos deficiente parece ser, porém, a visão proposta pelas teorias políticas que tratam as organizações econômicas como "governos privados" ("private government").[26] O seu mérito reside indubitavelmente em ter alertado para a emergência de centros económicos de natureza privada que se prefiguram como verdadeiros sistemas para-políticos,[27] ou seja, como sistemas cuja função consiste na criação de poder organizacional com vista à produção de decisões colectivamente imperativas no seio organizacional. Colocando o fenómeno do poder na base das respectivas análises, estas teorias políticas vieram enriquecer a compreensão das organizações económicas, adicionando um elemento de poder político aí onde se pensava existirem apenas motivações de eficiência económica, e abrindo um novo horizonte de pesquisa para o estudo da realidade da empresa, através da perspectivação dos fenómenos políticos da hierarquia, burocracia, acumulação de poder, divisão de poder, conflito de grupos, "lobbies" políticos, sistemas de negociação, e outros.

O mesmo se aplica ao grupo de empresas, que é visto também como um fenómeno de poder[28] internamente, como instrumentalização de elementos jurídico-societários para a criação de superestruturas hierárquicas de controlo de agregados de empresas, e externamente como blocos de poder na arena económico-política. Por conseguinte, não é de admirar que o programa político-jurídico de regulação deste fenómeno seja primacialmente orientado por uma finalidade crítica e de desmantelamento desta forma de poder ou, pelo menos, de legitimação e subordinação ao direito.

Problemática aqui é apenas esta "aversão" absolutizante ao fenómeno do poder. Enquanto no plano político é apropriado aceitar o poder legitimado como dominação política e avaliar a sua utilização para introduzir modificações sociais positivas, no plano da organização económica o poder é quase sempre perspectivado de um modo assaz crítico.[29]Uma perspectiva sociológica do poder, definindo-o como um "-medium" de comunicação como o dinheiro e o direito, parece oferecer maiores garantias de assepticidade moralista na abordagem do fenómeno do poder no plano económico, sem que isso signifique necessariamente ignorar os seus perigos ou legitimá-lo como "funcional". Mais problemática ainda será talvez a tendência para ver no poder a única força motriz das organizações económicas, no contexto da qual formas híbridas como o grupo de empresas aparecem reduzidas à mera dimensão de instrumentos de poder económico, de instrumentos organizacionais exclusivamente vocacionados para subtrair zonas de actividade económica ao controlo estadual e social.[30]

A própria "constituição" e organização da empresa societária – a fonte crucial da legitimação destes "governos privados" – sofre com este vício de unilateralismo: uma vez posta a ênfase central na participação dos trabalhadores no governo empresarial, ou seja, de modo mais geral, na legitimação do poder na empresa através da coparticipação de todos os interesses nela envolvidos, aspectos centrais do impacto social geral da organização económica são completamente ignorados. Vale isto por dizer que a organização jurídica da empresa deixa de ser orientada pelo aspecto primário de qualquer organização, designadamente a função social da organização empresarial e a sua contribuição em face dos subsistemas sociais, para passar a ocupar-se de um aspecto meramente secundário, o do bem-estar dos membros da organização.[31]

IV A Empresa como "Sistema Autopoiético"

Ao passo que a teoria económica dos "custos de transacção" perspectiva o desenvolvimento da organização empresarial como um mero complexo ou "rede" de relações contratuais e a teoria política dos "governos privados" a vê como uma estrutura de poder quasi-político, a teoria autopoiética prefere conceber a emergência de tal organização como um processo interno de diferenciação do sistema económico num domínio organizado e "espontâneo".[32] Em oposição à visão do contrato e da organização como situações polares de um única e mesma escala de múltiplas situações intermédias, distinguíveis apenas com base nas respectivas estruturas de governo, a teoria autopoiética insiste numa diferença fundamental entre contrato e organização.[33]

Segundo esta teoria, os contratos realizam a formalização dos processos de troca que organizam a reprodução autopoiética do sistema económico, i.é, a reprodução de actos de pagamento através de actos de pagamento, e constituem uma das formas

básicas de acção social, i.é, a troca num contexto de concorrência.[34] Por seu turno, as organizações realizam a formalização da cooperação, como outra das formas básicas de acção social. Contrariamente à opinião de GROSSMAN e HART,[35] as organizações não constituem meros contratos reforçados por estruturas de governo ou direitos de decisão, mas sim formas fundamentalmente diversas de construção sistémica no seio do sistema económico. Trata-se de sistemas autopoiéticos elas também, cujos elementos não são, todavia, actos de pagamento mas decisões. Para citar LUHMANN, são "sistemas baseados em decisões e que produzem, elas próprias, as decisões nas quais se baseiam" [36] e que, "simultaneamente, utilizam as suas estruturas, por si próprias organizadas, com vista a estabelecer expectativas que garantam que toda e qualquer acção dentro do sistema possa ser tratada como decisão".[37]Isto não equivale a minimizar as redes contratuais entre os portadores de recursos ou simplesmente a reinterpretá-las *in toto* em termos de estruturas organizacionais – mas tão-só a relegá-las para o meio envolvente da organização. Os actores individuais titulares dos recursos produtivos, ou seja, sócios (capital), administradores (gestão) e trabalhadores (trabalho), bem assim como credores e consumidores, não pertencem à própria organização mas antes ao seu meio envolvente. Os juristas estão familiarizados com esta distinção entre contrato e organização, ainda que possa variar a primazia jurídica atribuída aos vários interesses envolvidos. No caso dos trabalhadores, por exemplo, o direito alemão estabelece uma distinção entre contrato de trabalho e "integração" na organização, e no caso da gestão empresarial, entre relação jurídico-laboral e relação jurídico-privada de mandato[38] (a distinção é menos clara no caso dos sócios, podendo ainda assim as suas relações obrigacionais e os seus direitos sociais serem separados do seu agir enquanto membros do grêmio deliberativo).

O modelo autopoiético trata, assim, organização e contrato em termos de sistema e respectivo meio envolvente. A complexa rede contratual dos actores individuais regula as relações externas entre os membros da organização e o seu meio envolvente, enquanto a organização representa um sistema de acção autónomo e independente, que se reproduz a si próprio através da ligação circular de decisões organizacionais antes que através de transacções contratuais. A lógica veiculada por aquela "rede contratual" é profundamente diferente da lógica própria desta "rede decisional": ao passo que a primeira serve primariamente a estrutura de motivação (é por intermédio dela que se gera a motivação dos portadores de recursos para realizarem contribuições), a última toma por ponto de referência a estrutura racional-finalística da organização, o que significa, desde logo, a reprodução autopoiética e, depois, as estratégias de racionalização adoptadas, isto é, fins da organização, relação meios-fins, instruções hierárquicas, expectativas informais, etc. Fazer subsumir ambas estas lógicas num conceito omnicompreensivo de rede contratual equivaleria a uma unificação de estruturas de motivação e de orientação, a uma eliminação da

distinção entre motivo e fim que é característica das organizações modernas e flexíveis, numa palavra, a uma degradação da organização económica numa espécie de mero clube privado.[39]

Contrariamente àquilo que pensam os economistas, com excepção porventura de NELSON e WINTÈR, as fronteiras entre esferas económicas espontâneas e organizadas, entre mercado e organização ("market and hierarchy"), não são o produto de escolhas racionais mas de processos de evolução. Atenta a alternativa entre contrato e organização, existe uma tendência para sobreestimar o papel de actores racionais na escolha das decisões na base das suas ordens de preferências. As várias "teorias do caos" da organização (SIMON, MARCH, OLSEN)[40] – cujos conceitos-chave, além da já famosa "bounded rationality",* incluem os de "loose coupling, disorderliness, nondecisions, problematic attentions, learning, and garbage-can decision processes"**-[41] – tiveram assim um impacto reduzido nos modelos económicos da organização da empresa. Sem dúvida que a atenção dispensada pelo próprio WILLIAMSON ao processo de decisão sob condições de incerteza e de "racionalidade limitada" é disto um bom exemplo. Todavia, permanece uma certa relutância em levar até ao fim este raciocínio, retirando-lhe as consequências lógicas e aceitando que "a semântica da racionalidade possa ser utilizada como um assobio no escuro a fim de afastar a incerteza e o medo.[42] A implicação mais radical desta postura equivaleria a uma substituição da acção racional pela evolução cega, no contexto da qual a escolha entre mercado e hierarquia seria o produto da interacção não-coordenada de mecanismos de variação (da interacção entre estratégias de "tentativa-e-erro" dos agentes económicos), de selecção (interrelação de processos de concorrência e poder no mercado) e de estabilização (institucionalização de acordos organizacionais).[43]

O único critério de sucesso é o da sobrevivência de acordos institucionais específicos no decurso do processo de evolução. É mérito da teoria económica o ter salientado, entre esses acordos, o papel desempenhado pelos custos de transacção. Todavia, ficam-nos algumas dúvidas sobre se tal modelo fará justiça às diferenças fundamentais entre mercado e hierarquia. A teoria sistémica trabalha neste domínio com a distinção entre redundância e variedade, a qual pode sobrepor-se à dicotomia entre mercado e hierarquia: redundância significa limitação estrutural dos complexos decisionais, significa um poder concentrado na organização em detrimento de outras, porventura melhores, possibilidades de decisão; variedade significa opostamente aumento do leque de opções e capacidade de adaptação flexível a meios envolventes turbulentos, o que seria atingido muito mais facilmente através de coordenação contratual descentralizada do que através de organização hierárquica. Outros critérios do êxito evolutivo têm que ver com as economias de escala, as vantagens de cooperação, as sinergias (v.g., "joint-ventures"), as diferenças motivacionais e os efeitos burocráticos – que funcionam, em parte contra, e em parte a favor,

das organizações formais. Este efeito bipolar fornece, ao mesmo tempo, a razão da inverosimilhança de que a evolução cega dos acordos institucionais pudesse alguma vez conduzir à transformação do sistema económico como um todo numa gigantesca organização formal, prevenindo a interacção entre redundância e variedade justamente uma fusão entre mercado e hierarquia.

V Empresa e Microcorporativismo

Esta breve reinterpretação sistémica da relação entre empresa e mercado constitui um passo prévio necessário à exposição do modelo por nós proposto para a organização jurídica dos grupos de empresas. Uma vez realizada a diferenciação, no decurso da evolução do mercado e da empresa, entre uma esfera organizada e uma esfera espontânea no sistema económico, tem lugar um desenvolvimento subsequente, caracterizado por uma variedade de investidas tipo "tentativa-e-erro", as quais, combinando (não fundindo) ambas as formas institucionais, perseguem a obtenção de êxitos evolutivos. A história das organizações económicas está cheia de formas híbridas, que vão da "organização do mercado" à inversa introdução de elementos de mercado na organização, não sendo aqui necessário enumerar os múltiplos movimentos de concentração no contexto do mercado e os vários esforços de descentralização no contexto das grandes organizações. Neste momento, estamos primariamente interessados em duas linhas de desenvolvimento, em cuja intersecção deve ser colocado o problema da organização jurídica dos grupos de empresas: acordos neocorporativos e descentralização da grande empresa monolítica.

Entre os múltiplos esforços de penetração organizacional dos mercados, aqueles que indubitavelmente maior atenção despertaram foram os chamados acordos neocorporativos ("neo-corporatist arrangements").[44] Esta nova simbiose "voluntária" de capital, trabalho e Estado parece oferecer certas vantagens, seja em face de iniciativas corporativistas precedentes, seja em face de outras formas de socialização, colectivização económica ou planificação estatal, designadamente ao mostrar-se susceptível de ser construída sobre as estruturas históricas existentes de associações patronais, sindicatos e administração público-estadual, e de pôr estas ao serviço da formulação e implementação regulatória. A hipótese neocorporativa mostrou-se assim portadora de uma flexibilidade processual que a tornou mais compatível com as próprias estruturas do sistema económico do que quaisquer outros sistemas de mediação política.

Deve notar-se que os acordos neocorporativos se desenvolvem em três níveis. Sem dúvida que as instituições macrocorporativas, organizadas e juridificadas mais ou menos formalmente, e cujo propósito consiste em atingir acordos ao nível nacional entre estratégias empresariais, objectivos sindicais e políticas económicas estaduais, levam aqui a palma (conselhos económico-sociais, comissões paritárias,

"Konzertierte Aktion", "Social Contract", "Pacto Soziale").[45] Simultaneamente, contudo, são de importância crescente os acordos mesocorporativos, como a coordenação de actores colectivos ao nível sectorial e regional,[46] e, finalmente, os acordos microcorporativos ao nível das empresas e organizações económicas concretas, de que são exemplos não apenas os modelos de co-participação laboral na Alemanha, Holanda e Suécia, mas também a "co-géstion à la française" ou os direitos de participação informais surgidos no âmbito da negociação colectiva, como acontece em Itália.[47]

Nos meados dos anos 70, altura em que a corrente "neocorporativa" conhecia o seu vértice de popularidade, os seus principais fundadores, Philip SCHIMITTER e John WINKLER, não estavam preocupados apenas em fazê-la vingar no meio académico, mas sobretudo em elaborar a sua definição e as condições do seu sucesso prático. O primeiro concebia-a como um novo estilo "de mediação política de interesses" e uma saída para as recorrentes crises de governabilidade,[48] ao passo que o segundo preferia ver nela uma nova e sucedida forma de regulação política da economia, como um "sistema económico de propriedade privada e controlo público".[49] Curioso é que ambos os autores, malgrado as suas divergências, acordavam na importância central atribuída às instituições macrocorporativas. Outros, todavia, como WASSENBERG, visionam antes o futuro do neo-corporativismo numa combinação dos vários níveis acima assinalados: "o corporativismo parece desenvolver-se cada vez mais como uma estratégia organizacional para grupos dotados de capacidade de adaptação recíproca e altamente interdependentes, consistente na transposição dos conflitos de identidade ou de interesse insolúveis num meso-nível, quer para o micro-nível das empresas individuais, quer para o macro-nível do debate parlamentar".[50]

Nos nossos dias, sabemos já algo mais. O desenvolvimento dos esforços e experimentações neocorporativas acabou por não dar razão a nenhum destes autores, ao assumir-se numa involução do macrocorporativismo para um microcorporativismo.[51]

Após a crise económica e a profunda reestruturação das empresas industriais e dos sistemas jurídico-intervencionistas na Europa Ocidental,[52] assistiu-se a uma retracção. Dos acordos neocorporativos, engolidos em parte pela vaga de desregulação e de desinstitucionalização, perdendo, não obstante a sua manutenção formal, grande parte da sua importância real e deixando, em qualquer caso, de figurar na ordem do dia político-económica.[53] Isto significa, porém, não o desaparecimento da síndrome neocorporativa, mas apenas uma inflexão no seu centro de gravidade. Efectivamente, e ao contrário das estruturas macro e meso-corporativas, os acordos microcorporativos não só sobreviveram àquele período de crise e reorganização industrial, como emergiram como estáveis "alianças de produtores", ao nível da grande empresa, e como unidades apoiadas estadualmente e orientadas por uma finalidade de eficiência ao nível do mercado mundial: enfim, como uma estratégia alternativa interessante para o aumento de flexibilidade empresarial-industrial.[54]

As estratégias macrocorporativas deixaram de estar em voga, apresentando-se antes até – num tempo marcado por mutações de mercado muito rápidas, por pressões concorrenciais sempre crescentes; e pelo enfraquecimento ou mesmo fracasso dos programas intervencionistas estaduais – como estratégias rígidas, inflexíveis e centralistas.[55] A nova devisa dá assim pelo nome de descentralização e flexibilização por intermédio de acordos contratuais, aplicável tanto a métodos de financiamento e tecnologia como a relações com consumidores ou relações com trabalhadores.[56] O objectivo da nova política empresarial-industrial é a flexibilidade como um fim em si mesmo: "a capacidade das empresas em se adaptar rapidamente às mutações do respectivo meio envolvente".[57]

Enquanto a flexibilização através do contrato constitui o apelo mais frequente nos nossos dias, os acordos microcorporativos podem oferecer uma alternativa no polémico debate entre "Americanização" ou "Japonização": *flexibilização através da organização.*[58] De facto, a flexibilidade pode ser obtida, não apenas graças a acordos contratuais, mas igualmente por intermédio da descentralização ao nível da organização microcorporativamente estruturada. O que é mais, uma política baseada na organização pode fazer uso das vantagens produtivas de uma "aliança de produtores" (Capital, gestão, trabalho, Estado) crescentemente exigida pelo condicionalismo criado pelo "new industrial divide".

Esta posição acaba por se aproximar bastante das ideias atrás esboçadas. Efectivamente, a tentativa de aumentar a flexibilidade através da utilização de acordos contratuais, privilegiando um dos grupos envolvidos, seja ele o dos sócios ou o dos gestores, acabaria por não corresponder aos próprios interesses da organização. A vantagem daqueles acordos reside na sua capacidade de adaptação rápida e flexível às exigências flutuantes do meio envolvente, obtida através da construção e destruição subliminar de sistemas de acção. Todavia, a respectiva desvantagem consiste na sua incapacidade de explorar devidamente a "mais-valia organizacional",[59] que tem a sua origem em três fontes: 1) relações duradouras de cooperação, que seriam permanentemente destruídas pela flexibilidade contratual; 2) difusão de "compromissos" ("commitments") para com a organização, capazes de criar uma maior flexibilidade em contraste com a situação de obrigações contratuais rígidas e estritas; e finalmente 3) a pré-orientação dos actores para os interesses da organização, cujo poder apelativo é bastante maior do que a vinculação ao fim contratual.

Isto sugere uma concepção da organização jurídica da empresa assente numa aliança ou união microcorporativa de "produtores", na qual nenhum dos grupos portadores de recursos (capital, trabalho, gestão, ou até Estado) possui qualquer pretensão de primazia ou soberania sobre os restantes. Em princípio, a conexão entre propriedade dos recursos e direitos de regulação é rompida, sendo estes direitos atribuídos ao "ente colectivo ou corporativo" ("corporate actor"). A ideia de "direitos de propriedade organizacionalmente vinculados"[60] surge assim diametralmente

oposta à ideia da empresa como mera "rede" contratual: a distribuição de direitos de participação e controlo dentro da empresa não é determinada, nem pela primazia do interesse de um factor produtivo, nem pela lógica de troca da rede contratual, mas por considerações de eficiência na prossecução dos interesses do "ente colectivo" (distintos de qualquer dos outros interesses).

Não obstante os efeitos positivos dos acordos microcorporativos no plano da integração e motivação, os efeitos externos negativos de semelhantes "alianças de produtores" requerem alguma atenção, particularmente a circunstância de os acordos por aquelas obtidos serem atingidos a expensas de terceiros e do interesse público em geral: aqui reside, de facto, o calcanhar de Aquiles da hipótese microcorporativa no sentido de simples aliança de produtores.[61] Todavia, é no plano da emergência do "ente colectivo", cuja existência social é ignorada pelo individualismo metodológico, que encontramos o norte da futura orientação político jurídica: este consiste no reforço da posição institucional do "ente colectivo", enquanto autonomização de um centro de acção impessoal, capaz de subordinar o alcance da acção dos vários grupos de interesses envolvidos aos limites impostos pelos interesses (definidos em termos sociais gerais) da organização.

VI O Grupo de Empresas entre Mercado e Organização

Se existe alguma verdade nas tendências involutivas do neocorporativismo do macro-nível de uma política económica coordenada para um micro-nível da "aliança de produtores" no seio da grande empresa, acabadas de descrever, então podemos presumir que o triângulo corporativo terá encontrado, no decurso do seu processo de tentativa-e-erro, o seu plano ideal de aplicação ao nível da organização da empresa. Ou seja, terá encontrado no contexto da organização hierárquica da empresa aquele plano onde, com maior probabilidade, o planeamento estratégico no contexto do sistema económico ainda parece possível e onde a utilização dos mecanismos de coligação de interesses e implementação política ainda parece poder ser eficaz.

Sempre se poderá perguntar, todavia, se, afinal, se não estará a partir aqui de um nível demasiadamente baixo daquela organização hierárquica, e a fazer uso de desenvolvimentos que, de há muito, transpuseram o centro de gravidade do planeamento estratégico da empresa para patamares superiores e mais complexos.[62] Isto conduz-nos a uma segunda linha de desenvolvimento: a combinação entre mercado-hierarquia, a formação dos grupos de empresas como "mercados organizados", no contexto dos quais práticas de negociação microcorporativas jogam já um importante papel mas que o direito é ainda incapaz de apreender e institucionalizar.

O aspecto interessante do fenómeno dos grupos de empresas não reside tanto no seu protagonismo no movimento geral de concentração económica do mundo moderno, capaz de edificar autênticos impérios empresariais através da instrumentalização

dos mecanismos de direito privado, como o contrato e a pessoa jurídica, quanto na natureza ambivalente das suas origens institucionais. De facto, a concorrência entre os cadinhos institucionais da organização da actividade económica (mercado e organização hierárquica) constitui uma característica central da história do desenvolvimento dos grupos de empresas. Esta história pode ser sistematizada nos tipos ideais de grupos patrimoniais, grupos financeiros, grupos industriais, grupos pessoais e grupos diversificados.[63] Por seu turno, a prática organizacional corrente dos grupos pode ser reconduzida a três categorias: a chamada "H-Form" ("holding form"), organização altamente descentralizada vocacionada a uma mera coordenação financeira, a "U-Form" ("unitary form"), organização altamente centralizada e estruturada ao longo de uma estrutura de comando fortemente hierárquica, e a "M-Form" ("multidivisional form"),* como forma organizacional descentralizada do grupo empresarial, no contexto da qual as unidades componentes operam no mercado como "profit centers"** dotados de considerável autonomia. A experiência histórica demonstrou que a última estrutura organizacional constitui a forma de organização mais eficiente, em que se combina com sucesso um certo grau de centralização com um elevado grau de descentralização.[64]

Do ponto de vista sistémico, três aspectos desta organização merecem ser sublinhados.

Por um lado, *a regulação contextual de sistemas autónomos*. A "estrutura multidivisional" constitui a mais clara demonstração das dificuldades experimentadas por estruturas hierárquicas de organização a partir de certos limiares de grandeza dos sistemas sociais organizados. Trata-se de uma problemática que foi profusa e detalhadamente analisada pela teoria sistémica a propósito da regulação dos sistemas autopoiéticos,[65] tendo-se chegado à conclusão de que, para além de tais limites, o controlo hierárquico directo deveria ser substituído por formas de "regulação contextual".[66] A regulação externa de organizações complexas apenas se torna possível justamente através da concessão de um alto grau de autonomia interna e do mero estabelecimento de linhas gerais enquadradoras do respectivo contexto de acção.[67] Este postulado encontra uma demonstração eloquente precisamente nas formas de regulação interna adoptadas tipicamente por aquela forma organizacional, a saber, planeamento estratégico da política geral do grupo e coordenação da unidade global através da centralização das políticas financeira e de pessoal.[68]

Por outro lado, *a internalização do mercado na organização*. É usual ver-se na técnica de descentralização, consistente na delegação de poderes decisionais do topo para a base, o elemento característico e distintivo da "estrutura multidivisional".[69] Ainda mais significativo parece ser o facto de esta forma organizacional reproduzir, dentro dos próprios limites do grupo empresarial, a diferenciação interna do sistema económico numa área organizada e espontânea. Estamos aqui, assim, perante uma internalização ("reentry")[70] da distinção entre sistema-meio envolvente no seio

do próprio sistema, o que vale por dizer, no nosso caso particular, uma internalização da distinção entre mercado-organização dentro da própria organização. O grupo de empresas utiliza deste modo para os seus próprios fins a interacção entre redundância e variedade, o que significa, para citar LUHMANN, que "quanto mais organizações complexas determinarem o curso dos eventos na economia e na política, mais importante para elas se torna a repetição desta interacção redundância-variedade dentro das suas próprias estruturas e o não excessivo hipotecamento a modelos de redundância".[71] Deste modo, são criados mercados dentro da própria organização, simulando-se a existência, no contexto das relações entre a empresa-mãe e empresas-filhas, de um mercado de capitais interno e próprio do grupo (para os recursos financeiros), de um mercado de trabalho (para os recursos humanos), e assim por diante.

Aspectos importantes são a natureza flexível desta mistura ou combinação de mercado e organização na constituição e estruturação do grupo (que não é fixa mas varia ao longo do tempo de acordo com razões estratégicas)[72] e a natureza multi-estável da organização do grupo empresarial (onde as empresas agrupadas ora actuam independentemente uma das outras, ora coordenadamente entre si).[73] Nas palavras de KIRCHNER, "mercado e hierarquia constituem elementos complementares e alternativos à disposição da empresa organizada sob a forma de grupo".[74] A escolha entre tais elementos pelo grupo não resulta da selecção cega no processo de evolução económica, constituindo antes objecto de decisão estratégica planificada e, o que é mais, de constante mudança. Ou, como prefere dizer VARDARO, "o grau de autonomia (das empresas componentes) não é apenas funcionalmente diversificado mas também variável. Autonomia e poder de decisão variam, não apenas de grupo para grupo, mas também dentro de um mesmo grupo".[75] Deste modo, a organização típica do grupo corresponde e confirma as conclusões da teoria sistémica, segundo a qual não existe uma "mistura óptima" de redundância e variedade, devendo as proporções entre ambas ser objecto de constantes alterações como forma de adaptação às relações permanentemente mutáveis entre sistema e meio envolvente. "Um ou outro pólo tomará a dianteira, consoante o tipo de ruído sentido pelo sistema e os tipos de alterações que forem percebidos em comparação com as precedentes. Decisiva para a conservação da racionalidade do sistema (se assim lhe podemos chamar) é a manutenção da sua capacidade de alterar a primazia entre redundância e variedade. O sistema deve manter-se capaz de permitir um alto grau de redundância como meio de garantir um acréscimo de variedade, assim como, inversamente, de pressentir a emergência de tendências dissolventes sob a forma de um decisionismo puramente casuístico e situacional como uma razão para uma intervenção rígida sobre os processos decisionais, através de meios estratégicos, organizacionais ou pessoais."[76] No grupo de empresas com uma estrutura descentralizada uma "regra de navegação" torna-se, pois, um princípio sobre o qual é construída a própria forma

organizacional híbrida: essa propriedade "camaleónica" de mutação permanente torna-se, assim, numa característica central da organização do grupo, cumprindo ao núcleo dirigente deste escolher a cor que melhor se adapta a um meio envolvente em constante mutação.

Finalmente, a dinâmica interna de um processo de auto-observação. A terceira característica da organização do grupo tem que ver com a autonomia das empresas agrupadas em face do vértice hierárquico do grupo. É esta autonomia que empresta ao grupo empresarial uma dinâmica interna que lhe garante seguras vantagens evolutivas relativamente a estruturas de coordenação puramente hierárquicas ou de puro mercado.[77] Uma tal dinâmica interna retrata o fenómeno da auto-referencialidade de um processo ou, mais exactamente, o fenómeno pelo qual um processo passa a observar-se a si próprio e a utilizar tal auto-observação para se regular a si próprio.[78] Estruturas organizacionais de tipo hierárquico e centralizado possuirão sempre, neste sentido, uma dinâmica interna muito mais limitada, uma vez que o centro observacional do processo está localizado no vértice organizacional e que outros centros observacionais, que possam porventura emergir na sequência de uma repartição de funções no seio da organização, serão de certo modo disfuncionais, dado que os seus critérios de observação e regulação são desenvolvidos num plano inferior e incapazes de ter em conta o todo organizacional. A situação é já diferente no caso de grupos empresariais com estrutura descentralizada, caracterizados pela multiplicação de centros observacionais, cujos critérios de observação e regulação são orientados pelo objectivo da sobrevivência, coesão e maximização do lucro global do grupo inteiro.

VII Concepções Jurídicas do Grupo de Empresas

Que consequências emergem desta concepção do grupo de empresas? Qual de entre as várias "imagens jurídicas" do grupo, que subjazem às diferentes leis existentes nesta matéria, parece mais apropriada para a nossa reconstrução no quadro da teoria autopoiética? Que implicações podem retirar-se de tal reconstrução para a regulação e disciplina jurídica do grupo, em particular para a disciplina da sua organização interna de poder?

Começaremos por defender que o debate neste ponto parece ter partido até hoje de uma falsa oposição entre duas imagens jurídicas do grupo – a saber, a imagem da "empresa dependente" e a imagem da "unidade hierárquica do grupo" –, quando é certo que novos horizontes para esta problemática poderiam certamente ser abertos por uma terceira imagem: a da "rede pluri-empresarial".

"A Pessoa Jurídica Dependente" – título da famosa obra de KRONSTEIN (1931)[79] – constitui a expressão clara da imagem legal do grupo historicamente mais difundida e que haveria de marcar decisivamente todo o sentido do tratamento

doutrinal e legislativo do fenómeno do grupo de empresas. Arrancando do arquétipo histórico da "libertação" da pessoa colectiva ou moral e da emergência da sociedade anónima como a forma de empresa típica dos nossos tempos, o seu paradigma é o da empresa autónoma e a sua preocupação é a da conservação dessa autonomia em face do respectivo meio envolvente (aqui se incluindo não apenas terceiros, mas os seus próprios membros, maxime, accionistas). Esta visão das coisas está assim nos antípodas das novas tendências da formação dos grupos, que reduzem a autonomia da pessoa colectiva das empresas agrupadas a uma pura ficção, transferem a soberania corporativa do grémio associativo para o exterior e destroem o equilíbrio interno de poderes desenhado na lei.

A imagem da "empresa dependente" arranca assim da comparação entre a constituição jurídica ideal de uma empresa economicamente independente e a constituição real de uma empresa filial integrada num grupo, propondo, caso tal situação de dependência mostre produzir efeitos negativos, uma disciplina jurídica orientada por mecanismos visando alternativamente a recuperação do *status quo* jurídico-formal prévio ou a compensação da empresa em causa. O exemplo paradigmático desta visão é-nos dado pela técnica jurisprudencial da "desconsideração da personalidade jurídica": conquanto o caso normal seja o da unidade e independência da pessoa colectiva-empresa, aceita-se a título excepcional ver a "realidade das coisas" e imputar a um outro sujeito jurídico (empresa-mãe) os actos daquela empresa (-filha) sempre que esta haja sido objecto de um controlo total por parte daquela. Outras técnicas também aqui poderiam referir-se, como é o caso da teoria da "-agency", através da qual se aceita ver no grupo uma unidade apenas quando a filial possa ser tida como um "quasi-agente" da empresa-mãe.[80] A lei francesa em matéria de grupos, ainda em fase de desenvolvimento, arranca igualmente da imagem da "entreprise dépendante",[81] e a própria lei alemã dos grupos de sociedades, geralmente tida como a mais avançada sobre a matéria, acaba por se mostrar ela também altamente tributária de um mesmo modelo da "abhängige Gesellschaft", pelo menos no que concerne aos chamados "grupos de facto"[82] (efectivamente, a compensação dos prejuízos aí prevista para os casos de exercício de um domínio prejudicial da empresa-mãe sobre as suas filiais está claramente assente no modelo pressuposto da empresa autónoma).

Depois do que já se disse atrás sobre a natureza organizacional do grupo de empresas, não necessita certamente de ser aqui explicada a inadequação desta imagem jurídica, residindo a única perplexidade na persistência com que tem subjazido à maior parte dos empreendimentos doutrinais e legislativos nesta área.[83] De facto, só gradualmente uma outra visão foi abrindo caminho, substituindo a tradicional perspectiva do grupo "de baixo para cima", centrada na empresa filial, pela perspectiva inversa "de cima para baixo", centrada na empresa-mãe. Após algumas tentativas falhadas de construção de uma teoria do grupo empresarial enquanto unidade ou

empresa unitária em si mesma nos inícios do século, como é o caso de ISAY,[84] a década de 70 assistiu ao reaparecimento dessa teoria, ainda que sob formas mitigadas: à cabeça deste movimento encontramos, na Alemanha, Marcus LUTTER e a sua escola (TIMM, SCHNEIDER, HOMMELHOFF);[85] do outro lado do Atlântico, BLUMBERG desenvolveu uma crítica profunda do sistema da "desconsideração da personalidade jurídica" e advogou a adopção de uma visão unitária do grupo;[86] e as soluções adoptadas na França, Holanda e Alemanha em matéria da organização das sociedades comerciais tendem igualmente para uma visão unitária do grupo,[87] prevendo a localização dos sistemas de co-participação laboral ao nível das sociedades-mãe, enquanto eixo hierárquico de decisão do grupo.

Não obstante os seus inegáveis progressos relativamente à anterior, uma tal concepção do grupo de empresas como uma unidade hierárquica liderada por uma empresa-mãe coloca alguns problemas. Os trabalhos de LUTTER e dos seus seguidores são um bom exemplo disto mesmo. Também aqui se hipoteca a concepção do grupo a uma comparação em face do modelo da empresa autónoma, só que realizada agora entre este modelo ideal e o modelo real da empresa-mãe. Mais uma vez, as questões centrais para esta visão são as de determinar quais os efeitos negativos que a existência do grupo provoca ao nível da autonomia e da estrutura orgânica da empresa-mãe e quais os mecanismos compensatórios adequados para corrigir tais efeitos. Aqui a questão coloca-se ao nível da posição e funcionamento dos orgãos deliberativos da empresa-mãe, a sua assembleia geral: no famoso "caso Holzmüller"[88] o Supremo Tribunal Federal alemão haveria de aderir a esta concepção unitária, reforçando os poderes daqueles orgãos. O mesmo criticismo deveria ser dirigido contra a visão unitária do grupo dominante na área do direito do trabalho, onde as tentativas de identificação periodicamente encetadas no sentido de determinar o verdadeiro centro de poder no seio dos grupos empresariais acabam por desaguar invariavelmente no vértice hierárquico do grupo. Todavia, parece errado identificar poder e hierarquia deste modo – já KAHN-FREUND sublinhava que "o poder pode estar localizado no centro, na periferia ou estar repartido"[89] –, como, de resto, o vêm demonstrando investigações empíricas sucessivas sobre a matéria.[90]

Esta visão unitária acaba por ignorar, ou não ter devidamente em conta, as três características do grupo empresarial tidas como essenciais do ponto de vista da teoria sistémica: regulação contextual, internalização organizacional do mercado, dinâmica interna do grupo. Em primeiro lugar, a concepção unitária-hierárquica, centrando o poder organizacional junto da empresa-mãe, acaba por não dar resposta à necessidade de descentralização decisional originada pela circunstância de a regulação hierárquica de organizações complexas apenas ser possível se limitada a formas de controlo indirecto sobre áreas de gestão empresarial nevrálgicas, como a direcção financeira ou a direcção de pessoal. Em segundo lugar, tal concepção ignora a necessidade de se entender o grupo mais como um "mercado organizado" do que

como uma hierarquia pura, em face da internalização de estruturas de mercado operada pelo fenómeno do grupo. Em terceiro lugar, a mesma concepção também não faz justiça ao processo de dinâmica interna do grupo, já que a sua perspectiva hierarquizante – simbolizando na empresa-mãe o centro de actividade do grupo inteiro – não lhe permite dar conta da interacção dinâmica entre uma multiplicidade de centros autónomos de acção económica, cuja coordenação apenas dificilmente pode ser conseguida a partir do vértice hierárquico do grupo.

Por conseguinte, a imagem do grupo de empresas, orientadora das iniciativas de regulação jurídica nesta matéria, deveria ser *não a de hierarquia mas sim a de "rede" (Netzwerk), não a de poder de controlo e direcção da empresa-mãe mas sim a de coordenação de centros de acção autónomos*. Não basta aqui simplesmente qualificar conceptualmente a realidade do grupo inteiro, recorrendo ao conceito de empresa, como sugere BLUMBERG,[91] ou à ideia de "Unternehmensgruppe", como o faz WIEDEMANN.[92] Decisivo é antes tomar a sério a realidade do grupo enquanto coordenação de uma pluralidade de empresas através de uma empresa de segundo grau, a empresa de grupo:[93] o grupo como "ente colectivo ou corporativo" – ou, ainda melhor, como "rede pluri-empresarial" –, eis o conceito-chave que porventura melhor descreve a especificidade do grupo como nova forma da organização da empresa moderna, como "estrutura ou rede hierarquicamente organizada de empresas semi-autónomas".

Isto poderá sugerir que a "rede pluri-empresaral" do grupo possa ser tratada no futuro como um novo sujeito jurídico, só que aqui com a particularidade de se tratar de um sujeito jurídico de natureza diferente dos tradicionais sujeitos de direito, ou seja, das pessoas naturais e das pessoas colectivas. O grupo de empresas, enquanto "rede pluri-empresarial", rompe com as raízes antropomórficas da instituição da pessoa colectiva em dois sentidos: *imputação múltipla antes que imputação unitária, autonomização policêntrica antes que personificação*.

Efectivamente, a técnica de imputação unitária muito deve ao forte pendor antropomórfico que está subjacente ao conceito de personalidade jurídica. A construção do instituto da pessoa colectiva fez-se assim à imagem de um único centro de acção e vontade – a "pessoa" –, concebida como ponto de imputação de acções, direitos e obrigações. Aplicado ao nosso caso, vale isso por dizer que, no contexto de um grupo empresarial, uma determinada acção, ou bem que é imputada à empresa filial ou, através do uso excepcional da "desconsideração da personalidade jurídica", à empresa-mãe. *Tertium non datur*. Todavia, se realmente se pretende fazer justiça à realidade organizacional do grupo como rede de múltiplos centros de acção semi-autónomos, então temos de nos libertar destes preconceitos conceptuo-dogmáticos que nos encerram nos estreitos horizontes da imputação unitária em direcção a uma *imputação simultânea múltipla* de acções e posições jurídicas. A imputação unitária associada à sociedade-pessoa colectiva deve, no caso do grupo pluri-societário,

ser desarticulada e distribuída por três níveis – a empresa filial, a empresa-mãe e o grupo ele próprio – cedendo assim o seu lugar a três formas distintas de imputação – imputação cumulativa, na qual é multiplicada por várias unidades do grupo; imputação alternativa, na qual é feita apenas a uma dessas unidades; ou imputação complementar, na qual imputações parciais são feitas diferentes unidades co-participantes.

Se se pretenderem adaptar e conformar à natureza híbrida e instável da prática dos grupos empresariais, à sua escolha *ad hoc* e oportunística da combinação entre mercado-organização e centralização-descentralização decisional, as técnicas jurídicas de imputação de acções, direitos e deveres terão de se libertar, de urna vez por todas, das ideias clássicas em matéria de imputação, caminhando para uma imputação jurídica igualmente *ad hoc* e casuística. Um modelo possível para este efeito poderia ser, evidentemente, o modelo casuístico, onde a resposta à questão de saber a que unidade componente do grupo atribuir ou imputar uma determinada acção ou posição jurídica estaria dependente das circunstâncias do caso individual, o que, sem dúvida, pressuporia a prévia existência de um vasto leque de critérios de imputação disponíveis. A melhor prova da flexibilidade e operacionalidade de um tal método é-nos dada por BLUMBERG, na sua conhecida lista de factores que devem determinar o julgamento sobre a situação de autonomia ou controlo vivida pelas empresas filiais (que incluem numerosos factores, tais como a observância das formalidades constitutivas e de funcionamento da empresa filial, a separação material entre a empresa filial e a empresa mãe, a integração dos negócios da filial nas actividades económicas globais do grupo, a integração das operações internas da filial no grupo, o grau de controlo da empresa-mãe nos vários sectores da gestão das empresas filiais, etc.).[94]

O direito deveria assim, mais do que embarcar numa "vã procura de uma definição geral de grupo",[95] válida desde o direito das sociedades comerciais e do direito do trabalho ao direito fiscal e direito civil, desenvolver e aplicar flexivelmente, consoante os objectivos regulatórios específicos de cada sector jurídico, diferentes critérios de imputação. Exigências mínimas de segurança jurídica poderiam ser satisfeitas através da previsão de um conjunto de elementos típicos e fixos do conceito de grupo, comuns a todos os ramos jurídicos, designadamente em matéria de direcção unitária do grupo. Todavia, uma vez verificada esta condição mínima comum, os critérios de imputação deveriam permanecer flexíveis e determináveis de acordo com o contexto jurídico concreto em causa. Finalmente, poder-se-ia evitar a degradação de uma tal técnica de imputação múltipla numa arbitrária "Kadijustiz" caso se salvaguardasse a sua orientação pelas máximas seguintes: manutenção das vantagens organizacionais da descentralização e eficácia regulatória enquanto implementação dos objectivos político-jurídicos das normas.

Se a primeira grande diferença entre a pessoa colectiva e esse novo sujeito jurídico emergente que é o grupo enquanto "rede organizacional" reside na substituição da técnica da imputação unitária por uma técnica de imputação múltipla simultânea,

a segunda reside na distinção entre a identidade de tal rede e aquela que é própria de um colectivo. Na verdade, o carácter flexível e mutável de uma rede organizacional requer tão-só autonomização mas já não personificação: esta última, a ter lugar, acabaria por se revelar contraproducente e interferir negativamente sobre as três características do grupo acima revistas. Para a subjectivização jurídica de tal rede organizacional seriam assim suficientes os seguintes elementos: reconhecimento da identidade colectiva do grupo como uma rede de relações interorganizacionais; reconhecimento jurídico de um interesse comum do grupo, enquanto interesse dessa rede em si mesma, e distinto quer dos interesses da empresa-mãe, quer da soma dos vários interesses dos membros do grupo; utilização das contas consolidadas do grupo como instrumento de imputação; reconhecimento jurídico de uma capacidade de acção do grupo, mediada através da acção da empresa-mãe ou das suas filiais; atribuição de direitos e deveres próprios ao grupo; imputação flexível e casuística de responsabilidade ao grupo, cumulativa ou alternativamente com a tradicional responsabilidade das empresas filiais e/ou da empresa-mãe.

VIII Organização Jurídica do Grupo de Empresas?

Sem dúvida que base da definição das futuras tarefas de um direito dos grupos empresariais deverá ser o estreito paralelismo entre a situação de facto e a constituição jurídica do grupo como uma empresa. Todavia, é necessário não perder aqui de vista que o termo dessa comparação não deverá ser representado nem pela "empresa filial dependente", nem pela "empresa-mãe dominante", mas sim pelo próprio grupo, enquanto sistema de relações interorganizacionais. Tarefa fundamental será, pois, a de desenvolver orientações para a organização jurídica de um tal sistema.

Contra esta visão, opõe-se o consabido e recorrente argumento de que a criação de uma estrutura organizativa própria para o grupo empresarial constituiria um erro, uma vez que, muito justamente a especificidade de tal empresa (de segundo grau) consiste em que ela actua através da estrutura organizativa própria de cada um dos seus membros (empresas de primeiro grau).[96] A isto contra-argumentaremos muito simplesmente com a própria prática, a qual vem afinal reflectindo o desenvolvimento e cristalização de orgãos "fácticos" próprios no seio dos grupos empresariais; pelo que tal argumento deve ser entendido (tão manifesto é o seu desmentido prático) – que me desculpem os seus proponentes – como servindo puramente os interesses de uma obstaculização à sua consagração na ordem jurídica. Existe, todavia, um surpreendente momento de verdade em tal afirmação, que não foi decerto pensado nem querido pelos seus autores. E esse é o de que a construção de um modelo organizativo para o grupo jamais deverá fazer-se à luz do clássico modelo hierárquico da sociedade individual, o que acabaria por redundar numa rigidez burocratizante da organização e direcção dos grupos. Pelo contrário, arrancando da

imagem da "rede pluri-empresarial" e visando salvaguardar também no plano jurídico as características que fornecem a especificidade do fenómeno do grupo no plano fáctico (regulação contextual, internalização organizacional do mercado, dinâmica interna), os princípios organizativos clássicos da sociedade comercial individual – separação de poderes e diferenciação funcional – não podem deixar de carecer a necessária alteração e adaptação.

Desmentindo o pretenso absurdo da posição que defende a criação de orgãos próprios para o grupo como um todo, a prática quotidiana dos grupos empresariais vem confirmar a institucionalização "de facto" de novas instâncias orgânicas representativas disso mesmo.[97] O chamado "poder de direcção" da empresa-mãe sobre as suas filiais, consagrado já em certas legislações nacionais e transnacionais (v.g., directivas comunitárias), constitui, afinal, uma cristalização funcional de uma nova instância orgânica específica do próprio grupo, completamente ilegítima à luz dos cânones tradicionais do direito das sociedades.

Se analisarmos o fenómeno do grupo da perspectiva dos portadores de recursos envolvidos, verificamos um significativo aumento do poder dos órgãos de administração em face dos sócios e dos trabalhadores. Por um lado, no que toca aos primeiros, há que sublinhar que isso não se verifica apenas relativamente aos sócios minoritários da empresa dependente mas também, como recentemente se descobriu, ao nível dos sócios da própria empresa-mãe. A mediação da influência dos trabalhadores, por outro lado, seja através de instituições representativas ou de associações sindicais, constitui uma temática recorrente da literatura em matéria da co-participação laboral no seio dos grupos empresariais. À luz da ideia da "aliança de produtores" – de acordo com a qual todos os actores jurídico-societários transferem os seus direitos de propriedade para o "ente corporativo", os quais, por seu turno, são redistribuídos entre os membros da organização enquanto "direitos de propriedade organizacionalmente vinculados" segundo um critério de eficiência[98] –, a principal tarefa de uma organização jurídica do grupo consistirá na transferência dos direitos desses actores para o próprio grupo enquanto rede organizacional.

Se analisarmos o grupo da perspectiva do actual equilíbrio entre as funções de operação, controlo e legitimação no quadro da organização fáctica dos grupos, então rapidamente constatamos uma predominância das funções operativas em detrimento das outras duas. Na verdade, se bem se atentar, até ao presente apenas as funções operativas do grupo encontraram a correspondente cristalização em instituições específicas do próprio grupo, tais como o poder de direcção e instrução da empresa-mãe, o domínio da empresa-mãe sobre as assembleias gerais, conselhos de administração e de fiscalização das filiais, ou as estruturas contratuais e pessoais de organização do grupo.[99] Em contraste, as funções de supervisão e legitimação permanecem completamente descuradas ao nível do grupo ou, quando muito, institucionalizadas sob formas ainda muito rudimentares: o que é particularmente grave atenta a

circunstância não apenas de as estruturas fiscalizadoras e legitimadoras das empresas filiais se tornarem uma quase ficção sem qualquer papel activo em virtude da formação do grupo, mas também porque a eficiência das correspondentes estruturas da empresa-mãe ficarem pela mesma razão dependentes essencialmente do arbítrio da sua própria administração.

A resposta político-jurídica a tais assimetrias, seja no plano dos portadores de recursos produtivos, seja no plano das funções organizacionais, deverá passar necessariamente pela *criação de estruturas compensatórias de supervisão e legitimação específicas do próprio grupo*. De um ponto de vista de política jurídica, dir-se-ia que a tarefa consiste em desenvolver um "sistema político" que actue como um contrapeso ao já existente e acabado sistema operacional dos grupos empresariais, capaz de restaurar o equilíbrio das relações de força entre os vários portadores de recursos e das funções operativas, fiscalizadoras e legitimadoras no seio do grupo.

Entre as iniciativas institucionais larvares empreendidas nesta direcção, pode referir-se a conhecida "Directiva Vredeling" (1980, 1983) que providencia a atribuição de direitos de informação especiais aos trabalhadores no quadro das grandes empresas.[100] Contrabalançando o poder da empresa-mãe de instruir as filiais do grupo, tal directiva vem estabelecer uma rede de direitos e deveres de informação que poderia constituir a base para o desenvolvimento de um verdadeiro sistema político para o grupo empresarial. A flexibilidade do mecanismo da "negociação colectiva" abre novas oportunidades em matéria de direitos de informação, de consulta, e até de negociação, idóneos a permitir exercer uma influência junto do núcleo dirigente.[101] Ao mesmo tempo, recusando uma subjectivização jurídico-formal do grupo e a consequente distribuição das competências funcionais ao longo de uma estrutura orgânica fixa, liberta-se dos rígidos horizontes dos modelos institucionais de co-participação laboral e possibilita uma adaptação flexível à mutabilidade das formas organizacionais do grupo.

O único problema desta perspectiva reside na fragilidade dos deveres de informação em comparação com os genuínos direitos de co-participação e, o que é mais ainda, na ausência de um centro de coordenação para as instituições compensatórias. A sua ancoragem num mecanismo de "negociação colectiva" realça e explica a sua fraqueza de estratégia puramente contratual sem qualquer conteúdo organizacional.[102]

Neste sentido, soluções institucionais cristalizadas ao nível da empresa-mãe – como o "comité d'entreprise" francês, assim como o "centrale ondernemingsrad" holandês ou o "Konzernsbetriebsrat" alemão* – parecem possuir alguma vantagem relativa. O interesse deste tipo de soluções consiste no facto de, não obstante a sua institucionalização formal ser realizada no plano da empresa-mãe, os seus objectivos e consequências transcenderem largamente este plano para se estenderem ao próprio grupo como um todo, em total oposição aos cânones jurídico-ideais tradicionais, mas em total observância dos cânones prático-funcionais da natureza do grupo.

De facto, tais instituições representam não apenas os interesses dos trabalhadores da empresa-mãe, mas ainda e também, em total contradição com os princípios mais gerais do direito das sociedades, os interesses dos trabalhadores das empresas filiais. Todavia, e ao mesmo tempo, a sua relevância para o grupo está restringida a funções de recrutamento e representação, permanecendo as outras funções de controlo e supervisão do grupo como um todo (particularmente o controlo da política de pessoal) ainda subdesenvolvidas.

A raiz do problema consiste aqui na fixação de corpos ou instâncias orgânicas ao nível das empresas filiais, dotados de poderes mais ou menos pré-determinados: tal fixação institucional acaba por retirar a tais instâncias aquela flexibilidade que é requerida para fazer face às tentativas por parte da administração do grupo para escapar e iludir tal controlo, através de medidas de reorganização da sua própria estrutura.

Os mecanismos contratuais procedentes do sistema da "negociação colectiva" oferecem, a este propósito, uma maior flexibilidade, permitindo a contínua adaptação das possibilidades de controlo, legitimação e co-participação a exigências organizacionais sempre renovadas e diferentes. Embora a flexibilidade assim oferecida pelos sistemas de negociação colectiva os revele bastante mais apropriados à especificidade organizacional do grupo de empresas, esses mecanismos não deixam de levantar alguns problemas, entre os quais a sua reduzida capacidade de supervisão derivada da sua aguda dependência relativamente a um sistema económico em constante mutação, não possuindo as posições de poder formalizado que são típicas dos sistemas institucionais de co-participação e que os tornam imunes àquelas mutações.

O futuro de uma estrutura compensatória ou de contrapeso parece assim residir numa combinação bem sucedida dos esforços regulatórios previamente descritos. Esta a linha proposta também por VARDARO,[103] que recomenda uma solução assente numa mistura cuidadosamente calculada de elementos contratuais e organizacionais, e que opina ainda, perante o fenómeno dos grupos multinacionais, deverem as estratégias contratuais supranacionais prosseguidas por estes últimos ser acolhidas e escoradas por estratégias organizacionais dos Estados. Não residirá a solução para um futuro direito dos grupos de empresas na formação de um centro nevrálgico de supervisão e legitimação do próprio grupo como um todo, dotado de um elenco aberto de competências e atribuições e de mandato imperativo para o estabelecimento de acordos contratuais?

NOTAS

1 HELDRICH (1986), *Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht*, 105.

2 LUHMANN (1984e), *Widerstandsrecht und politische Gewalt*, 36 e segs.

3 LUHMANN (1985b), *Einige Probleme mit "reflexivem Recht"*, 8 e segs.

4 Já em LUHMANN (1969), *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, 1 e segs.; IDEM (1974), *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, passim.

5 DEGGAU (1988), *Die Geschäftsgrundlage. Eine methodische Irritation der Zivilrechtsdogmatik*; IDEM (1987b), *Versuch über die Autopoiese des Vertrages.*

6 LADEUR (1983), *Politische Ökonomie verwaltungsgerichtlicher Plannungskontrolle*, 102 e segs.; IDEM (1984a), *Abwägung - Eines neues Paradigma des Verwaltungsrechts*; IDEM (1986a), *"Prozedurale Rationalität" - Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems?,* 265 e segs.; IDEM (1986b), *Rundkunftverfassung für die "Informationsgesellschaft"*, 147 e segs.; IDEM (1987a), *Jenseits von Regulierung und Ökonomisierung der Umwelt: Bearbeitung von Ungewibheit durch (selbstorganisierte) Lernfähigkeit-eine Skizze*, 242 e segs.

7 ZÖLLNER (1988), *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, 88.

8 TEUBNER (1980), *Die Generalklausel von Treu und Glauben*, 32 e segs.; IDEM (1982a), *Die Geschäftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystemen*, 625 e segs.; IDEM (1983), *"Corporate Responsability" als Problem der Unternehmensverfassung*, 34 e segs.; IDEM (1985), *Unternehmensinteresse - das gesellschaftlichen Interesse des Unternehmens "an sich"?*, 485 e segs.; IDEM (1986b), *Der Beirat zwischen Verbandssouveranität und Mitbestimmung - Zu den Schranken der Beiratsverfassung in der GmbH*, 565 e segs.; IDEM (1987f), *Unternehmenskorporatismus. New Industrial Police and das Wesen der juristischen Person*, 61 e segs.

***** Nota do Tradutor: O termo "Konzern" (associação, coligação, agrupamento) é empregue na doutrina jurídico-societária germânica para designar o actual fenómeno dos grupos de empresas, caracterizado pela existência de um conjunto de empresas que, embora juridicamente independentes, se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária ou comum (respectivamente, empresas filiais e empresa-mãe). Nalgumas legislações e doutrinas (incluindo a portuguesa), este fenómeno vem tratado na acepção ligeiramente mais restritiva de "grupos de sociedades".

9 VARELA (1981a), *Autonomy and Autopoiesis*, 14; IDEM (1981b), *Describing the Logic of Living*, 36; LUHMANN (1984c), *Soziale Systeme. Grundrib einer allgemeinen Theorie*, 27; WILLKE (1991), *Societal Guidance Through Law*.

10 Análises desta problemática teorético-evolutiva em ALCHIAN (1950), *Uncertainty, Evolution and Economic Theory*, 211 e segs.; NELSON/ WINTER (1982), *An Evolutionary Theory of Economic Change*; WITT (1987), *Individualistische Grundlagen der evolutorischen Ökonomik*; HUTTER (1989b), *The Unit Which Evolves: Linking Self-Reproduction and Self-Interest*.

11 Cfr. OTT (1977), *Recht und Realität der Unternehmenskorporation. Ein Beitrag zur Theorie der juristische Person*, 43 e segs.

12 KRAUSE (1985), *Mitbestimmung und Effizienz-Ergebnisse neuerer empirischer Untersuchungen im Lichte der Theorie der Eigentumsrechte*, 147 e segs.

13 WILPERT/RAYLEY (1983), *Anspruch und Wirklichkeit der Mitbestimmung*, 95 e segs.

14 Nesse sentido, STREECK (1984), *Co-Determination: The Fourth Decade*, 391 e segs.; KRAUSE (1985), *Mitbestimmung und Effizienz - Ergebnisse neuerer empirischer Untersuchungen im Lichte der Theorie der Eigentumsrechte*, 147 e segs.; TEUBNER (1986c), *Industrial Democracy Through Law? Social Function of Law in Institucional Innovations*, 261 e segs.

15 Entre essas teorias, vide ALCHIAN/ DEMSETZ (1972), *Production, Information Costs and Economic*

Organization, 777 e segs.; JENSEN/ MECKLING (1976), *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 306 e segs.; FAMA (1980), *Agency Problems and the Theory of the Firm*, 288 e segs.; FAMA/ JENSEN (1983), *Agency Problems and Residual Claims*, 327 e segs.; GROSSMAN/ HART (1986), *The Costs and Benefits of Ownership: a Theory of Vertical and Lateral Integration*, 691 e segs.

16 WILLIAMSON (1975), *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*; IDEM (1985), *The Economic Institutions of Capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting*.

***** Nota do Tradutor: "especificidade do activo empresarial, solvabilidade empresarial".

17 PARSONS/ SHILS (1951), *Toward a General Theory of Action. Theoretical Foundations for the. Social Sciences*, 16; LUHMANN (1984c), *Soziale Systeme. Grundrib einer allgemeinen Theorie*, 148 e segs.

18 LUHMANN (1984c), *Soziale Systeme. Grundrib einer allgemeinen Theorie*, 522.

19 Para uma crítica das teorias de WILLIAMSON, vide GRANOVETTER (1985), *Economic Action and Social Structure: the Problem of Embeddedness*, 481 e segs.; KAY (1987), *Markets and False Hierarchies: Some Problems in Transaction Costs Economics*; KNYPHAUSEN (1988), *Unternehmens als evolutionsfähige Systeme*, 202 e segs.; FITZROY/ KAY (1990), *The Corporation in an Uncertain World: Competition, Efficiency and Governance*.

20 LUHMANN (1986e), *Organisation*.

21 Neste sentido, mais detalhadamente, TEUBNER (1987f), *Unternehmenskorporatismus. New Industrial Policy und das Wesen der juristischen Person*, 61 e segs.

22 Cfr. recentemente GALEOTTI (1988), *Individuale e Colletivo*.

***** Nota do Tradutor: "governo empresarial unitário"

****** Nota do Tradutor: "escopo lucrativo comum".

23 TEUBNER (1987f), *Unternehmenskorporatismus. New Industrial Policy und das Wesen der juristischen Person*, 75.

24 Cfr. entre tantos RAISER (1964), *Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung*, 51 e segs.; BÄLZ (1974), *Einheit und Vielheit im Konzern*, 287 e segs.; ASSMANN (1989), *Microcorporatist Structures in German Law of Groups of Companies*.

25 BUXBAUM (1984), *Corporate Legitimacy, Economic Theory and Legal Doctrine*, 539 e segs.; TEUBNER (1985), *Unternehmensinteresse - das gesellschaftlichen Interesse des Unternehmens "an sich"?*, 470; IDEM (1987f), *Unternehmenskorporatismus. New Industrial Policy und das Wesen der juristischen Person*, 61 e segs.

26 Neste sentido, MASON (1959), *The Corporation in Modern Society*; SELZNICK (1969), *Law, Society and Industrial Justice*; DAHL (1973), *Governing the Giant Corporation*; OTT (1977), *Recht und Realität der Unternehmenskorporation. Ein Beitrag zur Theorie der Juristische Person*; ULRICH (1977), *Die Grobunternehmung als quasi-öffentliche Institution. Eine politische Theorie der Unternehmung*; STEIMANN (1985), *The Enterprise as a Political System*, 401 e segs.; BERCUSSON (1990), *The Significance of the Legal Form of the Group Enterprise in the United Kingdom*.

27 EASTON (1965), *A Framework for Political Analysis*, 51.

28 HADDEN (1983), *The Control of Corporate Groups*; IDEM (1984), *Inside Corporate Groups*, 271 e segs.; BERCUSSON (1990), *The Significance of the Legal Form of the Group Enterprise in the United Kingdom*.

29 Assim SAPELLI (1990), *Towards a Historical Typology of Group Enterprises: The Debate of "Popular Sovereignty"*.

30 BERCUSSON (1987), *Juridification and Disorder*, 58.

31 TEUBNER (1983), *"Corporate Responsability" als Problem der Unternehmensverfassung*, 34 e segs.

32 LUHMANN (1981b), *Organisation im Wirtschaftssystem*, 393.

33 Nesse sentido, cfr. TEUBNER (1979), *Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Kommentierung zu* §§ 705 ff. BGB, 719 e segs.

34 LUHMANN (1964), *Funktionen und Folgen formaler Organisation*.

35 GROSSMAN/ HART (1986), *The Costs and Benefits of Ownership: a Theory of Vertical and Lateral Integration*, 691 e segs.

36 LUHMANN (1986e), *Organisation*, 2. Num sentido idêntico, vide também TEUBNER (1985), *Unternehrnensinteresse - das gesellschaftlichen Interesse des Unternehmens "an sich"?*, 471, 477; GOMEZ/ PROST (1985*), Organisationelle Geschlossenheit im Management sozialer Institutionen-ein komplementäres Konzept zu den Kontingenzansätzen*, 22; KNYPHAUSEN (1988), *Unternehmens als evolutionsfähige Systeme*, 238 e segs.; HUTTER (1989b), *The Unit Which Evolves: Linking Self-Reproduction and Self-Interest*; CLUNE (1991), *Implementation as Autopoietic Interaction of Autopoietic Organizations*.

37 LUHMANN (1986e), *Organisation*, 3.

38 SCHMIDT (1986), *Gesellschaftsrecht*, 312 e segs.

39 Sobre tal distinção entre fim ("Zweck") e motivo ("Motiv"), vide GEHLEN (1956), *Urmensch und Spätkultur. Ergebnisse und Aussagen*, 31, 35 e segs.; LUHMANN (1973b), *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, 128 e segs.; TEUBNER (1978), *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, 60 e segs., 262 e segs.

40 Cfr. MARCH (1988), *Introduction: A Chronicle of Speculations About Decision-Making in Organizations*.

***** Nota do Tradutor: "racionalidade limitada".

****** Notado Tradutor: "articulação frouxa, disposição desordenada, decisões impossíveis, considerações problemáticas, aprendizagem, processos decisionais realizados segundo o princípio do caixote do lixo".

41 MARCH/ SHAPIRA (1982), *Behavioral Decision Theory and Organizational Decision Theory*, 94.

42 LUHMANN (1984d), *Soziologische Aspekte des Entscheidungsverhaltens*, 602.

43 Cfr. ALDRICH (1979), *Organizations and Environment*; NELSON/ WINTER (1982). *An Evolutionary Theory of Economic Change*; WEICK (1985), *Der Proze? des Organisierens*, 174 e segs.: HUTTER (1989a), *Die Produktion von Recht. Eine selbstreferentielle Theorie der Wirtschaft angewandt auf den Fall des Arzneimittel-patentrechts*.

44 STREECK/ SCHMITTER (1985), *Gemeinschaft, Markt und Staat - und die Verbände?*, 133 e segs.; VARDARO (1988), *Diritto del Lavoro e Corporativismi in Europa: leri e Oggi*.

45 SCHMITTER/ LEHMBRUCH (1979), *Trends Toward Corporatist Intermediation*.

46 WASSENBERG (1978), *Creeping Corporatism: A Cuckoo's Policy*; ESSER/ FACH (1981), *Korporatistische Krisenregulierung im "Modell Deutschland"*.

47 Sobre o significado neocorporativo dos modelos de co-participação laboral, cfr. WASSENBERG (1978), *Creeping Corporatism: A Cuckoo's Policy*, 8; PANITCH (1979), *The Development of Corporatism in Liberal Democracies*, 123; CZADA/ LEHMBRUCH (1981), *Economic Policies and Societal Consensus Mobilization*, 4 e segs.; ERD (1982), *Die Modernisierung des Arbeitsrechts im korporativischen Verbund*, 148 e segs.; DITTRICH (1985), *Mitbestimmung-Eine korporatistische Strategie?*; TEUBNER (1986c), *Industrial Democracy Through Law? Social Function of Law in Institutional Innovations*, 261 e segs.; IDEM (1987f), *Unternehmenskorporatismus. New Industrial Policy und das Wesen der juristischen Person*, 61 e segs.; SCIARRA (1988), *Neocorporativismo Si Decline al Plurale: I Neocorporativismi di Impresa*.

48 SCHMITTER (1974), *Still the Century of Corporatism?,* 85 e segs.; IDEM (1977), *Modes of Interest Intermediation and Models of Societal Change in Western Europe*, 7 e segs.

49 WINKLER (1976), *Corporatism*, 109.

50 WASSENSERG (1978), *Creeping Corporatism: A Cuckoo's Policy*, 8.

51 SCIARRA (1988), *Neocorporativismo Si Decline al Plurale: 1 Neocorporativismi di Impresa*.

52 Para uma visão de conjunto da actual situação, vide SUGARMAN/ TEUBNER (1990), *Regulating Corporate Groups in Europe*.

53 STREECK (1987), *The Uncertainties of Management in the Management of Uncertainty: Employers, Labor Relations and Industrial Relations in the 1980s*, 281 e segs.

54 STREECK (1984), *Co-Determination: The Fourth Decade*, 391 e segs.; IDEM (1990), *Status and Contract as Basic Categories of a Sociological Theory of Industrial Relations*.

55 SIMITIS (1984), *Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen*, 73 e segs., 122 e segs.

56 PIORE/ SABEL (1984). *The Second Industrial Divide. Possibilities for Prosperity*; STRAUSS (1984), *Industrial Relations: Times of Change*, 1 e segs.; WILLMAN (1985), *The Implications of Process and Product Innovation for Labour Relations*.

57 STREECK (1987), *The Uncertainties of Management in the Management of Uncertainty: Employers, Labor Relations and Industrial Relations in the 1980s*, 283.

58 GUTCHESS (1985), *Employment Security in Action: Strategies That Work*; STREECK (1987), *The Uncertainties of Management in the Management of Uncertainty: Employers, Labor Relations and Industrial Relations in the 1980s*, 281 e segs.

59 SELZNICK (1969), *Law, Society and Industrial Justice*, 54 e segs.; STREECK (1987), *The Uncertainties of Management in the Management of Uncertainty: Employers, Labor Relations and Industrial Relations in the 1980s*, 281 e segs.

60 KRAUSE (1986), *From Old to New Monism. An Approach to an Economic Theory of the Constitution of the Firm*, 219 e segs., 225.

61 Para uma discussão de algumas análises empíricas, vide HOPT (1984), *New Ways in Corporate Governance: European Experiments with Labor Representation on Corporate Boards*, 1338 e segs.; STREECK (1984), *Co-Determination: The Fourth Decade*, 391 e segs.; KRAUSE (1985), *Mitbestimmung und Effizienz - Ergebnisse neuerer empirischer Untersuchungen im Lichte der Theorie der Eigentumsrechte*, 147 e segs.

62 EISENBERG (1976), *The Structure of The Corporation. A Legal Analysis*, 277 e segs.; HERMAN (1981), *Corporate Control, Corporate Power*, 187 e segs.; SAPELLI (1990), *Towards a Historical Typology of Group Enterprises: The Debate of "Popular Sovereignty"*.

63 Cfr. para esta tipologia evolutiva, SAPELLI (1990), *Towards a Historical Typology of Group Enterprises: The Debate of "Popular Sovereignty"*.

***** Nota do Tradutor: "estrutura «holding», estrutura unitária, estrutura multidivisipnal".

****** Nota do Tradutor: divisões de uma empresa, dotadas ou não de personalidade jurídica (filiais ou sucursais), caracterizadas por uma acentuada autonomia decisional em face do vértice hierárquico da mesma.

64 CHANDLER (1966), *Strategy and Structure. Chapters in the History of the Industrial Enterprise*, 382 e segs.; WILLIAMSON (1981), *The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes*, 1555 e segs.

65 PROBST / SCHEUSS (1984), *Die Ordnung von sozialen Systemen: Resultat von Organisieren und Selbstorganisation*, 480 e segs.; KNYPHAUSEN (1988), *Unternehmens als evolutionsfähige Systeme*, 317 e segs.

66 WILLKE (1990), *Social Guidance Through Law*.

67 Cfr. as análises empíricas de HEDLUND (1981), *Autonomy of Subsidiaries and Formalization of Headquarters-Subsidiary Relationships*, 21 e segs.; BULCKE (1986), *Autonomy of Decision-Making by Subsidiaries of Multinational Enterprises*, 317 e segs.

68 WILLIAMSON (1981), *The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes*, 1555 e segs.

69 Assim, entre tantos, HOMMELHOFF (1982), *Die Konzernleitungspflicht*, 231 e segs.

70 BROWN (1972), *Laws of Form*.

71 LUHMANN (1986c), *Die Differenzierung von Politik und Wirtschaft und ihre gesellschaftlichen Grundlagen*, 19.

72 Cfr. ASSMANN (1990). *Microcorporatist Structures in German Law of Groups of Companies*; SAPELLI (1990), *Towards a Historical Typology of Group Enterprises: The Debate of "Popular Sovereignty"*.

73 Cfr. PAUSENBERGER (1975), *Konzernorganisation*, 2243.

74 KIRCHNER (1985), *Ökonomische Überlegungen zum Konzernrecht*, 226.

75 VARDARO (1990), *Before and Beyond Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations*, 233.

76 LUHMANN (1986e), *Organisation*, 31.

77 HOMMELHOFF (1982), *Die Konzernleitungspflicht*, 229.

78 Sobre o recente debate sociológico a propósito desta dinâmica interna, cfr. MAYNTZ/ NEDELMANN (1987), *Eigendynamische soziale Prozesse: Anmerkungen zu einem analytischen Paradigma*; TEUBNER (1986a), *Napoleons verloren Code. Eigendynamik des Rechts als politisches Problem*, 587 e segs.

79 KRONSTEIN (1931), *Die abhängige juristische Person*.

80 Cfr. desenvolvidamente BLUMBERG (1983), *The Law of Corporate Groups*, 20 e segs.

81 HOUIN (1982), *Les Groupes de Sociétés en Droit Français*, 45 e segs.; JEANTIN (1990), *The Public Interest and Private Interests in Groups of Companies in French Law*.

82 HOMMELHOFF (1982), *Die Konzernleitungspflicht*, 33 e segs.,

83 Criticamente também ASSMANN (1990), *Microcorporatist Structures in German Law of Groups of Companies*.

84 ISAY (1910), *Das Recht am Unternehmen*.

85 LUTTER (1974a), *Die Rechte der Gesellschafter beim Abschlub fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen*; IDEM (1974b), *Zur Binnenstruktur des Konzerns*, 347 e segs.; IDEM (1977b), *Zu den Rechten der Aktionäre beim Abschlub fusionsähnlicher Verträge*, 190 e segs.; IDEM (1985), *Organzuständigkeiten im Konzern,* 825 e segs.; IDEM (1987), *Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa,* 324 e segs.; TIMM (1980), *Die Aktiengesellscahft als Konzernspitze*; SCHNEIDER (1981), *Der Konzernleitung als Rechtsprobleme*, 269 e segs.; HOMMELHOFF (1982), *Die Konzernleitungspflicht*.

86 BLUMBERG (1983), *The Law of Corporate Groups*.

87 LUTTER (1975), *Mitbestimmung im Konzern*; IDEM (1987a), *Mitbestimmung im mehrstufigen Konzern*, 553 e segs. SUPIOT (1986), *Groupes de Sociétés et Paradigme de l'Enterprisé*, 621 e segs.; vide também SAVATIER (1986), *L'Unité Économique et Sociale entre Personnes Morales Distinctes*, 11 e segs.; RODIÈRE (1990), *Group Enterprises in French Labour Law*.

88 Cfr. BGHZ 83, 122.

89 KAHN-FREUND (1972), *A Lawyer's Reflection on Multinational Corporations*, 353.

90 Cfr. HEDLUND (1981), *Autonomy of Subsidiaries and Formalization of Headquarters-Subsidiary Relationships*, 21 e segs.; BULCKE (1986), *Autonomy of Decision-Making by Subsidiaries of Multinational Enterprises*, 226 e segs.

91 BLUMBERG (1983), *The Law of Corporate Groups*, 23 e segs.

92 WIEDEMANN (1988), *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht*, 6 e segs.

93 Nesse sentido, inicialmente BÄLZ (1974), *Einheit und Vielheit im Konzern*, 287 e segs.; IDEM (1985), *Groups of Companies - the German Approach*.

94 BLUMBERG (1983), *The Law of Corporate Groups*, 456 e segs.

95 Cfr. o título do trabalho de JADAUD (1975), *La Vaine Recherche d' une Définition du Groupe en Droit Français*, 193 e segs.

96 Entre outros, BÄLZ (1974), *Einheit und Vielheit im Konzern*, 329; UNTERNEHMENSRECHTSKOMMISSION (1980), *Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission*, 654 e segs.. 667.

97 LUTTER (1975), *Mitbestimmung im Konzern*.

98 KRAUSE (1986), *From Old to New Monism: An Approach to an Economic Theory of the Constitution of the Firm*, 229 e segs.

99 LUTTER (1985), *Organzuständigkeiten im Konzern*, 825 e segs.

100 BLANPAIN (1986), *The Main Systems of Employee Information and Consultation in European Industrial Relations*, 13 e segs.; VANDAMME (1986), *The Proposal for a Directive on Procedures for Informing and Consulting the Employees of Undertakings with Complex Structures, in particular Transnational Undertakings*, 149 e segs.

101 BLANPAIN (1986), *The Main Systems of Employee Information and Consultation in European Industrial Relations*, 30.

102 VARDARO (1990), *Before and Beyond Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations*, 217 e segs.

***** Nota do Tradutor: Qualquer destas três figuras – sem paralelo no direito português – designa um orgão particular existente na estrutura de governo dos grupos de empresas, situado junto da empresa-mãe, a que estão acometidas funções de representação dos trabalhadores do conjunto das empresas agrupadas.

103 VARDARO (1990), *Before and Beyond Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations*, 230.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Richard (1982), The Politics of Informal Justice. Vol. 1: The American Experience; Vol. 2: Comparative Studies. New York: Academic Press.
ABELTSHAUSER, Thomas (1990), Strukturalternativen für Bine europãische Unternehmensverfassung: Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zum 5. gesellschaftsrechtlichen EGRichtlinienvorschlag. Berlin: Dunker & Humbiot.
ALBERT, Hans (1975), Traktat über kritische Vernunft. 3a. ed., Tübingen: Mohr & Siebek.
ALCHIAN, Armen A. (1950), 'Uncertainty, Evolution and Economic Theory'. in: 58 Journal of Political Economy, 211-221.
ALCHIAN, Armen A. / Harold DEMSETZ (1972), 'Production, Information Costs, and Economic Organization', in: 62 American Economic Review, 777-795.

ALDRICH, Howard (1979), Organizations and Environment. Englewood Cliffs, N. J.: Prentice Hall.
ALESSI, Riccardo (1988), La Disciplina dei Gruppi Multinazionali nel Sistema Soeietario Italiano. Milano: Giuffrè.
ALEXY, Robert (1978), Theorie der juriszischen Argumentation. Frankfurt: Suhrkamp.
ANTONELLI, Cristiano (1984), Cambiamento Tecnologico e Impresa Multinazionale. 11 Ruolo delle Reli Telematiche nelle Strategie Globali. Milano: Franco Angeli.
ANTUNES, José Engrácia (1993), Liability in Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships. Deventer: Kluwer.

Gunther Teubner

JUDICIAL PROTECTION IN THE EU

Norbert Reich

PROTEÇÃO JUDICIAL NA UE

RESUMO

O artigo analisa a Convenção de Bruxelas de 1968, seu propósito e algumas de suas falhas, bem como o surgimento da regulação 44/2001, que visa a compatibilizar as leis aplicáveis aos estados membros em casos de conflito de leis ou jurisdições. Afirma que a proteção judicial na União Européia deve abranger o âmbito da "community law". Pelo princípio da "efetiva proteção judicial e controle", a Corte Européia de Justiça atua por mecanismos de intervenção indireta, calcados em princípios como efetividade e equivalência. Além disso, analisa o procedimento de "reference", contrastando seu objetivo inicial e seu funcionamento atual e o acesso limitado dos indivíduos à jurisdição européia.

PALAVRAS-CHAVE

Proteção judicial / União Européia / Direito Comunitário / Convenção de Bruxelas de 1968 / Procedimento de Reference / Acesso direto à jurisdição limitado

ABSTRACT

This article analyses Brussels Convention of 1968, its purposes and some of its flaws, as well as the emerging Regulation 44/2001, that intents to promote the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflicts of laws and of jurisdiction. It states that judicial protection in the European Union should also embrace community law. By the principle of "effective judicial protection and control", the European Court of Justice acts through mechanisms of direct intervention based on principles as effectiveness and equivalence. Moreover, it analyses the reference procedure, contrasting its original objective and its new function and the limited access of individuals to European jurisdictions.

KEYWORDS

Judicial protection / European union / Community law / Brussels convention of 1968 / Reference procedure / Limited direct access to jurisdiction

1 The principle of "effective judicial protection and control"

1 Rights, remedies and procedures

"Ubi ius – ibi remedium" – where there is a right there is a remedy.[1] This important principle of any government of law is true for Community law, too. Where Community law grants rights to a person as Union or market citizen, it must assure that these rights can be effectively protected. This is due to its direct effect, especially in the area of fundamental freedoms and competition.

The ECJ developed this principle of "effective judicial control" or, more broadly, effective judicial protection in its early case law, and has continuously refined and specified it.[2] Many cases are linked to the *effet utile* of Community law, especially its fundamental freedoms. As the Court said in *Heylens*:[3]

> Since free access to employment is a fundamental right which the Treaty confers individually on each worker in the Community, the existence of a remedy of a judicial nature against any decision of a national authority refusing the benefit of that right is essential in order to secure for the individual effective protection for his right.... Effective judicial review, which must be able to cover the legality of the reasons for the contested decision, presupposes in general that the court to which the matter is referred may require the competent authority to notify its reasons... (paras 14-15)

The guarantee of these freedoms consists of both a substantive and a remedial and procedural element. Direct effect is voided of any sense if the beneficiary cannot enforce it by effective remedies, or if procedures necessary for enforcement are unavailable. As a consequence, the Court developed the principles of *effectiveness* and *equivalence*:[4]

• Effectiveness means that a remedy should not only compensate the victim for a potential loss of or injury to a right, but also deter potential wrongdoers from violating it in the first place.

• Equivalence means that the protection of Community law rights should be equivalent in strength and scope to the protection of similar rights granted under national law. In other terms: nobody should suffer from a lower standard of protection for the simple reason that the right to be protected has its origin in Community rather than in national law.

Case law has also based these principles on Art. 6 of the European Human Rights Convention of 1950 (ECHR). Although this does not have direct effect upon Community law, it must at least be respected as an expression of the common constitutional heritage of the Member States. In *Johnston,*[5] the Court said:

> The requirement of judicial control .... reflects a general principle of law which underlies the constitutional traditions common to the Member States. That principle is also laid down in Art. 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950. As the European Parliament, Council and Commission recognized in their Joint Declaration of 5 April 1977 ... and as the Court has recognized in its decisions, the principles on which that Convention is based must be taken into consideration in Community law (para 18).

Art. 6 (2) EU transferred this case law into Union law. A further step was taken by Art. 47 of the European Charter of Fundamental Rights (EChFR), now Art. II-107 Draft Constitution, which reads:

> Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal ....

Many Community law directives, especially those concerned with preventing discrimination[6] and those protecting legitimate expectations[7], contain detailed *obligations de moyens* on effective legal protection. These include rights to compensation, collective interest actions, access to tribunals of law, and the like. Although earlier case law of the ECJ stressed that "the Treaty ... was not intended to create new remedies in the national courts to ensure the observance of Community law other than already laid down by national law,"[8] the notion of practical possibility was later replaced by requirements of adequacy and effectiveness. If Member State law fails to acknowledge the appropriate remedies, courts are obliged to provide for them, as the Court said in *Borelli*[9]:

> Accordingly, it is for the national courts .... to rule on the lawfulness of the national measure at issue on the same terms on which they review any definitive measure adopted by the same national authority which is capable of adversely affecting third parties and, consequently, to regard an action brought for that purpose as admissible even if the domestic rules of procedure do not provide for this in such a case (para 13).

Clearly, these general principles and broad *obligations de moyens* are of little help to the individual who complains about an injury to their Community law rights. A system of effective protection needs to answer a number of questions. These have to be resolved by the Court as well as by Member State jurisdictions:

- What are the effective remedies to be chosen? Will they consist of granting an injunction, in allowing for compensation, in ordering restitution?[10] Are they limited to traditional civil law remedies, or do they do require action under administrative or even criminal law?
- What are the procedures to be chosen for effective enforcement of remedies attached to a violation of Community law rights?
- Which injuries should be treated by the Community, and which by national jurisdictions? How can they be linked together? How does the duty of co-operation under Art. 10 EC actually work?
- How can the principle of effective judicial protection as a right under Community law be harmonized with the "procedural autonomy" of Member States? The latter has been recognized by the Court in several judgments, for example with

regard to the characteristics of civil litigation, where it is up the parties themselves to present evidence and defend their case.[11]

2 Distribution of responsibilities

In order to understand the Community system of protection of rights, it is useful to follow the distinction developed by the former AG Van Gerven.[12] According to him, this protection works in several ways:

• If a Community law right is violated, the victim should have an effective remedy against the perpetrator, be it a private person, a Member State or one of its bodies, or the Community institutions themselves. The basic contents of the remedy are shaped by Community law. Unreasonable restrictions on remedies, as for example by unforeseeable limitation periods,[13]. or a procedural rule which prohibits the national court, on expiry of a limitation period, from finding of its own motion or following a plea raised by a consumer that a term sought to be enforced by a seller or supplier is unfair,[14] must be disapplied by national courts On the other hand, the Court has been rather generous towards Member States when they impose time-limits or other procedural restriction on bringing claims for violation of Community rights, and has left its appropriateness to be decided by the national court.[15]

• These Community-specific remedies should be enforced by legal means, in the very end if necessary by courts of law. Member States, not the Community, have to establish a system of effective procedures. Their procedural autonomy is supplemented by the *effet utile* of Community law, as the Court has clearly shown in *Borelli*.

• Community involvement in procedures – a matter for Member States – becomes deeper in cross-border conflicts of a civil and commercial law nature (II) and in cases involving the interpretation and validity of Community law measures (III).

• Procedures allowing direct access to Community jurisdictions – the Court of First Instance (CFI) and, upon appeal, the Court of Justice (ECJ) - are only available in very limited cases, namely where an individual is directly and individually concerned by a Community measure (sub IV).

3 Protection against jurisdiction clauses in pre-formulated contracts – legal aid

Jurisdiction clauses are quite common in standard form contracts, especially those concluded with consumers. They usually impose on the weaker party a jurisdiction away from its place of residence and thereby unilaterally favor the other side, mostly business. EC law has two instruments to cope with them:

• In cross-border litigation, Reg. 44/2001 is applicable and will be studied in the next section.

• In internal relations, this depends on the "procedural autonomy" of the Member State discussed above, although this is limited by Dir. 93/13/EC of 5.4. 1993 on "Unfair Terms in Consumer Contracts".[16]

The latter problem was raised in *Oceano*.[17] Several Spanish clients were sued by a book-club company at its place of business but not at their residence, because a jurisdiction clause was inserted in the standard contract form. The Spanish judge was not sure whether he could raise the issue of his territorial incompetence *ex officio* because he regarded the jurisdiction clause to be unfair under Art. 3 (2) of Dir. 93/13 and Nr. 1 lit q) of the so called indicative list of the Annex. The Court gave a somewhat unclear answer:

> a jurisdiction clause must be regarded as unfair within the meaning of Art. 3 of the Dir. (93/13) in so far as[18] it causes contrary to the requirement of good faith, a significant imbalance in the parties rights and obligations existing under the contract to the detriment of the consumer.

The Court insisted on the protective ambit of Dir. 93/13. This means that the judge should be able to raise *ex officio* the potential unfairness of the jurisdiction clause, and that he should apply and interpret his national law in conformity with Community law. However, the Court did not completely condemn the jurisdiction clause, but left this to the national judge, depending on the circumstances of the case. There is, though, great likelihood that such unilateral clauses are unfair because they contradict the principle of effective judicial protection.

Finally, in 2002, Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 concerning legal aid in cross-border litigation has been adopted.[19] It contains minimum standards of legal aid in cross border litigation which must be put on a equal footing with national litigation.

II Cross-border judicial protection: Brussels Convention and Regulation 44/2001

1. The Brussels Convention of 1968 as amended

Judicial protection presumes that a party subject to a dispute should be able to bring legal proceedings in a court of law (or other body responsible for resolving legal disputes), knowing that the decision taken by such a body will be recognized and enforced. Sometimes this should be done in a State other than the State where the claimant is established or domiciled. Therefore, questions on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments throughout the Community are crucial to ensure effective protection of rights derived from Community law. These also form part of

an effective internal market presupposing a "free flow of judgments", at least in civil and commercial matters.

Within the EU, the above-mentioned questions have been regulated primarily by the 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters[20]. The original EEC Treaty was mostly concerned with the establishment of the Common Market and contained virtually nothing about private international law and jurisdiction, except for Art. 220 EEC (now Art. 293 EC) stating that:

> Member States shall, so far as is necessary, enter into negotiations with each other with a view to securing for the benefit of their nationals… the simplification of formalities governing the reciprocal recognition and enforcement of judgments of courts or tribunals and of arbitration awards.

The only instrument that could be adopted under these provisions was an international treaty. Therefore, the Brussels Convention was adopted as an international law instrument and ratified by all Member States. Many legal scholars characterized the Convention as a success in the process of European integration:

> [It was] a well-known success. It went even further than the relevant Treaty provision, because it established a system of direct rules for the jurisdiction of European Member state courts in international cases and did not simply provide for a 'simplification of formalities governing the reciprocal recognition and enforcement of judgments' – thus the expert drafters of the Convention were forerunning the diplomatic drafters of Art. 65 EC by almost 30 years.[21]

As stated above, the Convention provides a set of uniform and directly applicable rules. These form part of the law of every State – member to the Convention. The courts of those States are under an obligation to apply these rules while considering issues on jurisdiction. Moreover, they should give virtually automatic recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters issued in other States – members to the Convention.

Not only is it the national courts of Member states of the European Union that applied the Convention on a regular basis. Indeed, the European Court of Justice has also delivered preliminary rulings on interpreting the Convention. This right was conferred upon the Court by the 1971 Protocol[22], thus promoting a more uniform application and autonomous interpretation of the Convention throughout Member States. A substantial body of case law exists on the Brussels Convention, from references by the original six Contracting States to the ECJ, and more recently from references from other Contracting States.[23] The Court stressed its

interpretative role of the Convention in the recent *HWS* case:[24]

> Only such (autonomous, NR) interpretation (of the concepts of contract and tort in Art. 5 (1) and (3) of the Brussels Convention, NR) is capable of ensuring the uniform application of the Brussels Convention, which is intended in particular to lay down common rules on jurisdiction for the courts of the Contracting States and to strengthen the legal protection of persons established in the Community by enabling the claimant to identify easily the court in which he may sue and the defendant reasonably to foresee in which court he may be sued....(para 20)

The principal objectives of the Convention may be traced through the substantial amount of ECJ case law interpreting the Convention. These include:

• determination of international jurisdiction of (national) courts in the European Community;[25]

• simplification of formalities governing reciprocal enforcement of judgments;[26]

• procedural provisions for these purposes;[27]

• avoidance of multiplicity of jurisdictions;[28]

• prohibition of the English doctrine of "*forum non conveniens*" where the case has a closer connection with the courts of a non-Member country, or the practice to issue "anti-suit injunctions" against alleged frivolous litigation in other Member countries.[29]

• the need to strengthen the legal protection of the rights of defendants,[30]

• protection of socially or economically weaker parties.[31]

The provisions of the Brussels Convention were repeated in the Lugano Convention concluded between the EEC countries and members of the European Free Trade Association. These have been extended to include Poland.

The well-known international law rule *actor sequitur forum rei* is the general principle of jurisdiction of the Brussels Convention.[32] This means that a person should be sued in the court of the place where he is domiciled. This rule may be derogated from and a person may be sued in the courts of other States – parties to the Convention only by virtue of the rules on "special jurisdiction" stated in the Convention. These rules state that person may also be sued:

• in the courts of the state where the contract obligation was performed (Art. 5 (1),

• where a harmful event has occurred (in matters related to delict) (Art. 5 (3),

• where a branch or agency is situated (in matters related to operations of a branch, Art. 5 (5).

In the *Kronhofer* case,[33] the Court insisted on a narrow interpretation of Art. 5 (3) as an exception to the general rule of Art. 2 Brussels Convention. In tort actions regarding the marketing of financial services, the mere fact that the claimant had its

business seat or its assets in one Member country is not sufficient to constitute the "place where the harmful event occurred".

Persons who are not nationals of the State in which they are domiciled shall be governed by the rules of jurisdiction applicable to nationals of that State.[34] In addition, parties to the contract may enter into an agreement on jurisdiction, subject to provisions of Section 6 of the Convention.

The Convention also determines the rules on "exclusive jurisdiction". This, contrary to general and special jurisdiction, is linked not to the courts of the State where the party is domiciled but where immovable property is situated, where the company has its seat, or where the public register is kept[35]. The courts, which have exclusive jurisdiction under the Convention, cannot be excluded from the proceedings by an agreement on jurisdiction.

The Convention also contains some rules on protective jurisdiction, under which economically weaker parties, such as consumers or employees, may sue in the courts of their domicile:

• With regard to consumers, the Convention provides for a set of criteria enabling these persons to enjoy protective provisions, but usually limits them to so-called *passive consumers*. They have been subject to intensive case law concerning "consumer contracts" in Art. 13 *et seq*.[36]

• Two judgements of 20 Jan. 2005[37] continue earlier case law insisting on a strict interpretation of the special jurisdiction of Art. 13 as an exception to the general rule "*actor sequitur forum rei*". In the case of so called "mixed contracts", the Court will apply Art. 13 only in cases where the professional activity to which the contract is related is only marginal and ancillary. Should the consumer deceive the other side on the true character of the contract – he pretends the contract to be part of a professional activity even when this is only minor – he has waived his protection and the good-faith contract partner is not subject to the special jurisdiction of Art. 13/14. Art. 13 (1) para (3) always requires that a contract is *concluded* for the supply of goods or services. This is not the case, in difference to *Gabriel*, if the trader awards to the consumer a "prize" allegedly won by him without being subject to the ordering of goods.

• With regard to contracts of employment, a special section was added to Art. 5 (1) on the occasion of the accession of Spain and Portugal to the Convention. The Court referred to the place where the work is actually performed by the employee as the place where (active or passive) litigation arising out of the employment contract should take place, including posted workers. If work is done in several places, than the place where the essential part of the worker's duties vis-à-vis his employer are in fact performed is decisive.[38]

Prorogation of jurisdiction by agreement is subject to stricter requirements aimed at the protection of the weaker party, Art. 15 Brussels Convention.

It should be noted that, despite its success, the Convention had one inherent flaw. That is, with every round of accession, it had to be ratified again by all Member States. This ratification has become ever more time consuming. As an example, Austria, Finland and Sweden acceded to the European Union in 1996. And as late as in July 1999 the Commission pointed out that the "Brussels Convention, as amended following the accession negotiations with Austria, Finland and Sweden, has not yet entered into force for all the Member states as only a minority of them have ratified it."[39]

2 Brussels Regulation 44/2001

a. Overview

However, such legislation through an international convention remained the only possible way until the Amsterdam Treaty introduced Art. 65 (b) EC, which now contains provisions on:

> measures in the field of judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, to be taken … promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and of jurisdiction.

Hence, the private international law and jurisdiction rules in the European Union were brought into the context of the First Pillar. This article was used as a basis for adoption of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (in the following: Reg. 44/2001).[40] The Regulation replaced the Convention as of March 1, 2002, for the then 14 states – Members of the EU. Art. 68 of Reg. 44/2001 provides:

> [The] Regulation shall, as between the Member States, supersede the Brussels Convention. … In so far as this Regulation replaces the provisions of the Brussels Convention between Member States, any reference to the Convention shall be understood as a reference to this Regulation.

However, the Brussels Convention continues to apply in relations between Denmark and the Member States that are bound by the Regulation[41], and to the territories of the Member States that fall within the territorial scope of the Convention and which are excluded from this Regulation pursuant to Art. 299 of the Treaty.[42]

Despite the fact that the Convention ceased to regulate relations between most of the Member States, it will remain important for the purpose of uniform interpretation and application of the Regulation, since "[c]ontinuity between the Brussels

Convention and this Regulation should be ensured."[43] The case law of the ECJ, interpreting provisions of the Brussels Convention that were transferred unchanged into the Regulation, should remain a valid source for interpreting the provisions of the Regulation. For this reason, the case law of the ECJ[44] as well as the Official Reports on the Convention[45] have retained their importance.

b. Consumer contracts

The Regulation for the most part follows both the structure and the provisions of the Brussels Convention. One of the key changes in the Regulation compared to the Convention is the new approach towards marketing activities in B2C (business to consumer) relations. According to Art. 13 (1) lit. c) of the Convention, the right of the consumer to sue the supplier in the consumer's country of domicile was subject to the existence of advertising or a specific invitation addressed to the consumer. Moreover, the consumer should have taken the necessary steps to conclude the contract in that state. Art. 15 (1) lit c) of Regulation 44/2001 replaced these two conditions with one: the consumer may sue the company if the company:

> by any means, directs such activities to that Member State or several States including that Member State.

This provision has aroused intense debate with regard to e-commerce, since it may be interpreted in such a way that the mere accessibility of the website of a company situated in one Member State by a consumer domiciled in another Member State may give such consumer the right to sue the company in the consumer's domicile – a result which makes marketing in e-commerce subject to different and diverging jurisdictions. Such a rule may on the other hand encourage the establishment of alternative dispute settlement (ADR) mechanisms, which is one of the aims of the directive on electronic commerce. This question will not be developed in the present context.[46]

c. Employment contracts

With regard to employment contracts, a new section 5 contains special rules on jurisdiction.[47] This gives the employee the choice to sue the employer:[48]

- in the courts of domicile of the employer;
- in the courts for the place where the employee habitually carries out his work or in the courts for the last place where he did so;
- if the employee does not or did not habitually carry out his work in any one country, in the courts for the place where the business which engaged the employee is or was situated.

On the other hand, an employer may bring proceedings only in the courts of the Member State where the employee is domiciled.[49]

d. Other issues

Art. 60 of Reg. 44/2001 provides for an autonomous definition of the seat of legal persons, whereas the Convention had left this issue to be determined by the rules of the court in which jurisdiction is exercised. The Regulation provides three alternative criteria to define domicile of legal persons:

- the statutory seat,
- the central administration, or
- the principal place of business.

These criteria correspond to those listed in the Chapter of the EC Treaty concerned with the right of establishment of companies in the European Community.[50]

Another important change gives an autonomous definition to the place of performance of the contract. Art. 5 (1) lit b) of Reg. 44/2001 provides that in the case of sale of goods this place is the place where the goods were delivered or should have been delivered; and in the case of provision of services – the place where the services were provided or should have been provided. The purpose of this modification is, similarly as described above, "to remedy the shortcomings of applying the rules of private international law of the State whose courts are seized."[51] However, problems may still remain for the claimant in proving the place where services, such as consultancy services, should have been provided.

The Regulation has amended the rule on jurisdiction in tort claims. The defendant may be sued not only in the courts of the place where the harmful event has already occurred, but also of the place where it *may occur*. Thus, litigants are given a right to sue for preventive measures via injunctions. This was first recognized in the *Henkel* case concerning cross-border group actions.[52]

Art. 6 of Reg. 44/2001 provides that an action may be brought against a defendant in the court of a co-defendant only in cases when the claims are so closely connected that separate proceedings would risk irreconcilable judgments. Thus, the ruling of the ECJ in the *Kalfelis* case[53] was transposed into a legislative provision.

An important innovation is made to Section 7 related to prorogation of jurisdiction. An agreement on jurisdiction may be concluded in electronic form.[54] However, the restrictive rules on jurisdiction clauses in consumer contracts have not been changed[55]. The question remains how they can be coordinated with the case law of the ECJ on jurisdiction clauses in standard contract terms (supra I 3). In *Oceano*[56], the Court did not even mention this problem.

Rules on recognition and enforcement of judgments have been changed so as to make recognition virtually automatic, and simplifying the obtaining of an enforcement declaration. Courts asking for enforcement declarations will no longer be able to raise

grounds for non-recognition on their own motion.[57] However, the claimant still has to comply with national procedure rules in order to obtain a declaration that the judgment is enforceable. Thus, the value of automatic recognition may be reduced.

III Indirect protection via the reference procedure

1 Original objective: uniformity of Community law

The most important element in protecting individual rights and insisting on adequate remedies has been the reference procedure[58] even though, paradoxically, this does not allow direct access of individuals to European courts. It was originally meant to be an interim procedure by which courts of law of the Member countries could ask the ECJ for preliminary rulings on questions of validity and interpretation of Community law. With the exception of courts against whose decisions there is no remedy under national law - which have an obligation to refer[59] - the national court has complete discretion whether to use the reference procedure or not. Therefore, it was not individual protection but uniformity of Community law that was the original objective of the reference procedure.

This perspective can be seen by looking at two important decisions of the eighties. In *CILFIT*[60] the ECJ wrote that Art. 177:

> does not constitute a means of redress available to the parties (para 9).

The Court insisted that the reference procedure is based on cooperation. The national courts[61] enjoy full discretion as to whether to refer a case to the ECJ. Where the outcome of a case does not depend on an interpretation of Community law, where there has already been a ruling of the ECJ, or where the meaning of Community law is clear (*acte clair* doctrine), there is no obligation to refer. But the Court made an important qualification: *acte clair* does not depend on the discretion of the *judex a quo*, but it:

> must be convinced that the matter is equally obvious to the courts of the other Member States and to the Court of Justice (para 16).

This later requirement is of course difficult to fulfil, especially with 15 current and 25 future jurisdictions. The Court added several criteria on when this possibility would theoretically exist, always keeping in mind the peculiarity of Community law and its concepts, the different languages used which have equal force of law, and the context in which Community law must be interpreted. These requirements effectively limit frequent application of the *acte-clair* doctrine and insist on the priority of the ECJ in interpreting Community law.

A similar spirit of "exclusivity" can be seen in the later *Foto Frost* case[62]. The preliminary question concerned the power of a national court to invalidate a Community measure. The Court insisted that Member State courts may judge on the validity of a Community act in a positive way, but they:

> do not have the power to declare acts of the Community institutions invalid (para 15).

This is due to the "necessary coherence of the system of judicial protection established by the Treaty", which is based upon a clear division of powers and competences. Later case law has clarified the scope of the reference procedure in the interest of uniformity and coherence of Community law:

• Only courts of law, and not (private) arbitration, or consumer complaint tribunals whose jurisdiction is not mandatory, may refer a case to the ECJ;[63] however, if the arbitration award is subject to judicial scrutiny on public policy grounds, the reference procedure is available.[64]

• The court must fulfill judicial, not administrative, functions, as in cases concerning the registration of a company or a commercial agent.[65]

• The questions put forward must not merely be hypothetical but have a genuine relevance to the case at hand.[66]

In general, the ECJ allows a broad margin of discretion to Member State courts to decide on the relevance, on the questions posed, and on the potential application to the specific case at hand. It is not necessary that the date for implementation of the directive should have lapsed. Indeed, early reference may even be necessary in order to allow adequate judicial protection, which is not possible by a direct action challenging the directive.[67] The national courts may even ask preliminary questions in cases where the applicable law has not been enacted, in doing so fulfilling a duty of implementation, but using the same or at least similar terminology in the interest of harmonization of national with Community law.[68]

These cases make clear that the Court insists on its final say to interpret and its monopoly to invalidate Community law in the interest of its uniform application. Its decisions in the reference procedure therefore have a *de facto stare decisis* authority. It is only the Court itself (or the Community legislator) that can "overrule" an interpretation given by the Court.

2 The new function of the reference procedure: (indirect) individual rights protection

In the meantime, the second function of the reference procedure has become clearer, owing to limited direct access by individuals to European courts (infra IV). The basic approach, as recognized by the Court, describes a decentralized *three step procedure* of judicial protection of individual rights in the Union:

• The first and decisive step is taken by the national court system. This must meet the requirements of effective protection, as defined by the Court. It includes the grant of effective remedies as *obligation de moyens*.

• The Court may – and, in those instances against whose decisions there is no judicial remedy, must – be asked to give a binding ruling on the interpretation or validity of a question of Community law, insofar as it is relevant for the decision of the case; merely "hypothetical" questions should not be referred to the ECJ.

• In a third step, the procedure is turned back to the national *judex a quo*, which has to apply the Court ruling to the individual case before it; the ECJ is not allowed to decide the particular case, even though it has given such precise rulings in some cases that the national court could not decide otherwise.[69]

In this decentralized system, it is really the national judge, and not the ECJ or the CFI, which protects Community rights under equal conditions as national rights. The national judge becomes the *European judge*.

These two functions of the reference procedure may conflict in cases where a speedy remedy is sought. If the Court of Justice has exclusive authority to annul a Community act that forms the basis for a Member State measure, a final decision on the validity of the contested Community measure under the reference procedure would now take about 2 years. Thus, no speedy remedy would then be possible.[70] On the other hand, if the national court were allowed to set aside the application of the Community measure, this would infringe the division of competences as defined in *Foto Frost*, and the uniformity of Community law, to the unilateral benefit of individual rights protection. In *Zuckerfabrik*[71], the Court was asked to balance the interests of a party to proceedings in rapid protection against a presumably illegal Community measure violating its rights, with the interests of the Community in coherence and uniform application of EC law under the final responsibility of the ECJ. The Court allowed the national court to suspend enforcement in order to protect individual rights under the following conditions:

• The national court must have serious doubts as to the validity of the Community regulation on which the contested administrative measure is based.

• The national court must refer the question of validity of the Community regulation at issue to the ECJ.

• The grant of relief must be subject to uniform conditions in all Member States; therefore, a balancing test is required between the Community interest in maintaining the regulation and the individual interest in suspending it.

• The national court must take due account of ECJ case law.[72]

However, the national court is not empowered to order positive measures that only a Community institution may take.[73]

It is the reference procedure through which the "great developments" of

Community law - such as direct effect, supremacy, proportionality, state liability for infringement of Community rights - have been transformed from an imperfect and incomplete legal order to a coherent system of judicial protection and control. This simple fact shows its inherent potential for the protection of individual rights, even though the individual is in fact denied an independent right of standing. A violation of the duty to refer may therefore provoke state liability if the breach has been sufficiently serious and a causal link can be shown between the violation of the duty to refer and the damage. [74]

3 Protection against directives

It is not yet clear how the *Zuckerfabrik* doctrine functions in cases involving protection against directives. Under Community law, directives may take vertical direct effect against the State in favor of individuals, but may not impose obligations upon individuals. However, directives may be used for interpretation purposes, thereby indirectly extending existing obligations, or even imposing new ones. Yet from a formal point of view, only the implementing state measures will have a mandatory effect on the individual. On the other hand, the Member State is bound by Community law to enforce a directive under the conditions set out therein, in order to avoid state liability under the governance rules. The mere existence of a directive to be implemented within a specified time frame will have a certain anticipatory effect on the legal position of the individual, on their business strategies, opportunities, and operational planning. Does the individual or undertaking fearing an infringement of its supposed rights by a foreseeable implementation of a directive have a remedy against the directive itself, or does it have to wait until an implementing measure (such as administrative or criminal proceedings) is directed against it, only then contesting the validity of the directive under the conditions of *Foto Frost* via a reference procedure?

Since, as we shall see, the individual has no direct access to Community jurisdiction for the protection of its rights, even if they have a fundamental rights quality, it is up to the national courts to allow for adequate protection before implementation of the directive. The English courts have construed preventive action against the threat of an implementing measure if the national legislator or regulator had no choice of action.[75] A similar remedy does not exist in other jurisdictions.

It can be argued that the national courts are under a requirement to extend standing under their obligation to provide effective remedies. Their "procedural autonomy" is subject to the principle of effective judicial protection and control. This includes the creation of new remedies which so far had not existed under national law.[76]

IV Limited direct access to European jurisdictions: Art. 230 (4) EC

1 Absence of a constitutional complaint in EU law against legislative acts

Such a distribution of responsibilities as described explains why specific Community law procedures are only available if individuals are *directly and individually* concerned by Community measures.[77] The wording seems to exclude any protection against legislative measures of the Community, be they regulations or directives. The individual has to seek protection of its alleged rights before national courts. In matters of Community law these act, as we have seen, as Community courts and may potentially have to refer a case to the ECJ via the reference procedure.

This is true even in cases where the individual claims a violation of fundamental rights. For Community law, unlike many Member State laws, has not yet developed a constitutional complaint system against legislative measures. In this way, it is far behind the standard of European human rights law and the constitutional traditions common to many Member States (with the exception of some countries, such as the UK, France, and Sweden). Art. 46 lit. d) EU allows protection of fundamental rights under Art. 6 (2) EU against actions of Community institutions only "insofar as the Court has jurisdiction".

The Charter of Fundamental Rights of the EU has not changed this distribution of competences. It does not establish any new powers or tasks for the Community or the Union, nor does it modify the powers and tasks defined by the Treaties.[78] This amounts to a refusal to grant new judicial remedies against violations of the Charter.

2 The limited scope of direct actions under Community law

Art. 230 (4) EC - as the basic norm for direct actions of individuals - distinguishes three types of Community measures that may be contested before Community jurisdictions. These are now the Court of First Instance, with possible appeal to the ECJ:

- a decision addressed to a (natural or legal) person;
- a decision not addressed to that person but to another person and which is of direct and individual concern to that person;
- a decision in the form of a regulation being of direct and individual concern to another person.

This *numerus clausus* of Community measures against which direct action by an individual is possible has a number of ambiguities. These have given rise to an abundant and somewhat conflicting case law.[79] As a starting point it should be kept in mind that direct action under Community law has the character of *an administrative law remedy*. It seems completely to exclude actions against general, namely legislative, measures. Only under the qualified circumstances of direct and individual concern may a regulation - which according to the wording of the Treaty must be regarded in substance as a decision – be challenged. Directives seem to be completely

excluded from Community jurisdiction.[80] A brief look at Court practice will be concerned with only whether individual, or also group or general interest actions, are allowed under Community law.

3 Regulations of direct and individual concern

Regulations under Community law are hybrid measures. According to Art. 249 (2) they have "general application" and are "directly applicable". General application seems to indicate their legislative character, thereby excluding individual concern, even if they are able to directly confer rights and impose obligations on individuals.

The case law of the Court was thus concerned with singling out those regulations that are of individual concern to persons directly subjected to them. The formula which had been developed by the famous *Plaumann* case of 1963[81] demands that the measure in question affects natural or legal persons:

> by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of legal or factual circumstances in which they are differentiated from all other persons and by virtue of these factors distinguishes them individually just as in the case of the person addressed.

The Court seems to use a test based on *equal treatment*. That is, in normal circumstances, a measure of legislative character, like a regulation, treats all potential addressees similarly. Since everybody in the sense of "*quivis ex populo*" is concerned, nobody is entitled to contest the measure because of its general applicability. However, there may be cases - due to legal or factual circumstances - where one individual is singled out from the general public. Then this individual – and only that individual - is entitled to direct action. It is not important whether the legislative measure poses a particular hardship on him. Later case law was concerned with defining certain types of situations where this individual concern could be established under equality criteria:

• EC law may require that the effects of a measure to certain persons be particularly taken into account. That is, even if the measure is of general character in the form of a regulation, it is still of individual concern to those persons whom Community law aims to protect, such as importers or exporters of agricultural products forming a "closed class".[82]

• A Community regulation is only adopted after certain persons or groups have had their right to a hearing, in particular in anti-dumping proceedings, but these rights have been violated.[83]

• Certain factual situations are of specific concern to individuals, for example to independent importers of products that have to pay a particular anti-dumping tariff,[84] or to the proprietor of a graphic trade mark taken away by a Community regulation.[85]

It appears from this overview that Community courts enjoy a certain amount of discretion whether to admit an action or not, a fact that makes any prediction as to the admissibility of an action difficult. Such legal insecurity violates the principle of effective judicial protection.

The situation is particularly unsatisfactory with regard to group actions, which Community law prescribes the Member States to accept in several areas such as non-discrimination, but does not seem to be willing to allow its own plaintiffs. The Court has repeatedly insisted that for a group action to be admissible it is not sufficient that the members of the group are individually concerned:[86]

> … moreover one cannot accept the principle that an association, in its capacity as the representative of a category of businessmen, could be individually concerned by a measure affecting the general interests of that category. Such a principle would result in the grouping, under the heading of a single legal person, of the interests properly attributed to the members of a category, who have been affected as individuals by genuine regulations, and would derogate from the system of the treaty which allows applications for annulment by private individuals only of decisions which have been addressed to them or of acts which affect them in a similar matter.

Only if the group itself (for example, a producers' or consumers' association) is individually concerned does it have a right to action.[87] This may be the case if their "procedural participation right" has been violated.[88] But in general the Court has been hostile to group actions.[89]

Community jurisdictions have discussed whether standing should be extended in particular by having regard to fundamental rights developments. In its *Jégo-Quéré* judgment of 3.5.2002,[90] the Court of First Instance referred to Art. 47 of the ECHR, which grants the right to an effective legal remedy. As discussed above, the existing system of Community law remedies, in particular the reference procedure, does not allow an effective remedy. The same is true of the potentiality of the injured individual to receive compensation[91]. Therefore, the requirement of "individual concern" should be widened to cases where a Community law provision directly curtails rights or imposes obligations (para 51 of judgment).

In his opinion of 21 March 2002[92] on *Union de pequeños agricultores* (UPA), concerning a group action of an association of small agricultural producers challenging a regulation which substantially reduced their production quotas of olive oil, AG Jacobs critically analyzed existing case law and proposed a more open and flexible solution to the criteria of "individual concern". He argued for the constitutional importance of effective judicial protection and on the evolution of Community law in the direction of governance and democratic legitimacy. He also referred to prior

case law of the ECJ, acknowledging an evolutionary interpretation of Art. 230 (4) EC. The criteria proposed by him suggest that an:

> applicant is individually concerned by a Community measure where the measure has, or is liable to have, a substantial adverse effect (italics NR) on his interest (paras 60, 102).

However, it must be doubted whether the new criterion of *substantiality* instead of equality is of much help to Community courts and their parties in determining admissibility of an action. Only after having reviewed the substance of a case will one know whether or not a party is substantially concerned by a Community regulation. Substantiality can thereby only be determined *ex post,* not *ex ante*.

In its decision of 25 July 2002, the Court was not convinced of the new criteria proposed by AG Jacobs. It insisted on the one hand on the right of effective judicial protection, but on the other hand made the Member States responsible for granting it (para 41). Member States, in their duty of loyal co-operation under Art. 10 EC are:

> required, so far as possible, to interpret and apply national procedural rules governing the exercise of rights of action in a way that enables natural and legal persons to challenge before the courts the legality of any decision or other national measure relative to the application to them of a Community act of general application, by pleading the invalidity of such an act (para 42).

The Court no more and no less requires Member States to institute a quasi-constitutional complaint mechanism against Community legislative acts, always keeping in mind that the final decision as to illegality remains within Community jurisdiction. Within such a system of judicial control, the Court will review the constitutionality of a Community measure.[93]

The Court found no justification for extending standing beyond existing case law. It referred this question to the Member States as "Masters of the Treaty". In turn, they are only entitled to reform the system currently in force by amending the Treaty.

The judgment of the Court can be seen as an attempt to put the responsibility for effective judicial protection back to the Member States. They - not the Community - have to extend their judicial mechanisms. Direct action will remain as before a mainly administrative remedy. The quasi-constitutional remedy against legislative acts is to be provided by Member States within the framework of the reference procedure.

Unfortunately, however, this shifting back of responsibilities does not settle the main problem posed by the Court in its insistence on division of responsibilities between Community and Member State courts, and its exclusive power to annul Community acts. That is, Member State courts are competent to decide on

Community law only indirectly via implementing Community measures, and not directly via allowing an action against a Community regulation or decision, as has been correctly pointed out by AG Jacobs.[94] In cases where a regulation or decision with substantial effects on third persons is self-executing and does not require additional Member State implementation measures, judicial protection is in effect denied, contrary to the principles declared by the Court.

4 Protection against directives

Directives are not mentioned among the acts to be challenged under Art. 230 (4). Therefore, by *argumentum e contrario* the Court has persistently held that there is no direct action against them.[95] As has been held by the Court of First Instance and upheld on appeal by the ECJ:

> (T)he justification for that exclusion (of directives from judicial review - NR) lies in the fact that, in the case of directives, the judicial protection of individuals is duly and sufficiently assured by the national courts, which review the transposition of directives into the domestic law of the various Member States.
>
> Furthermore, even supposing that it were possible – contrary to the wording of the fourth paragraph of Art. 173 of the Treaty – to treat directives as regulations in order to allow proceedings against a decision 'in the form of' a directive, the directive at issue neither constitutes a 'disguised' decision nor contains any specific provision which has the character of an individual decision. On the contrary, it is a normative measure of general application (paras 17-18).

This rather formal argument could be supported by the fact that directives do not allow for a direct imposition of duties upon individuals. Therefore, they cannot be of "direct concern" to them. As a result, it not necessary to question their "individual" concern.

However, this argument can be challenged from two directions:

• Certain directives leave to Member States such a narrow margin of discretion that they impose *de facto* obligations upon individuals even before enactment of implementing measures; individuals have to adopt their business plans and legal action in expectation of implementation.

• Other directives may in reality be disguised decisions[96] just like regulations, and therefore fulfil the criteria of direct and individual concern.

In the actions brought by tobacco manufacturers and advertisers against Dir. 98/43,[97] the CFI was not convinced of their direct and individual concern. It insisted

on a formal reading of direct effect, which by definition is not possible with regard to imposing obligations upon individuals. Again it is left to the Member States to provide for adequate remedies. The individual injured by a measure implementing a (potentially illegal) directive may claim compensation as a remedy of last resort.[98] However, such a conclusion is not satisfactory, because it does not take into account the preventive effect of judicial protection, and gives a remedy only when "it is too late".[99]

5 New proposals to extend standing in the Draft Constitution

The Draft Treaty on a Constitution for Europe has proposed an Art. III-365 (4) which will read:

> Any natural or legal person may, under the same conditions, institute proceedings against an act addresses to that person or which is of direct and individual concern to him or her, and against a regulatory act which is of direct concern to him or her and does not entail implementing procedures (italics NR).

This amendment will solve the problem left by the *UPA case* where a regulation or some other Community act did not need implementing measures and therefore could not be attacked before a national court. The decisive criteria will be *direct* concern; individual concern is not necessary any more. Therefore, it will not allow direct actions against directives.

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

1 V. Gerven, CMLRev 2000, 501 at 521.

2 An excellent overview of the development of the case law is given by Tridimas, The General Principles of Community Law, 1999 at 279-290.

3 Case 222/86 Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) v Georges Heylens and others, [1987] ECR 4097.

4 For details cf. Tridimas at 279-290.

5 Case 222/84 Marguerite Johnston v Chief Constable of Royal Ulster Constabulary [1986] ECR 1651.

6 Case C-185/97 Belinda Jane Coote v Granada Hospitality Ltd. [1998] ECR I-5199.

7 Case C-361/88 Commission v Germany [1991] ECR I-2567 concerning environmental protection.

8 Case C-158/80 Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen v Hauptzollamt Kiel [1981] ECR 1805.

9 Case C-97/91 Oleificio Borelli SpA v Commission, [1992] I-6313.

10 cf. the discussion in v. Gerven at 509-521.

11 Cases C-430-432/93 Van Schijndel and Van Veen v Stichting Pensioenfonds [1995] ECR I-4705 at para 21.

12 V. Gerven loc cit 526-533.

13 Case C-327/00 Santex SpA v Unità Socio Sanitaria Locale [2003] ECR I-1877.

14 Case C-473/00 Cofidis v Jean-Louis Fredout [2002] ECR I-10875.

15 Case C-261/95 Palmisani v INPS [1997] ECR I-4025: comments by Craig-de Burca loc it at p. 269/270..

16 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts [1993] OJ L 95/29.

17 Joined cases C-240-244/98 Oceano Grupo editorial v Rocio Murciano Quintero et al. [2000] ECR I-4491; comment Stuyck, CMLRev. 2001, 719.

18 Micklitz in: Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, para 13.22 insists that the words in italics were not translated in the German version and caused some confusion about the ambit and scope of the judgment.

19 [2003] OJ L 26/41

20 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters [1998] OJ C 27/1 (consolidated version).

21 O. Remien, CMLRev 2001 at 55.

22 Protocol on the interpretation of the 1968 Convention by the Court of Justice [1998] OJ C 27/28.

23 J.J. Fawcett, P. North, Cheshire and North's Private International Law, 13th edition, 1999, p. 184.

24 Case C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik (HWS) [2002] ECR I-7357.

25 Case 14/76 A. De Bloos, SPRL v Société en comandite par actions Boyer [1976] ECR 1497.

26 Case 133/78 Gourdain v Nadler [1979] ECR 733 at para. 3.

27 Case 48/84 Spitzley v Sommer Exploitation SA [1985] ECR 787 at para. 21.

28 Case 14/76 supra note 196

29 Case C-281/02 Andrew Owusu v N.B.Jackson et al [2005] ECR I-(1.3.2005), C-159/02 Gregory Paul Turner v Felix Fareed IsmailGrovit et al [2004] ECR I-(27.4.2004)

30 Case 125/79 Denilauer v SNC Couchet Frères [1980] ECR 1553 at para. 13.

31 Case 150/77, Bertrand v Paul Ott KG [1978] ECR 1431 at para 21; 201/82 Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG v Amministrazione del Tesoro dello Stato [1983] ECR 2503 at para. 17.

32 Art. 2 of the Convention.

33 Case C-168/02 Rudolf Kronhofer v. Marianne Maier et al. [2004] ECR I-(10 June 2004)

34 Art. 2 of the Convention.

35 Art. 16 of the Convention.

36 For a recent case C-96/00 Gabriel [2002] ECR I-6367; for details Reich/*Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht, paras 31.2-31.14.

37 C-464/01 Johann Gruber v Bay Wa AG and C-27/02 Petra Engler v Janus Versand GmbH, [2005] ECR I-

38 Cf. Case C-383/95 Petrus Wilhelmus Rutten v Cross Medical Ltd. [1997] ECR I-57; C-437/00 Giulia Pugliese v. Finmeccanica SpA [2003] ECR I-(0000) judgment of 10 April 2003.

39 COM (1999) 348 final of 14 July 1999 at 2.1.

40 Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2001] OJ L 12.

41 Recital 21 of the Regulation.

42 Recital 22 of the Regulation.

43 Recital 19 of the Regulation.

44 For a recent example cf. case C-167/00 Verein für Konsumenteninformation v Karl Heinz Henkel [2002] ECR I-8111 concerning the question on whether Art. 5 (3) is also applicable to injunctions to prevent an illegal act, which the ECJ answered in the affirmative by referring to the amended text in Art. 5(3) of Reg. 44/2001.

45 Schlosser Report, [1979] OJ C 59, Jenard Report [1979] OJ C 59; the Evrigenis and Kerameus Report [1986] OJ C 298 ; The Almeida Cruz, Desanes Real, Jenard Report [1990] OJ C 189.

46 Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. A. at paras 31.5; 32.12.

47 Art. 19 of the Regulation.

48 Art. 19 of the Regulation.

49 Art. 20 (1) of of the Regulation.

50 Art. 48 EC.

51 Proposal for a Council Regulation (EC) on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, [1999] OJ C 376 (1999) at p. 17.

52 Case C-167/00, *supra* note 212 which comes to the same result under the Brussels Convention, thus minimising the changes brought about by Reg. 44/2001.

53 See Case 189/97 Kalfelis v. Banque Schröder ECR [1988] 5565.

54 Art. 23 of the Regulation .

55 Art. 17 of the Regulation.

56 Cases C-240-244/98; comment by Pfeiffer, ZEuP 2003, 141 at 153.

57 Art. 33 of the Regulation.

58 Under Art. 234 EC.

59 Para 3 of Art. 234 EC.

60 Case 283/81 Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health, [1982] ECR 3415.

61 Including those mentioned in para 3 of Art. 234 EC.

62 Case 314/85 Foto-Frost v HZA LübeckOst [1987] ECR 4199.

63 Case 102/81 Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG [1982] ECR 1095; C-125/04 Guy Denuit et al v Transorient – Mosaique Voyages et Culture SA, [2005] ECR I-(27.1.2005)..

64 Case C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV. [1999] ECR I-3055.

65 Case C-111/94 Job Centre Coop. ARL. [1995] ECR I-3361 at para 11.

66 Case 244/80 Pasquale Foglia v Mariella Novello [1981] ECR 3045 at para 16.

67 Case C-491/01 The Queen v Secretary of State for health *ex parte*: British American Tobacco (Investments) Ltd. *et al*. [2002] ECR I-11453 at para 40.

68 Cases C-297/88 + 197/89 Dzodzi v Belgium [1990] ECR I-3763 at para 36; C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG.[1998] ECR I-7791.

69 Cf. as an example case C-470/93 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. v Mars GmbH [1995] ECR I-1923.

70 An expedited procedure is now available in urgent and exceptional cases under Art. 62a of the Rules of Procedure of the Court..

71 Joined cases C-143/88 and 92/89 Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG v Hauptzollamt Ithehoe and Zuckerfabrik Soest GmbH v Hauptzollamt Paderborn [1991] ECR I-415.

72 Case C 465/93 Atlanta Fruchthandelsgesellschaft *et al* v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtscahft [1995] ECR I-3761 at para 46.

73 Case C-68/95 T. Port GmbH & Co. KG v Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung [1996] ECR I-6065.

74 Cf. opinion of AG Leger of 8.4.2003 in case C-224/01 G. Köbler v. Republic of Austria, [2003] ECR I-.

75 Case C-74/99 The Queen v Secretary of State for Health and others, *ex parte* Imperial Tobacco Ltd and Others [2000] ECR I-8599 re tobacco litigation.

76 V. Gerven at 522-526.

77 Per Art. 230 (4) EC.

78 According to Art. 51 Charter.

79 For details cf. Arnull, CMLRev 2001, 7; Reich, in: Micklitz/Reich, Public Interest Litigation, 1996 at 12-16.

80 Under Art. 230 (4) EC.

81 Case 25/62 Plaumann & Co. v Commission [1963] ECR 95.

82 Case 11/82 SA Piraiki-Patraiki and others v Commission[1985] 207; C-152/88 Sofrimport SARL v Commission [1990] ECR I-2477; C-451/98 Antillean Rice Mills NV v Council [2001] ECR I-8949; for further details Arnull at 31-41.

83 Case 264/82 Timex Corporation v Council and Commission [1985] ECR 849.

84 Case C-358/89 Extramet Industrie SA v Council [1991] ECR I-2501.

85 Case C-309/89 Codorniú v Council [1994] ECR I-1853.

86 Case 16 + 17/62 Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes and others v Council [1962] 471 at 477.

87 Under Art. 230 (4) EC.

88 Reich in: Micklitz/Reich at p. 15.

89 Case 246/81 Nicholas William, Lord Bethell, v Commission [1982] 2277; C-321/95P Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) and Others v Commission [1998] I-1651; for a broader discussion cf. the contributions of Reich, Micklitz, Dauses, Gormley, Weatherill, Wenig, Nettesheim, Krämer, Betlem and Christianos, in: Micklitz/Reich passim.

90 Case T-177/01 Jégo-Quéré & Cie SA v Commission of the European Communities [2002] ECR II-2365: The ECJ set aside the Jégo-Quéré-judgment of the CFI, case C-263/02P [2004] ECR I-(1.4.2004) because "such an interpretation has the effect of removing all meaning from the requirement of individual concern set out in the fourth paragraph of Art. 230 EC" (para 37).

91 under Art. 288 (2) EC.

92 Case C-50/00P Unión de pequeños agricultores v Council [2002] ECR I-6677.

93 According to Art. 46 lit. d) EU.

94 paras 41-48 of his opinion.

95 Case T-99/94 Asociación Espanola de Empresas de la Carne v Council [1994] ECR II-871, upheld on appeal Case C-10/95P [1995] ECR I-4149.

96 In the sense of Art. 230 (4) EC.

97 For details cf. Reich, FS Winter, 2003, 152.

98 Case T-172, 175-177/98 Salamander AG, Una Film "City Revue" GmbH, Alma Media Group Advertising SA & Co. Partnership, Panel Two and Four Advertising SA & Co., Rythmos Outdoor Advertising SA, Media Center Advertising SA, Zino Davidoff SA and Davidoff & Cie SA v European Parliament and Council [2000] ECR II-2487 at para 78.

99 Cf. the critique by Arnull at 50; Nettesheim, Juristenzeitung 2002, 928 at 934.

Norbert Reich

Professor da Universidade de Bremen (Alemanha),
Faculdade de Direito
ex-Reitor da Faculdade de Direito de Riga (Letônia)

ENTRE EFICIÊNCIA E EQÜIDADE: A UNIVERSALIZAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES EM PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Diogo R. Coutinho [1]

BETWEEN EFFICIENCY AND EQUITY: THE UNIVERSALIZATION OF TELECOMMUNICATION SERVICES IN DEVELOPING COUNTRIES.

RESUMO

NA LITERATURA ECONÔMICA NEOCLÁSSICA É CONHECIDA A METÁFORA SEGUNDO A QUAL POLÍTICAS PÚBLICAS REDISTRIBUTIVAS SÃO UMA ESPÉCIE DE BALDE QUE, AO SER TRANSPORTADO DE UM LUGAR PARA OUTRO, VAZA IRREMEDIAVELMENTE, DE MODO QUE SE PERDE PARTE DO LÍQUIDO NELE CONTIDO. ESSES E OUTROS EXEMPLOS SÃO MOSTRA DE QUE, NO CAMPO DA REGULAÇÃO, A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA É UM ELEMENTO EXÓGENO E, COMO TAL, ESTRANHO AO FUNCIONAMENTO DOS MERCADOS. ESSA CRENÇA, POR SUA VEZ, PARECE ESTAR ANCORADA NA PREMISSA DE QUE HÁ UMA RELAÇÃO DE EXCLUDÊNCIA RECÍPROCA (TRADE-OFF) ENTRE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E A ALOCAÇÃO "NATURAL" DE RECURSOS ESCASSOS NA SOCIEDADE. ESTE ARTIGO ALMEJA DISCUTIR A REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO COM ESPECIAL ÊNFASE NA TAREFA DE UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO ÀS TELECOMUNICAÇÕES COMO POLÍTICA DISTRIBUTIVA.

PALAVRAS-CHAVE

REGULAÇÃO, REDISTRIBUIÇÃO, UNIVERSALIZAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES.

ABSTRACT

THE LEAKY BUCKET NEOCLASSIC METAPHOR EMBODIES A WIDESPREAD ASSUMPTION. IT IS RELATED TO THE EFFICIENCY LOSSES RESULTING FROM "TRANSPORTING THE BUCKET" FROM A PLACE TO ANOTHER. IT ALSO SHOWS THAT DISTRIBUTIVE JUSTICE IS QUITE OFTEN SEEN AS AN EXOGENOUS COMPONENT OF PUBLIC POLICIES AND, AS SUCH, "ODD" WHEN COMPARED TO THE DYNAMICS OF FREE MARKETS. SUCH AN ASSUMPTION, IN TURN, IS BASED ON THE PREMISE THAT THERE IS A TRADE-OFF BETWEEN EQUITY AND THE NATURAL FUNCTIONING OF MARKETS AND ITS RESOURCES ALLOCATION. THIS PAPER AIMS AT DISCUSSING PUBLIC UTILITIES REGULATION IN DEVELOPING COUNTRIES FROM THE VIEWPOINT OF UNIVERSAL SERVICE AND ACCESS TO TELECOMMUNICATIONS AS A DISTRIBUTIVE POLICY.

KEYWORDS

REGULATION, REDISTRIBUTION, TELECOMMUNICATIONS UNIVERSAL SERVICE

1 INTRODUÇÃO

A promoção da universalização do acesso às telecomunicações[2] é, *per se*, uma tarefa complexa em países do mundo desenvolvido que, como será discutido neste trabalho, atingiram não somente altos níveis de cobertura e capilaridade de suas redes de infra-estrutura, como também alcançaram patamares bastante satisfatórios de assistência a usuários de baixa renda antes de as privatizações ocorrerem.

Os países da OCDE[3] (os mais ricos do planeta) privatizaram suas empresas públicas[4], entre outras razões, como resposta à crise de um Estado de Bem-Estar nunca alcançado pelos países em desenvolvimento. No âmbito da OCDE, esse Estado se traduziu, durante décadas, por, entre outras, políticas de planejamento e investimento massivo em infra-estrutura. Assim, quando das privatizações, as redes de serviços públicos desses países tinham sido expandidas de modo a atingir penetração quase completa. Mais especificamente, a universalização do acesso ao serviço público era uma tarefa praticamente cumprida.

Países em desenvolvimento[5] – cujo déficit de infra-estrutura é um grande obstáculo ao desenvolvimento socioeconômico – têm a tarefa adicional e desafiadora de promover a expansão de suas redes, bem como de garantir o acesso a muitos usuários considerados "não econômicos" em um contexto pós-privatização. Ingredientes adicionais, tais como sistemas tributários regressivos e/ou ineficientes, austeros programas de ajuste estrutural associados a condicionalidades e relações de dependência extremamente sensíveis em relação a mercados internacionais completam o cenário regulatório nesses países com uma boa dose de complexidade.

Na década de 1990, 121 países em desenvolvimento estimularam investimentos privados em setores relacionados a serviços públicos[6] (Parker e Kirkpatrick, 2002: 2) e as privatizações de empresas estatais prestadoras de serviços públicos representaram um terço de todas as transações realizadas em países em desenvolvimento desde 1988. Entre 1988 e 1993, dos US$ 78 bilhões arrecadados pelas privatizações em países em desenvolvimento, cerca de US$ 30 bilhões foram obtidos mediante a venda de empresas de infra-estrutura (Banco Mundial, 1995). Entre 1988 e 1996, 58% do total das privatizações no planeta ocorreram na América Latina (Manzetti, 2000: 1), onde mais de 800 empresas foram alienadas no período 1988-1997.

Dentre as diversas razões por que muitos países em desenvolvimento privatizaram suas empresas estatais prestadoras de serviços públicos estava precisamente a necessidade de investimentos em expansão. De modo geral, pode-se dizer que, ao contrário do que ocorreu em países do mundo desenvolvido, países em desenvolvimento privatizaram para criar, em larga escala, uma infra-estrutura inexistente. No caso da telefonia fixa, por exemplo, postes, cabos, fios e centrais telefônicas tinham de ser instalados em regiões onde até então não havia nenhuma infra-estrutura. Do mesmo modo, a demanda reprimida dos grandes centros urbanos precisava ser atendida.

Em 1998 o Brasil privatizou sua empresa estatal de telecomunicações (a Telebrás). As razões foram em parte semelhantes, mas em parte bastante distintas daquelas que motivaram países como o Reino Unido[7], por exemplo. Dentre outras coisas, levou-se em conta no Brasil a necessidade de recursos para promover a expansão da cobertura das redes de telefonia fixa, que só atendiam cerca de 13,6 habitantes a cada 100 habitantes no ano da privatização (ITU, 2001). Além disso, a privatização iniciou-se no Brasil e em vários outros países da América Latina em um

contexto de crise fiscal e financeira que, somadas à crise externa, à crise da dívida e às condicionalidades posteriormente impostas por programas de ajuste estrutural, desenham um pano de fundo próprio.

Deve-se atentar, nesse contexto, para o papel das empresas estatais como instrumentos de política econômica, especialmente na América Latina. Florinda Pastoriza (1996, 6) explica que durante os anos 1980 as estatais brasileiras foram sistematicamente utilizadas para atender objetivos como a reserva de mercados a fornecedores domésticos, a redução de níveis de inflação por meio do contingenciamento de preços e tarifas e o cumprimento de metas de balanço de pagamentos em vista do crescimento do endividamento externo. Note-se que, além de usadas como instrumentos de política econômica antiinflacionária, as empresas estatais brasileiras também cumpriam funções redistributivas – hoje fortemente associadas a ineficiências. Estas consistiam basicamente na diminuição da disparidade de renda por meio do favorecimento de determinados consumidores e de benefícios concedidos a outros.

Nesse quadro, a opção política pela concessão de subsídios no passado levou o setor público à geração persistente de déficits, que, por sua vez, contribuíram para o aprofundamento da incapacidade de investimento. De acordo com Cook e Kirkpatrick (1988: 1):

> While economic theory would suggest that distributional objectives should be pursued through the use of fiscal system, in practice LDC [*less developed countries*] policy makers typically operate in a 'second-best environment' in which limitations on the use of tax and subsidies measures require them to pursue their redistributive goals by employing other, less direct instruments.

Uma breve observação se faz necessária neste ponto. Admite-se que a categoria ampla "países em desenvolvimento" abarque muitas nações em estágios muito diferentes de desenvolvimento e com ambientes socioeconômicos, políticos e culturais muito distintos[8]. Para os serviços públicos, há muitas variáveis que diferenciam significativamente países agrupados sob o "guarda-chuva" do termo países em desenvolvimento. Algumas delas são, por exemplo, área total do país, renda e sua distribuição, densidade populacional, grau de urbanização e avanços tecnológicos (Ospina: 2002: 9).

Nesse contexto, um rápido olhar para países em desenvolvimento na Ásia, África e América Latina mostrará que características peculiares (e razões para a privatização) são específicas para cada país e setor em questão. Assim, o agrupamento desses países sob a expressão "países em desenvolvimento" é, a rigor, uma simplificação que faz vistas grossas a traços próprios a cada um desses países. Entretanto, sustenta-se aqui que algumas características – como déficits de estoque de infra-estrutura, dependência de capitais externos e dificuldades em institucionalizar autonomia e capacitação regulatória – são quase onipresentes nesses países, de modo que não é

de todo incorreta utilização dessa expressão nos limites desta discussão. Para Petrazzini (1995: 7), também os programas de ajuste estrutural[9] são um traço comum a países em desenvolvimento:

> While MDCs [more developed countries] have reformed mainly in response to the pressures of large business users (who were responding to the globalisation and information of the world economy), changes in LDC [less developed countries] are generally initiated by the government as part of a larger structural economic adjustment (aimed at battling fiscal crisis and economic decay).

2 Regulação social e regulação econômica

Em seu esforço de dar à regulação contornos estruturais, Anthony Ogus introduz uma espécie de tipologia em que, entre outras coisas, propõe a existência de "razões econômicas" e "razões não-econômicas" para a regulação. Dentre as justificativas econômicas para a ação regulatória estão, para Ogus, as conhecidas falhas de mercado: os monopólios e monopólios naturais, os bens públicos e outras externalidades, as assimetrias de informação, a racionalidade limitada dos agentes econômicos e os problemas de coordenação.

Dentre as razões não-econômicas para a regulação, figuram preocupações que transcendem aspectos de eficiência pura. Essas, em geral, não levam em consideração o modo com que se distribui a renda e o bem-estar na sociedade em diferentes alocações, importando apenas que elas sejam *ótimas* desde os pontos de vista paretiano[10] ou, mais freqüentemente, desde a ótica do critério de Kaldor-Hicks[11] – por vezes simplificados por cálculos e análises de custo-benefício.

Ogus admite, assim, que a regulação pode ser influenciada pelo objetivo de obter alocações *equânimes*, de acordo com valores de justiça ou com objetivos redistributivos. Esse autor explica ainda que, de modo geral, teorias redistributivistas da regulação entendem que alocações resultantes de dinâmicas "puras" de mercado não são necessariamente justas. Trata-se do reconhecimento de que o mercado – tal como o governo – apresenta falhas, em geral sintetizadas sob a crença de que o estímulo à concorrência, a regulação de externalidades e a correção de algumas desigualdades de renda geradas pelo livre mercado devem ser reparadas por uma política centralizada. De acordo com esse modo de ver, a "justiça" ou o conteúdo de eqüidade de uma alocação de renda não tem, em outras palavras, relação necessária com critérios de eficiência na regulação.

Em meio a outras possíveis, a forma de utilização da regulação como instrumento redistributivo mais inexplorada e controversa é aquela cujos critérios se baseiam

na transferência de renda e riqueza entre ricos e pobres. A primeira objeção que se faz é a seguinte: para, valendo-se da regulação, transferir renda de ricos para pobres, é necessário preliminarmente identificar quem constituiria o grupo cuja renda seria transferida e quem comporia o grupo beneficiário. Essa tarefa não é trivial, embora se possa dizer que em países em desenvolvimento com renda muito mal distribuída (como é o caso do Brasil) algumas dificuldades possam ser atenuadas.

De qualquer modo, é preciso definir métodos de distribuição que permitam que a renda seja transferida com o mínimo de perda (ou ineficiência) possível. A construção desses métodos, todavia, pode ser ela própria uma tarefa custosa cujo cumprimento pode demandar mais que os benefícios obtidos. Assim, a utilização da regulação com o objetivo primário de promover a redistribuição de renda ou a eqüidade é considerada um expediente heterodoxo e arriscado entre os autores dedicados ao estudo da regulação. De outro lado, a eficiência como contraponto excludente da eqüidade, nesse contexto, é constantemente vista como o vetor principal a justificar o porquê da regulação. Essa questão será revisitada adiante.

Christopher McCrudden (1999) procura criar categorias sintéticas de reflexão a respeito do papel da regulação. Esse autor sugere que, não sem reconhecer o risco de simplificação excessiva dessa divisão, os teóricos da regulação podem ser divididos em três espécies: a primeira delas é dos que aceitam o mercado como âmbito central à regulação, mas tentam dar-lhe (à regulação) um viés social. Trata-se dos *social marketeers*. Para essa categoria, a regulação é aceita como forma de intervenção estatal e tem como função tirar vantagem dos mecanismos de mercado quando isto for possível e atuar para atingir a rivalidade entre firmas e a concorrência quando isto for factível. Ao mesmo tempo, porém, a regulação deve promover a integração social e a eqüidade como valores não-econômicos. Em suas palavras, o autor descreve a corrente dos *social marketeers*:

> The idea of regulation envisaged is one where substantive values are combined with efficiency, with the regulator being required to reach a balance between competing social and economic goals. Central to this conception of regulation is the role of public policy and an appreciation of the need for sophistication and flexibility in the choice of appropriate instruments to enable the appropriate balance to be made (McCrudden, 1999: 276).

A segunda categoria de McCrudden para classificar aqueles que refletem a respeito da regulação é dos seguidores da idéia de livre mercado (os *free marketeers*). Essa categoria abarca aqueles que consideram que a regulação tem como objetivo estabelecer competição suficiente de modo a tornar desnecessária a própria regulação. Em outras palavras, a regulação existe para promover a concorrência. Quando esta for obtida em níveis satisfatórios, a regulação passa a ser desnecessária e deve

ser abandonada. Para os teóricos dessa categoria, trazer para o âmbito da regulação considerações de ordem social leva à distorção nas alocações de mercado e também a redistribuições inapropriadas. Nas palavras de McCrudden:

> Central to the regulation envisaged by free-marketeers is the role of economists in advising regulators about the appropriate strategies for achieving effective competition, or for achieving results which a competitive market would have achieved. The values which predominate are efficiency, a scepticism of government, and a healthy regard for the property rights of those affected by regulation (1999: 277).

O terceiro e último grupo proposto é o dos teóricos da "boa governança" (*good governance*). Para esse grupo, a questão do "por que regular?" é uma questão em aberto. Membros desse grupo podem ser, segundo McCrudden, tanto defensores do livre-mercado quanto pensadores para quem a regulação social tem relevância. O que caracteriza esse grupo é a crença na idéia de que, qualquer que seja o propósito da regulação, o regulador deve legitimar suas decisões e tal legitimação é em larga medida definida em termos procedimentais. Seja por meio de mecanismos de legitimação via *accountability*[12] por parte dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, seja por meio da busca de efetividade e transparência na prestação de serviços públicos ou ainda como meio de limitar a discricionariedade dos reguladores, cumpre enfatizar que o que importa para os teóricos "procedimentalistas" da regulação é a legitimação das decisões regulatórias[13].

3 O trade-off entre eficiência e eqüidade

A discussão a respeito da existência de uma tensão (ou *trade-off*[14] como geralmente se usa na língua inglesa) entre eficiência e eqüidade[15] iniciou-se com a publicação, no final dos anos 70, do livro *Equity and efficiency: the big trade-off*, de Arthur Okun. Nessa obra, o autor sustentou que o conflito entre eficiência econômica e eqüidade é inescapável e, mais do que isso, implica *trade-offs*, isto é, escolhas que pressupõem sacrifícios.

Para demonstrar que esforços do governo no sentido de promover eqüidade implicam necessários sacrifícios de eficiência na gestão de recursos em políticas públicas, Okun descreveu o efeito do "balde que vaza" (*leaking bucket*). A premissa básica dessa idéia é a seguinte: cada dólar transferido de um indivíduo rico para um indivíduo pobre por meio de uma política de realocação ou redistribuição de renda resulta em *menos de um dólar* como benefício para o indivíduo pobre.

Okun identificou quatro razões que explicam essas ineficiências, como uma metáfora de um balde que perde líquido ao ser transportado: custos administrativos

da redistribuição, mudanças no esforço para o trabalho induzidas pela redistribuição, mudanças no comportamento das disposições de poupar e investir e modificações em atitudes – como a motivação para atrair capital humano – decorrentes da redistribuição pretendida. O resultado, de acordo com Okun, é o seguinte: dos esforços dos governos para atingir eqüidade necessariamente decorrem diminuição dos níveis de renda total e uso menos eficiente de recursos. Ou seja, seria possível concluir que a eqüidade pode estar positivamente associada à ineficiência.

Embora criticado por não discutir um ponto central (e intuitivo) deste problema, isto é, o de como diminuir os "vazamentos" ou a perda de eficiência decorrente de políticas redistributivas[16], o livro de Okun teve enorme repercussão. Usado como livro-texto em diversas escolas de economia e administração nos EUA e no resto do mundo, *Equity and efficiency: the big trade-off* passou a ser visto como referência para justificar a idéia de que eqüidade e eficiência são *vetores excludentes* quando se trata de políticas públicas redistributivas e também da promulgação de normas jurídicas de conteúdo distributivo.

Toda uma geração de economistas foi, em suma, criada para deduzir que, quando se trata de alocar recursos escassos a finalidades que competem entre si, o *trade-off* entre eficiência e eqüidade serve para balizar o comportamento do agente que se supõe racional, ainda que eqüidade e eficiência sejam raramente definidas com precisão (Osberg, 1995: 3). Outro argumento bastante comum entre aqueles contrários a políticas redistributivas relaciona-se ao risco de que a redistribuição favoreça aqueles que não necessitam de transferência de recursos – mas que não vão rejeitá-la se forem incluídos em um programa redistributivo, ou seja, um *erro de inclusão* – ou que não favoreça aqueles que dela de fato necessitam (*erro de exclusão*).

Recentemente, contudo, parece ganhar força cada vez mais na literatura econômica, particularmente no campo do estudo do crescimento sustentado, o argumento de que, na realidade, não há necessário *trade-off* ou excludência recíproca entre eficiência e eqüidade. Há, nesse sentido, muitos e cada vez mais estudos teóricos e empíricos que procuram demonstrar que, em última análise e dadas certas condições, países mais equânimes crescem melhor e mais rápido.

Especialmente a partir dos anos 1990, começou-se a propugnar a existência de uma relação positiva – e não negativa – entre eqüidade e eficiência. Essa corrente tende a ver criticamente a idéia de *trade-off* como uma espécie de construção abstrata, retórica e, especialmente, de conteúdo perigosamente generalizante de políticas públicas de redistribuição e crescimento. Parece haver assim uma retomada da distribuição como um tema clássico da economia – e não como um mero *resultado* da dinâmica própria do capital. "A redistribuição saiu da geladeira", diz-se agora.

Ainda que as relações de causalidade entre a diminuição das desigualdades e o crescimento (bem como a causalidade em sentido oposto) não estejam comprovadamente demonstradas, há estudos econômicos consistente em curso, com constante

aprimoramento metodológico. Algumas conclusões desses estudos, ainda que não absolutamente consistentes entre si, apontam com cada vez mais clareza para a superação da idéia de que o crescimento leva à desigualdade. Além disso, há indícios cada vez mais fortes de que a desigualdade atrapalha o crescimento. A seguir, uma rápida compilação das conclusões de alguns estudos relevantes:

a) Bruno, Ravallion e Squire (1996) rejeitam a idéia de que a distribuição tende a piorar com o crescimento econômico em países pobres, antes de eventualmente melhorar. Desde que a distribuição não piore, sustentam, o crescimento reduz a pobreza absoluta.

b) Alesina e Rodrik (1994: 29), baseados em um modelo econométrico que procura relacionar o conflito político e crescimento econômico, obtiveram uma série de resultados envolvendo a relação de influência política de dois grupos (trabalhadores e capitalistas), os níveis de tributação, investimento público, redistribuição de renda e crescimento econômico. Concluíram, por exemplo, que políticas que maximizam exclusivamente o crescimento são ótimas somente quando os governos preocupam-se mais com o grupo dos capitalistas.

c) Perotti (1996) busca demonstrar que o efeito do sistema tributário em vários países marcados por grandes desigualdades tende a ser regressivo. Este ponto será retomado mais adiante.

d) Lusting, Arias e Rigolini (2002), em busca da demonstração da relação de causalidade recíproca entre redução da pobreza e o crescimento econômico, concluem que quanto mais pronunciada for a desigualdade em um país, menor o impacto do crescimento econômico na redução da pobreza. Além disso, sustentam que a velocidade na qual o crescimento diminui a pobreza depende não somente da distribuição inicial da renda, como também da forma como a distribuição se procede. Assim, em sociedades com maior desigualdade, a mesma taxa de crescimento pode ser menos influente no combate à pobreza[17].

e) Por fim, Bigsten e Levin (2001) defendem as conclusões de que o crescimento econômico rápido não aumenta a desigualdade (tal como Bruno, Ravallion e Squire). Além disso, dizem que, embora o nível inicial de desigualdade de renda não seja um fator de explicação robusto do crescimento, há estudos recentes que evidenciam um impacto negativo da desigualdade de ativos no crescimento. As causas para isso seriam, por exemplo, crédito restrito, possibilidades reduzidas de participação no processo político e conflitos sociais.

4 De volta à regulação

Christopher Foster crê que a distinção entre regulação econômica e social é útil e se materializa da seguinte forma: em linhas gerais, a regulação econômica preocupa-se com os monopólios e com a concorrência, tendo como horizonte a eficiência. A

regulação social, por seu turno, possui como escopo a busca de justiça e a eqüidade entre diferentes grupos de interesse, a redistribuição de renda ou outros fins determinados pela política (Foster, 1992: 186).

Foster acredita, contudo, que a regulação social deve ficar reduzida a um mínimo, pois tende a produzir ineficiências. Pode-se aqui encontrar um desdobramento do argumento de Okun (visto acima), segundo o qual há uma inevitável relação de *trade-off* entre eficiência e eqüidade. Em particular, Foster refere-se aos efeitos indesejáveis para a concorrência que determinados arranjos regulatórios voltados para objetivos sociais produzem. O exemplo é o dos subsídios cruzados, muito utilizados no passado por empresas estatais prestadoras de serviços públicos como forma de, por meio da utilização de receitas de uma atividade lucrativa, subsidiar serviços considerados desejáveis e essenciais desde o ponto de vista social.

Do ponto de vista econômico, subsídios cruzados geram distorções de preço tanto na atividade cuja produção de receita serve como subsídio quanto na atividade subsidiada. A primeira tende a ter preços mais altos de que num mercado concorrencial e a segunda tende a ter preços artificialmente baixos, o que acarreta, entre outras coisas, a falta de transparências nos custos e rentabilidade da empresa.

Dessa circunstância de distorção de preços prejudica-se a concorrência e conseqüentemente a eficiência (considerada, assim, um produto da concorrência). Subsídios cruzados, argumenta Foster, levam ao efeito conhecido como *cream skimming* (ou *cherry picking*): a tendência de novos agentes econômicos passarem a competir precisamente nos mercados em que há produção de rendas excessivas (para o subsídio cruzado) e negligenciarem os outros mercados. Tais entradas seriam, assim, contraproducentes, ainda que o subsídio cruzado seja considerado algo desejável do ponto de vista dos formuladores de políticas.

Em suma, importa aqui sublinhar que Christopher Foster defende a tese segundo a qual em um ambiente regulatório instituído posteriormente a uma privatização de empresa estatal, na qual a prática de subsídios cruzados era comum e foi transmitida ao regulador como "herança", deve este agir ativamente para reduzir a regulação social estimulando a competição.

A competição, *grosso modo*, traduz eficiência e, para Foster, esse é o principal fim da regulação. Nesse sentido, esse autor parece subscrever uma idéia de Stephen Littlechild – economista famoso pela invenção do *price cap* como método de tarifação de monopólios naturais regulados – segundo a qual o papel da regulação é "guardar o forte enquanto a concorrência não chega".

Em contraposição à visão de Foster, podem-se apresentar as idéias de Tony Prosser. Prosser discorda frontalmente de Foster e suas objeções são brevemente apresentadas a seguir. Em primeiro lugar, tal como Anthony Ogus, Prosser argumenta que a regulação pode seguir diferentes objetivos, tanto econômicos como sociais. Mais do que isso, porém, Prosser crê que ambos os objetivos não podem ser

dissociados. Embora esteja ciente das distorções de preço causadas, por exemplo, por subsídios cruzados, Prosser argumenta que a regulação social tem grande relevância e que considerações de ordem distributiva desempenham papéis cada vez mais importantes em regimes regulatórios.

Em segundo lugar, Prosser discorda da idéia de que a regulação deve ceder lugar, como num processo natural, à concorrência. A regulação é uma forma complexa de ação do Estado que veio para ficar e ser aperfeiçoada, crê. Ademais, a regulação de monopólios naturais em geral diz respeito a serviços que não se confundem com "mercadorias comuns" e que se relacionam com a idéia de serviço público (Prosser, 1999: 198).

Esse último fator merece destaque. Prosser chama atenção para um ponto por vezes negligenciado por estudiosos de regulação: o sistema e o arcabouço jurídicos de cada país são fatores determinantes dos contornos mais ou menos sociais (ou redistributivos) da ação estatal. Dito de outro modo, embora a regulação tenha disseminado práticas experimentadas e aprovadas (as famosas *best practices*), não há uma *teoria geral* ou uma *teoria pura* da regulação. Há, isto sim, princípios jurídicos e de economia política subjacentes a cada cenário regulatório, sendo a noção de "serviço público" *vis-à-vis* a concepção anglo-saxã de *public utility* um exemplo disso.

Tony Prosser defende ainda que a relação de *trade-off* entre regulação econômica e regulação social pressupõe – erroneamente – a atividade regulatória como um fator *exógeno* de constrangimento dos mercados. Tal visão seria criticável porque, embora a regulação seja necessária para maximizar a eficiência em circunstâncias em que a existência de elementos de monopólio ocorre, não se pode ignorar que um dos grandes papéis reservados aos reguladores é *criar* mercados, além de somente supervisioná-los[18].

Negar a existência de uma vertente social da regulação, nesse contexto, é ignorar seu papel de "engenharia social" ou de política pública, sustenta Prosser. Desse modo, ver na regulação uma atividade exclusivamente voltada para a promoção da eficiência é uma espécie de purismo ingênuo, pois não se pode insular totalmente o critério econômico de considerações sociais[19].

Há para Prosser, enfim, um grande número de razões não-econômicas para a regulação. Algumas envolvem lógicas de políticas – legítimas – de governo, outras existem para beneficiar determinados grupos de indivíduos considerados merecedores de auxílio e suporte pela ação regulatória em razão de sua renda, por exemplo.

5 Visão "Heterodoxa": regulação para distribuir renda

"É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado", acredita Calixto Salomão Filho (2002: 41), para quem a redistribuição, a difusão do conhecimento econômico e a cooperação são princípios intimamente ligados ao desenvolvimento e à democracia econômica. Para Salomão, embora a função

redistributiva desempenhada pelo sistema tributário seja altamente relevante, é importante que sejam concebidos, hoje, mecanismos redistributivos setoriais – sendo a universalização um deles[20].

A idéia de utilizar mecanismos indiretos – como subsídios explícitos ou subsídios cruzados – em vez da (ou como complemento à) tributação é um dos debates mais antigos em políticas tributárias (Cremer et al.: 2001). Em 1976, o papel da tributação indireta como instrumento de uma política tributária ótima foi severamente atacado com a publicação do *paper* de Atkinson e Stiglitz denominado *The design of tax structure*: direct versus indirect taxation. Esse trabalho apresenta um teorema segundo o qual a melhor forma de redistribuir renda é a *direta*, isto é, por meio de sua tributação (o imposto de renda, em outras palavras). Como explicam Laffont e Tirole (2000: 221):

> The thrust of the Atkinson-Stiglitz result that... the income tax is all that is needed for redistributive purposes. The underlying rationale is the following: while the government may want to redistribute from the rich to the poor, it should not substitute for the consumers and decide what they want to consume. If consumers, rich and poor, have the same relative preferences for goods, there is absolutely no rationale for distorting the system of relative prices.

O teorema Atkinson-Stiglitz pode, porém, ser questionado sob o ponto de vista do funcionamento real dos sistemas tributários, particularmente daqueles de países em desenvolvimento. Como se verá a seguir, algumas de suas premissas podem ser *relaxadas* em vista do conteúdo regressivo e/ou ineficiente de sistemas tributários como o brasileiro. O resultado disso é o enfraquecimento da tese segundo a qual a tributação da renda é o meio mais eficaz de redistribuir riqueza e, também, a abertura de uma brecha para que se discutam as possibilidades de uma regulação redistributiva. As premissas do teorema Atkinson-Stiglitz são as seguintes:

1. Consumidores podem ser distinguidos com relação às suas capacidades de obter renda e essas capacidades não são observadas pelas autoridades tributárias;

2. Sua renda é perfeitamente verificável por autoridades tributárias;

3. Não há restrições ou empecilhos a escalas de progressividade na incidência do imposto sobre a renda;

4. As preferências dos consumidores são separáveis em "número de horas trabalhadas" de um lado e, de outro, na cesta de bens de consumo ou serviços. Dito de outro modo, a preferência relativa por dois bens é independente da quantidade de horas trabalhadas por cada contribuinte; e

5. Não há externalidades de consumo.

Em seu estudo sobre a universalização das telecomunicações, Laffont e Tirole buscam avaliar criticamente as premissas acima enumeradas. Argumentam, inicialmente,

que, do ponto de vista estritamente lógico, é possível deduzir que, *se* uma ou mais premissas (acima) não se aplicarem em razão do contexto, isto é, das características particulares do sistema tributário em questão, *então* poderá haver espaço para políticas redistributivas por intermédio de mecanismos outros que não a tributação direta. Exemplos disso seriam os casos de sonegação de impostos, trabalho informal e as dificuldades em instituir mecanismos de progressividade no bojo do sistema tributário de países em desenvolvimento, o que sugere desde logo o relaxamento da premissa número 2, acima:

> Lets us relax assumption 2 and assume either that there is tax evasion or else that the possibility of tax evasion constrains the progressivity of income tax schedules and therefore income redistribution. If we simultaneously relax assumption 4 according to which consumers have identical preferences over consumption goods, then one sees that it may be worth taxing goods that are primarily consumed by the rich and subsidising the goods for which the poor have a relative preference" (Laffont e Tirole, 2000: 225)[21].

O exercício de questionamento das premissas do teorema Atkinson-Stiglitz realizado por Laffont e Tirole é útil, assim, para que se compreenda que países em desenvolvimento podem necessitar de mecanismos redistributivos do tipo *second best* (isto é, aqueles que não os ideais)[22].

6 Brasil: regressividade no sistema tributário

O sistema fiscal brasileiro tem sido incapaz de reduzir a desigualdade de renda de forma significativa. Ao contrário, esse sistema fiscal tem claras características regressivas. Especialistas em tributação acreditam, de modo geral, que o imposto sobre a renda (IR) é um instrumento capaz de promover a redistribuição da renda, desde que utilizada uma técnica tributária adequada capaz de imprimir progressividade[23]. A progressividade, assim, informada pelo princípio da capacidade contributiva, tem no IR (seja o da pessoa física, seja o da pessoa jurídica) seu principal campo para sua aplicabilidade. No Brasil, entretanto, esforços no sentido de aumentar a importância do imposto de renda (da pessoa física em especial) parecem ser prementes e demandariam, entre outras coisas, o aumento da base de contribuintes e a redução da evasão.

Além disso, o grande peso dos impostos indiretos na arrecadação onera mais pesadamente, no Brasil, os setores de baixa renda. Tais impostos indiretos – que incidem de forma igual para as diferentes camadas sociais – produzem efeitos perversos sobre a distribuição de renda. Estima-se que os mais pobres gastem 26,48% de sua renda com o pagamento de impostos indiretos, enquanto os mais ricos gastem apenas 7,34%.

Somando-se os percentuais gastos em impostos diretos e indiretos, vê-se, muito sinteticamente, o quão acentuada é a regressividade do sistema tributário brasileiro.

De acordo com o Ipea, quem ganha até dois salários mínimos gasta 29,19% da sua renda com impostos, enquanto quem ganha mais de 30 salários mínimos gasta apenas 17,98%. Além disso, a regressividade do sistema fiscal brasileiro é agravada pela forte incidência de impostos sobre os produtos da cesta básica. A população de mais baixa renda gasta a quase totalidade do que ganha na compra de produtos que compõem a cesta básica. O peso relativo desta tributação para os mais ricos que consomem outros produtos e poupam parte de suas rendas é proporcionalmente menor do que para os pobres. Desse modo, conclui-se que o desenho fiscal brasileiro – a arrecadação e também as transferências – se caracteriza pela incapacidade em transferir renda aos grupos mais pobres, em contraste, por exemplo, com o observado nos países europeus.

7 Universalização das telecomunicações e países em desenvolvimento

Uma observação importante para o desenrolar da argumentação neste trabalho é a seguinte: dentre os teóricos acima referidos, tanto Ogus quanto McCrudden, como também Foster e Prosser (e ainda outros teóricos importantes)[24], discutem os limites e a pertinência da idéia de regulação social sob as perspectivas de observação dos panoramas europeu, britânico ou norte-americano. Em outras palavras, sugere-se que a discussão a respeito do papel redistributivo da regulação se tenha dado, até hoje, fundamentalmente em países desenvolvidos, para os quais (tem-se aqui como premissa) a redistribuição por meio da regulação assume papel secundário ou residual por conta de seu avançado estágio de desenvolvimento socioeconômico e distribuição de renda.

Com isso querem-se construir as bases do argumento segundo o qual países em desenvolvimento podem e devem ver na regulação uma forma de cumprir, dentro de certos limites a respeito dos quais deve haver discussão ampla, uma certa "tarefa inacabada" do Estado desenvolvimentista, submetido em grande escala a processos de privatização orientados por lógicas de curto prazo (dentre as quais se destaca a maximização do valor da venda das estatais nos leilões) e pressionados por fatores macroeconômicos conjunturais (como crises fiscais e programas de ajuste estrutural negociados junto a organismos multilaterais). Sustenta-se aqui, assim, que a regulação pode e deve atentar para os contornos específicos do subdesenvolvimento como resultado de um desequilíbrio na assimilação de inovações técnicas produzidas pelo capitalismo industrial.

O estágio de desenvolvimento socioeconômico de um país é, nesse quadro, um fator determinante na distribuição de pesos na relação regulação econômica–regulação social. Se isto for verdadeiro, pode-se afirmar que a regulação tem, até certo ponto, um conteúdo aberto cujo preenchimento *depende do contexto*. A regulação seria, então, um termo genérico que designa uma forma não inteiramente predeterminada de atuação do Estado. Embora algumas características comuns ao que se

convencionou chamar "regimes regulatórios" – como a existência de agências independentes – sejam freqüentes, sustenta-se que a regulação pode assumir traços distintos, pois as características próprias dos setores regulados, traços institucionais de cada sociedade, o estágio de desenvolvimento socioeconômico de cada país e seu sistema jurídico vigente é que moldam a regulação, não o contrário.

Em suma, países em desenvolvimento têm características e problemas únicos que parecem sugerir a importância de estratégias regulatórias que podem ser distintas daquelas adotadas pela regulação convencional do mundo desenvolvido. David Parker e Colin Kirkpatrick apontam, nesse sentido, para o fato de que não há na literatura sobre regulação econômica uma vertente especialmente dedicada ao estudo das particularidades de países em desenvolvimento. "A razão óbvia para o uso da literatura de regulação econômica do mundo desenvolvido é a falta de um aparato conceitual alternativo", explicam (2002: 9)[25].

Celso Furtado explica que o subdesenvolvimento está relacionado a uma assimetria entre a absorção de inovações nos padrões de consumo e o atraso na absorção de técnicas produtivas mais eficazes. Furtado expõe que esses dois métodos de penetração de modernas técnicas se apóiam no mesmo vetor, que é a acumulação. Em suas palavras:

> Nas economias desenvolvidas existe um paralelismo entre acumulação nas forças produtivas e os objetivos de consumo. O crescimento de uma requer o avanço de outra. É a desarticulação entre esses dois processos que configura o subdesenvolvimento (Furtado, 1992: 41-42).

O subdesenvolvimento pode ser medido de diferentes maneiras. Dentre elas, a falta de uma infra-estrutura que dê suporte para as atividades econômicas cujo fluxo depende de meios físicos e instalações como redes de energia elétrica, telecomunicações, gás natural, ferrovias, rodovias, hidrovias, portos, aeroportos, transporte urbano e saneamento básico. Não é à toa que provisão de infra-estrutura seja um dos assuntos mais debatidos nas teorias do crescimento econômico (Bowles e Maddock, 1998: 25).

Há ainda um outro ponto de vista relevante: o estudo econômico das *externalidades sociais* positivas que os investimentos expansão da infra-estrutura geram. Externalidades são tradicionalmente classificadas como um tipo de falha de mercado. Uma externalidade ocorre quando efeitos sociais (positivos ou negativos) não são refletidos nos preços de determinado produto. Das externalidades positivas, beneficia-se a sociedade de maneira desproporcional ao preço ou custo de fabricação do bem ou produto. Um exemplo disso é a educação: os custos da educação não refletem integralmente a potencialidade de benefícios que a sociedade pode ter por conta da difusão do conhecimento às gerações presentes e futuras. Outros exemplos de externalidades sociais positivas podem ser considerados os benefícios socioeconômicos gerados por investimentos em energia elétrica, telecomunicações

e transportes em uma determinada região e a melhoria da saúde da população que resulta de investimentos em saneamento básico.

As telecomunicações apresentam uma externalidade positiva típica das indústrias de rede, conhecida na literatura como "efeito de rede". Um telefone conectado a um único outro telefone (e somente a ele) é inútil. O telefone somente passa a ter utilidade com o aumento do número de possibilidades de destinatários de ligações. Quanto mais assinantes, maior o universo possível de pessoas com quem um desses assinantes pode se comunicar, o que aumenta, do ponto de vista agregado, o valor da rede. O traço de externalidade, nesse contexto, se encontra no fato de que, se por um lado uma rede de telecomunicações é mais valiosa quanto maior o número de assinantes, por outro lado, tal dimensionamento (agregado) não é percebido pelo assinante individual, que leva em conta somente seu benefício privado e individual ao juntar-se à rede. O valor referente ao ganho coletivo, decorrente do aumento da rede e da potencialidade de comunicação resultante, não é, assim, parte do preço individual de assinatura.

Sob as perspectivas regulatória e de planejamento setorial, a existência de externalidades positivas nas telecomunicações é um ponto a favor da universalização. Sustenta-se que, se o mercado não contar com políticas de universalização (ficando sujeito à sua própria lógica de expansão de redes com base apenas em estímulos à concorrência, por exemplo), a participação dos assinantes tende a ser subótima do ponto de vista do bem-estar social, isto é, muito baixa. É preciso, então, estimular a expansão de redes para o nível que maximiza o bem-estar.

Para as telecomunicações, além disso, existem diversos modelos de causalidade que demonstram haver relações recíprocas entre gastos em expansão de infra-estrutura e o crescimento do PIB. Ainda sob o aspecto econômico, as telecomunicações removem algumas barreiras à comunicação organizacional em todos os setores da economia, o que acarreta condições favoráveis para o aumento da produtividade e eficiência. Do ponto de vista social, as telecomunicações exercem um importante papel de integração (Cherry, 1997, 113), pois aproximam pessoas, permitindo interação instantânea entre pessoas distantes umas das outras.

A universalização pode ser vista também como instrumento de transferência de renda ou como política compensatória. Essa tarefa complementa (mas evidentemente não substitui) as funções de tributação progressiva e prática de subsídios diretos como políticas de transferência de renda, de conotação social, portanto. Nas telecomunicações, a universalização desempenharia, ainda, o papel de um instrumento de ajuste – por faixas de renda – dos ganhos de produtividade decorrentes dos investimentos e exploração eficiente da infra-estrutura física de telecomunicações[26].

É de notar que há uma clara relação entre universalização e desenvolvimento socioeconômico. O raciocínio, por oposição, é o de que países em desenvolvimento se ressentem da falta de redes de telecomunicações e que a provisão insuficiente

desse insumo fundamental torna suas economias mais ineficientes e desiguais em termos de acesso às comunicações e à informação.

Estimou-se que somente um pouco mais de um terço dos domicílios do planeta tinham, em 1996, uma linha de telefone instalada – do em total de 1,46 bilhão, algo próximo de 920 milhões de domicílios não tinham telefone. Desses 920 milhões, aproximadamente 700 milhões não dispunham de linha telefônica em razão da *falta de renda* para pagar as contas e arcar com os custos de assinatura e pagamento de taxas de conexão. O restante dos domicílios sem telefone se divide entre aqueles habitados por pessoas que teriam, em tese, renda para arcar com os custos de instalação, manutenção e pagamento de contas, mas que por razões diversas – dentre as quais a existência de uma infra-estrutura débil – não têm linhas instaladas (um total de cerca de 200 milhões). Outros cerca de 20 milhões de domicílios aguardavam, naquele ano, a instalação de uma linha (ITU, 1998: 7).

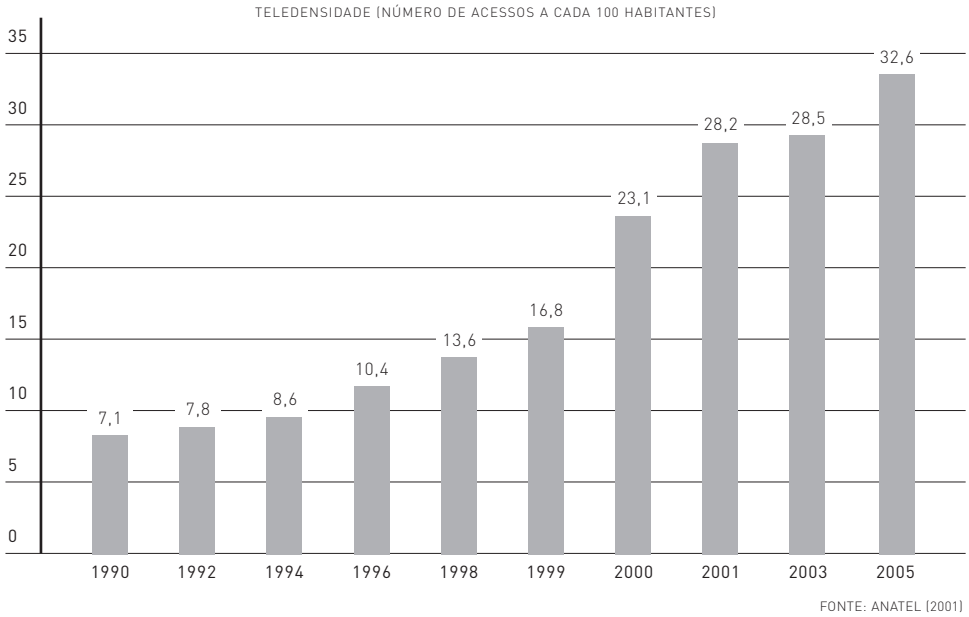
De acordo com especialistas do Banco Mundial[27], infra-estruturas de informação em economias em desenvolvimento representam, em média, um sétimo do tamanho das infra-estruturas de informação dos países desenvolvidos. Com cerca de 81% da população mundial (dados de 1999), países não pertencentes à OCDE detinham apenas 43% de todas as linhas de telefone (fixas e móveis) e somente 20% das contas de Internet. A tabela abaixo ilustra as maiores diferenças entre infra-estruturas relacionadas a comunicações em países pertencentes e não pertencentes à OCDE:

	LINHAS TELEFÔNICAS FIXAS POR CADA 100 HABITANTES	LINHAS CELULARES POR CADA 100 HABITANTES
ÁSIA E PACÍFICO	7.1	3.1
EUROPA CENTRAL, ORIENTAL E ÁSIA CENTRAL	23	4.5
AMÉRICA LATINA E CARIBE	14	3.1
ORIENTE MÉDIO E NORTE DA ÁFRICA	11	4.5
ÁFRICA SUB-SAHARA	3.5	4.5
ÁFRICA SUB-SAHARA, SEM A ÁFRICA DO SUL	0.8	3.1
SUBTOTAL PAÍSES NÃO-MEMBROS DA OCDE	9.3	3.6
PAÍSES-MEMBROS DA OECD	56	33

FONTE: BANCO MUNDIAL (ANO: 2000)

O Brasil, com seus 8,5 milhões de quilômetros quadrados e mais de 170 milhões de habitantes, tem cerca de 40% de todas as linhas de telecomunicações da América Latina. Entretanto, suas notórias desigualdades também estão refletidas no campo das telecomunicações. O Estado de São Paulo tinha em 1999 teledensidade (número de telefones a cada 100 habitantes) igual a 23,1, ao passo que áreas rurais do Nordeste possuíam teledensidade igual a 9,1. Segundo a ITU (International Telecommunications Union), desigualdades dessa natureza permeiam quase todas as estatísticas brasileiras de telecomunicações (ITU, 2001). Dados atualizados, que já

incorporam os investimentos obtidos após a privatização, indicam que a teledensidade no país se encontra no seguinte estado, de acordo com a tabela abaixo:



FONTE: ANATEL (2001)

Como se pode observar acima, houve uma significativa melhoria nos números de acesso às telecomunicações (telefonia fixa) no Brasil. Se a estimativa para 2005 se confirmar, a teledensidade terá praticamente quadruplicado no período de uma década. Os números da telefonia celular também mostram um grande avanço: há perto de 30 milhões de aparelhos em funcionamento. De modo geral, portanto, os números pós-privatização indicam bons resultados[28].

A universalização no Brasil, entretanto, é uma tarefa que ainda não foi totalmente cumprida. Alguns problemas precisam resolvidos e maior relevância e atenção precisam ser dadas a dois aspectos discutidos neste trabalho: a questão redistributiva e o contexto do subdesenvolvimento. Esses problemas serão brevemente descritos na próxima parte, a seguir.

8 Desafios para a universalização: renda e tarifas

Uma espécie de efeito não pretendido materializou-se nas telecomunicações brasileiras: se, por um lado, houve grande inclusão de cidadãos às redes de telefonia, ocorreu, por outro lado, um aumento significativo das tarifas, o que fez com que, para muitos, o acesso ao telefone seja proibitivo. Não se sugere aqui que o sistema anterior de propriedade pública da Telebrás fosse melhor ou mais acessível aos pobres.

Antes das privatizações, ao contrário, as linhas de telefone eram caríssimas e inflacionadas por gargalos de demanda. O que se quer dizer é que a comparação "*antes e depois* das privatizações" não é uma boa forma de refletir a respeito do aperfeiçoamento da regulação da universalização das telecomunicações nos dias atuais. Essa comparação é viciada por maniqueísmos e paralisa a reflexão *presente* a respeito de como lidar, por exemplo, com a questão da falta de renda para pagar contas de telefone.

O aumento das tarifas no Brasil se explica em razão de dois fatos. O primeiro é o seguinte: como parte do processo de liberalização, ocorreu em diversos países, como mencionado antes, um aumento sensível de tarifas no caso da telefonia fixa, tradicionalmente subsidiada pelas taxas cobradas na telefonia de longa distância sob a forma de subsídios cruzados. Dado que, como visto acima, tais subsídios representavam um entrave à concorrência, os governos precisaram *rebalancear* tarifas (eliminando os subsídios cruzados) para que não houvesse distorção na formação preços. Essas distorções de preço seriam, como apontado, fatais para a introdução de concorrência no setor de telecomunicações, já que beneficiariam um concorrente em detrimento de outros. Assim, é comum que os preços de ligações locais subam (e caiam os de ligações de longa distância) no período que antecede as privatizações.

Quanto aos consumidores de baixa renda em particular, economistas do Banco Mundial[29] explicam os impactos da liberalização da seguinte forma: se a cobertura física de telecomunicações de um território é baixa porque a empresa estatal monopolista não tinha recursos suficientes para expandir o sistema (caso freqüente dos países em desenvolvimento, pressionados pelas crises fiscais e incapacidade de investimento das estatais), então as reformas devem, em princípio, beneficiar os consumidores – mesmo que impliquem preços mais altos. Isto ocorreria em razão do atendimento a uma demanda reprimida por telefonia.

Veja-se, porém, que esta conclusão pressupõe que os consumidores tenham renda para gastar com a instalação de telefones e o pagamento das contas e encargos associados à prestação do serviço de telecomunicações e outros de valor agregado. Contudo, se o problema de acesso às telecomunicações estiver relacionado à capacidade aquisitiva dos consumidores (e não à oferta de acesso decorrente de gargalos de fornecimento), esses autores explicam que as reformas somente beneficiarão os mais pobres, se elas resultarem em preços menores.

Isto significa que mesmo que, do ponto de vista agregado, tenha havido expansão das redes (e respectivo impacto no PIB) e inclusão de cidadãos que antes não tinham acesso às telecomunicações, o aumento das tarifas locais pode prejudicar os pobres, se considerados individualmente. Em outras palavras, se por um lado o serviço de telecomunicações pode ficar mais acessível aos cidadãos de baixa renda, pode também ficar mais caro.

Assim, vista sob a perspectiva da demanda (capacidade de pagamento do consumidor), a liberalização pode requerer que algumas regiões e/ou faixas de renda

recebam subsídios como condição de que a sociedade as veja conectadas. Pode-se argumentar que, no Brasil, o problema da renda não é da regulação. A diminuição do poder aquisitivo e a elevação da inadimplência poderiam ser credenciadas (por algum crítico) a um quadro macroeconômico mais amplo e desfavorável, e não a uma falha da regulação das telecomunicações. Isso pode ser verdadeiro, mas a regulação não deve cruzar os braços diante dessa realidade. Embora limitados – e longe de serem sucedâneos de políticas sociais e da redistribuição via sistema tributário –, instrumentos de regulação redistributiva devem ser buscados e aperfeiçoados.

A outra razão para os aumentos das tarifas é o fato de ter sido escolhido o indexador IGP-DI[30] como referência para reajustá-las. Com as desvalorizações cambiais iniciadas em virtude da crise de janeiro de 1999, as tarifas da telefonia vêm repercutindo a alta do dólar por conta desse índice. A escolha desse indexador remete à época da privatização da Telebrás e de certa forma traduz uma resposta a imperativos econômicos de estabilização, como a sustentação do Plano Real. Naquele momento, o IGP-DI era um índice conveniente para os potenciais investidores "alavancados" em dólar. Como o objetivo era a maximização do valor da venda da estatal em leilão, foi esse o indexador escolhido.

Desde a privatização, em 1998, o aumento médio acumulado da "cesta de tarifas" (habilitação, pulso ou minuto e assinatura) foi significativo: 39,59%. No mesmo período, as operadoras aumentaram a assinatura residencial em 88,35%. Essa questão da tarifa fortemente influenciada pelo dólar evidentemente dificulta a utilização do telefone por consumidores de baixa renda, que tendem a migrar para a utilização de telefones celulares pré-pagos.

Enfim, os mercados são soluções poderosas para gerar eficiência produtiva e alocativa. Entretanto, não funcionam perfeitamente para prover distribuição justa dos ganhos de produtividade e eficiência, de modo que alguma intervenção contínua pode ser apropriada e isso pode ser, em parte e com limitações claras, feito por meio das políticas de universalização. Um exemplo disso é a proposta de um "pacote de telefone popular", com preços subsidiados ou ainda a adoção de planos de acesso a telefones fixos pré-pagos. Acessos coletivos – em vez da perseguição da meta de um telefone por domicílio – podem ser outra alternativa para favorecer consumidores de baixa renda.

9 Conclusão

Este artigo procurou apresentar argumentos no sentido de que (i) a regulação social é legítima e de que (ii) a noção de regulação pode admitir um viés redistributivo, especialmente se um pano de fundo típico a países em desenvolvimento for estendido. No caso específico das telecomunicações brasileiras, não faltam evidências empíricas nem normas jurídicas[31] que sustentem a vertente social da regulação.

Sustentou-se, ainda, que o contexto do subdesenvolvimento pode influenciar os contornos que se dão à regulação em vista de desafios e problemas particulares. Se esses argumentos forem admitidos como válidos, podem então o regulador e os formuladores de políticas setoriais brasileiros procurar meios de valer-se de uma regulação mais atenta aos efeitos redistributivos em meio à aplicação de regras ligadas à busca de eficiência e competição.

A ponderação entre objetivos de eficiência e objetivos de eqüidade em países em desenvolvimento é, porém, uma missão extremamente difícil e um desafio a ser experimentado na prática. Por outro lado, se somente a eficiência for privilegiada às expensas da eqüidade, o fosso que separa os que foram incluídos às redes de serviço público daqueles que não o foram não será reduzido porque algumas pessoas, na melhor das hipóteses, ficarão em melhor situação e outras ficarão estáveis em seu grau de privação. Isto implica admitir que a regulação permanecerá *indiferente* às condições iniciais de notável desigualdade típicas de países em desenvolvimento, postura aqui rechaçada.

Parece, enfim, necessário concluir que a reflexão a respeito da regulação não se deve fechar a traços institucionais, estruturais, jurídicos e culturais particulares a cada contexto e setor regulado e que mecanismos inovadores – como estímulos econômicos ou a associação de uma atividade lucrativa a outra deficitária – podem e devem ser objeto de mais atenção de quem se dispuser a refletir sobre este tema.

NOTAS

1 Professor da Faculdade de Direito da USP. O autor agradece os comentários e críticas recebidas por ocasião do debate deste trabalho no Worshop de Pesquisadores da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EDESP), onde foi pesquisador na área de direito econômico. Agradece também a oportunidade de discutir o texto na reunião plenária do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP. E-mail de contato: diogocoutinho@usp.br.

2 A universalização é, em termos muitos simples, uma política pública cuja função é a de provocar a expansão de redes e funcionalidades de telecomunicações, entre outras infra-estruturas, em geral (mas não necessariamente) associadas à prestação de serviços públicos para todos os membros da sociedade, sem distinção de renda ou localização geográfica.

3 Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento.

4 Para uma interessante discussão a respeito das razões que levaram os países da OCDE à privatização, ver Hood (1994).

5 Países em desenvolvimento (ou "países menos desenvolvidos") são países em que o domínio de técnicas e tecnologias, bem como os níveis de renda, são inferiores aos países de industrialização avançada. A maior parte dos países em desenvolvimento tem altos níveis de dependência do setor primário e do comércio exterior, assim como rendas médias reduzidas. "Trata-se de uma expressão eufemística para os países pobres do mundo – algumas vezes conhecidos

otimisticamente como economias emergentes. Cerca de quatro quintos dos 6 bilhões de habitantes do planeta vivem em países em desenvolvimento, muitos deles em estado de pobreza abjeta" (The Economist, 2000: 67).

6 Em geral, os serviços públicos objeto de privatização são a distribuição de energia elétrica, o serviço de telefonia fixa comutada, o saneamento básico, a distribuição de gás natural e serviços de transporte em geral.

7 Quando ocorreu, em 1984, a privatização da British Telecommunications (atual BT, antiga estatal de telecomunicações inglesa), quase todo o território desse país (mais de 80%, segundo a Oftel, agência reguladora das telecomunicações) estava coberto por redes de telefonia fixa. Desse fato decorre, o que é sintomático, que os esforços de universalização para os quais se empenhou a regulação subseqüente foram no sentido de servir áreas muito remotas e, para as regiões urbanas, favorecer a população de baixa renda por meio de subsídios e pacotes de telefones, serviços e facilidades "populares".

8 O *Oxford Dictionary of Economics* aponta o fato de que há grande heterogeneidade entre países classificados como "em desenvolvimento". Alguns deles, como o Kuait e outros exportadores de petróleo, têm renda *per capita* comparável àquela de países desenvolvidos. Nesse sentido, a expressão "em desenvolvimento" é uma questão de grau. Certos países da África sub-Sahara são considerados "em desenvolvimento" sob todos os pontos de vista possíveis, mas muitos países de industrialização tardia como a China apresentam uma mistura de setores produtivos primários muito pobres e uma indústria avançada. Países-membros da OCDE não são países em desenvolvimento, embora a Turquia, que é membro desse grupo, tenha renda *per capita* inferior à de alguns países de industrialização tardia. Ex-repúblicas soviéticas e algumas nações da Europa de Leste também têm esse mesmo tipo de problema de classificação.

9 Com efeito, a maioria das privatizações nos países em desenvolvimento ocorreu no contexto da aplicação das políticas de ajuste estrutural, surgidas no âmbito do que se convencionou chamar de Consenso de Washington. Esse termo, cunhado em 1990 pelo economista inglês John Williamson, designa o conjunto de políticas liberalizantes em seguida recomendadas pelo Tesouro norte-americano, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial para países em desenvolvimento (todos com sede em Washington). As políticas do consenso enfatizam a estabilização de preços, a austeridade fiscal, a contenção de gastos públicos, a privatização, entre outras medidas, para que países em desenvolvimento retornem a rotas de crescimento.

10 Trata-se de circunstância distributiva na qual nenhuma mudança pode elevar o grau de bem-estar de alguém sem com isso depreciar o grau de bem-estar de pelo menos um outro indivíduo. Dito de outro modo: uma alocação de recursos será Pareto-ótima se nenhuma mudança puder ser feita para que, simultaneamente, nenhuma pessoa fique em situação pior e ao menos uma pessoa fique em situação melhor.

11 Os economistas Nicholas Kaldor e John Hicks propuseram uma concepção de eficiência distinta, fundada no princípio da maximização da riqueza. De acordo com essa concepção, uma alocação será Kaldor-Hicks-eficiente (ou eficiente no sentido de maximizar a riqueza), caso os indivíduos que dela se beneficiem experimentem benefícios que excedam as perdas de quaisquer outros indivíduos. Dessa forma, aqueles que se prejudicam podem ser *potencialmente* compensados pelos que se beneficiam com a vantagem de que, ao final, haverá um ganho líquido. É relevante notar que, de acordo com o teorema de Kaldor-Hicks, a compensação dos prejudicados não é necessariamente devida – caso contrário, voltar-se-ia para a situação de ótimo de Pareto. Assim, a diferença principal entre o sistema paretiano e o assim chamado teorema de Kaldor-Hicks reside no fato de que, quanto ao segundo, a compensação pode ser hipotética e não real. O teorema de Kaldor-Hicks possibilita, conseqüentemente, a avaliação de políticas que produzem perdedores com resultado. Se houver pagamento de compensação aos perdedores, o estado de alocação Kaldor-Hicks volta a um estado de superioridade de Pareto.

12 *Accountability* pode ser traduzida como *responsabilidade com dever de prestação de contas* ou, simplesmente, *responsabilização*. Em linhas muito gerais, traduz um dos mecanismos de freios e contrapesos adotados por sociedades democráticas com o fim de limitar o poder concedido aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a órgãos da administração indireta, como bancos centrais e agências reguladoras. Trata-se, em suma, da institucionalização de um mecanismo de *checks and balances* por meio da prestação de contas e responsabilização. O objetivo é limitar o exercício indiscriminado (e antidemocrático) de poderes conferidos ou delegados como resultado da organização do Estado. Para uma discussão da *accountability* – em particular vista como contrapartida da autonomia dada a autoridades monetárias –, ver Veiga da Rocha (2001).

13 Para mais informações (e também críticas) a respeito das concepções "procedimentalistas", neoclássicas e igualitárias da regulação, ver Adler (2000).

14 *Trade-off*, por sua vez, significa em economia um processo por meio do qual uma coisa ou um objetivo é escolhido em detrimento de outro – isto é, traz subjacente a noção de *sacrifício*. A idéia de *trade-off* relaciona-se à busca de eficiência no sentido que implica conseguir mais de algo desejável com o menor sacrifício possível.

15 Eqüidade, no sentido utilizado neste trabalho, tem conotação semântica aproximada à das palavras *justiça distributiva* ou *justiça social*. Nesse sentido, relaciona-se à distribuição adequada, conforme um princípio de justiça, de recursos, direitos, deveres, oportunidades e obrigações na sociedade como um todo. Não se relaciona senão indiretamente, portanto, com noção de eqüidade como procedimento judicial extraordinário baseado em princípios imutáveis de justiça, adotado quando não há norma jurídica aplicável a determinado caso concreto (é comum no jargão jurídico a expressão "julgar por eqüidade"). Trata-se, neste trabalho, de uma tradução aproximada do termo *equity*, da língua inglesa. Em inglês, *equity* também tem diferentes significados: *equities* ou *corporate equity* significam, respectivamente, ações ordinárias de uma companhia ou o resíduo líquido de ativos de uma sociedade comercial distribuído aos acionistas depois de pagos debenturistas e/ou acionistas preferenciais. Todavia, *equity* pode amalgamar um conjunto de idéias de difícil expressão em uma só palavra na língua portuguesa. Nesse sentido, pode ser, *grosso modo*, traduzida como "tratar a todos com justiça e igualdade". Em inglês, o sinônimo mais próximo para *equity* é a palavra *fairness*. Em português, eqüidade tem como sinônimos *igualdade* e *retidão*. Neste trabalho procurou-se adotar o vocábulo *eqüidade* como um desdobramento concreto da *igualdade* como princípio jurídico constitucional positivado, na ordem jurídica brasileira, pelo art. 5.° da Constituição Federal de 1988. Dessa perspectiva, a *igualdade* é associada a uma liberdade formal de todos perante a lei e a *eqüidade* (ou justiça social) ao tratamento dos sujeitos de acordo com as reais condições e situação econômica (Comparato, 1996: 113).

16 Para uma crítica a este ponto em específico, ver Blanc (2002: 4).

17 Em suma, esses autores sustentam que medidas pró-crescimento e medidas que almejem melhorar a vida dos pobres reforçam uma à outra e, quanto maior for essa relação de complementaridade, mais efetivo será o papel do crescimento econômico no sentido de diminuir a desigualdade. Na mesma linha, quanto mais os países se esforçarem para eliminar os empecilhos que mantêm os pobres alheios à construção da sociedade, maior o potencial de crescimento e eficiência.

18 Tony Prosser vê, em suma, três tarefas a serem desempenhadas pela regulação: a primeira delas é "mimetizar" o mercado no caso de monopólios naturais, o que implica o controle de preços e qualidade dos serviços. A segunda tarefa é estimular a concorrência, criando condições para que ela exista e persista. Exemplos disso seriam as medidas para promover a interconexão de redes de telecomunicações, por exemplo, além do controle do abuso do poder econômico por meio de políticas antitruste. Em terceiro lugar, tem-se subjacente à regulação a idéia de "regulação social", que, como dito acima, não tem como racionalidade primária a lógica econômica, e sim noções de direito público (Prosser, 1997: 5).

19 Nas palavras do próprio Prosser (1997: 6): "Failure to separate adequately these different types of regulation has caused much confusion in the current regulatory debate and, in particular, has led to an assumption that some types of regulation, especially social regulation, are illegitimate, or that, with the decline of natural monopoly, regulation can be replaced with self-regulating competition".

20 "Na verdade, a universalização se insere no gênero mais amplo das políticas públicas de subsídios entre consumidores de alta e baixa renda. Crucificada no direito concorrencial como forma de abuso, a discriminação entre consumidores, desde que imposta por via regulatória, como subsídio setorial, é totalmente admissível como política redistributiva" (Salomão Filho, 2002: 44).

21 Ademais, sustentam Laffont e Tirole, se a premissa número 5 for analisada à luz da racionalidade econômica das indústrias de rede, pode-se argumentar que haverá lugar para subsídios como forma de correção de internalização de externalidades.

22 Em linha de argumentação semelhante, tem-se a proposta de Estache, Gómez-Lobo e Leipziger (2000), para quem a utilização de programas de bem-estar na regulação de serviços públicos – em complemento a redistribuições via sistema tributário – pode ser uma oportunidade de aplicação de programas de redução da pobreza.

23 Esta, por seu turno, é fundada, na ordem jurídica brasileira, no § 1.° do art. 145 da Constituição Federal. *Grosso modo*, implica a tributação diferenciada, com alíquotas diversas, em função da renda do contribuinte.

24 Para uma continuação do debate a respeito da legitimidade e racionalidade da função redistributiva da regulação, ver Yarrow e Vickers (1996), Burns, Crawford e Dilnot (1995), Breyer (1982) e McCrudden (1999).

25 De modo semelhante, embora mais genérico, o cientista político Sérgio Abranches explica que, em linhas gerais, a intervenção do Estado na vida econômica de um país é determinada pelo curso de desenvolvimento da estrutura produtiva, pelo grau de heterogeneidade estrutural da economia, pelos modos de inserção na ordem econômica mundial e pela dinâmica política dos interesses sociais (Abranches, 1979: 9).

26 Nessa linha, a universalização visaria a atender, basicamente, a duas categorias de consumidores: aqueles ditos "consumidores de alto custo" (exemplo: domicílios rurais localizados em áreas de baixa densidade e consumidores com limitada mobilidade geográfica) e os consumidores de baixa renda (consumidores urbanos com dificuldades para pagar suas contas telefônicas, por exemplo). Em ambos os casos, buscar-se-ia corrigir desigualdades, efeitos adversos ou não previsíveis da regulação concorrencial sobre o acesso às telecomunicações por meio de transferência de renda e subsídios.

27 Wellenius, Primo Braga e Qiang (2000: 640).

28 Resumidamente: de julho de 1998, quando a Telebrás foi privatizada, até fevereiro de 2002, o estoque brasileiro de infra-estrutura de telecomunicações cresceu de 20 milhões de terminais (teledensidade = 12,5) para cerca de 49 milhões de terminais (teledensidade = 28,2). O número de telefones públicos cresceu de 550 mil para 1,4 milhão. Na telefonia móvel, o salto foi de 5,6 milhões para 29 milhões.

29 Clarke e Scott, 2002.

30 O IGP-DI (Índice Geral de Preços, no conceito de Disponibilidade Interna), calculado pela Fundação Getúlio Vargas, resulta da média ponderada de três índices. O IPA (Índice de Preços no Atacado) é o principal componente porque, na média, tem o maior peso: 60%. É também aquele que recebe maior impacto do dólar. Esse índice é pesquisado nacionalmente, por meio de consultas a números de cerca de 500 empresas. Outro componente do índice geral é o IPC (Índice de Preços ao Consumidor), pesquisado no Rio e em São Paulo, com peso de 30%. É indicador de preços no varejo, semelhante ao IPC da Fipe e do INPC. A média ponderada se completa com o INCC (Índice Nacional do Custo da Construção), com peso de 10%, que reflete preços de materiais da construção e da mão-de-obra.

31 Não foi objeto deste trabalho uma análise dogmática de normas constitucionais e infraconstitucionais a respeito da eqüidade e dos aspectos redistributivos da regulação das telecomunicações no Brasil. Esse esforço interpretativo – de grande importância – sem dúvida acrescentaria maior concretude às idéias aqui expostas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio H. A empresa pública como agente de políticas do Estado: fundamentos teóricos do seu papel, inclusive em face de nossas relações com o exterior. *A empresa pública no Brasil*: uma abordagem multidisciplinar. Coletânea de monografias. IPEA, 1979.

ADLER, Mathew. *Beyond efficiency and procedure*: a Welfarist theory of regulation. 1992. Disponível em: <www.law.fsu.edu/journals/lawreview/downloads/281/Adler2.pdf?>.

ALESINA, Alberto; RODRIK, Dani. Distributive politics and economic growth. *NBER Working Paper Series* n. 3668, 1994.

BANCO MUNDIAL. *Bureaucrats in business*: the economics and politics of reform. Washington: Oxford University Press, 1995.

BIGSTEN; LEVIN. Growth, income distribution, and poverty. United Nations University, WIDER – World Institute for Development Economics Research. *Discussion Paper* n. 2001/129, 2001.

BLANC, Rebecca. Can equity and efficiency complement each other? *NBER working paper series*, Working paper 8820, 2002.

BOWLES, David; MADDOCK, Rodney. The supply of direct exchange lines in developing countries. In: MACDONALD, S.; MADDEN, G. (Ed.). *Telecommunications and socio-economic development Elsevier Science*, 1998.

BREYER, Stephen G. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

BRUNO, Michael; RAVALLION, Martin; SQUIRE, Lyn. Equity and growth in developing countries – old and new perspectives on the new policy issues. World Bank, *Policy Reasearch Workin Paper* 1563, 1996.

BURNS, Philip; CRAWFORD, Ian; DILNOT, Andrew. Regulation and redistribution in utilities. *Fiscal Studies* 16, p. 1-22, 1995.

CHERRY, Colin. The telephone system: creator of mobiliy and social change. In: DE SOLA POOL, Ithiel. *The social impact of telephone*. Cambridge: MIT Press, 1997. p. 113.
CLARKE, George; WALLSTEN, Scott. Universal(ly Bad) service: providing infrastructure services to rural and poor urban consumers. *World Bank Policy Research Working Paper* 2868, July 2002.
COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional do controle de preços no mercado. In: ———. *Direito público*: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 1996.
COOK, Paul; KIRKPATRICK, Colin (). Privatization in less developed countries. In: ——— (Ed.) *Privatization in less developed countries*. Brighton: Wheatsheaf, 1988.
CREMER, Helmut; PESTIEAU, Pierre; ROCHET, Jean-Charles. Direct versus indirect taxations: the design of the tax structure revisited. *International Economic Review*, n. 42, p. 781-799, 2001.
ESTACHE, Antônio; GÓMEZ-LOBO, Andres; LEIPZIGER, Danny. Utility Privatization and the Needs of the Poor on Latin America – Have we learned enough to get it right? *Paper* apresentado no seminário Infrastructure for Development: Private Solutions and the Poor entre 31 de maio e 2 de junho em Londres, Reino Unido, 2000.
FOSTER, Christopher. *Privatization, public ownership and regulation of natural monopoly*. Oxford: Blackwell, 1992.
FURTADO, Celso. *Brasil*: a construção interrompida. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
HOOD, Christopher. *Explaining economic policy reversals*. Buckingham: Open University Press, 1994.
ITU – International Telecommunications Union. *World telecommunication development report 1998 – Universal Access – Executive Summary*. Geneva, 1998.
———. *Effective regulation case study*: Brazil 2001. Geneva, 2001.
LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *Competition in telecommunications*. Cambridge. The MIT Press, 2000.
LUSTING, Nora; ARIAS, Omar; RIGOLINI, Jamele. Poverty reduction and economic growth: a 2-way causality. *Sustainable Development Department Technical papers series*, 2002.
MANZETTI, Luigi (Ed.). *Regulatory policy in Latin America*: post liberalization realities. Miami: North South Center Press – University of Miami, 2000.
MCCRUDDEN, Christopher. *Social policy and economic regulators*: some issues from the reform of utility regulation, regulation and deregulation. Oxford: The Clarendon Press, 1999.
OGUS, Anthony. *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford: Oxford University Press, 1994.
OSBERG, Lars. *The equity/efficiency trade-off in retrospect*. Revised version of Keynote address to conference on "Economic Growth and Income Inequality". Laurentian University, Sudbury, Ontario, March 17, 1995.
OSPINA, Shani. Telecommunications for all: does liberalization help? *DESTIN – Development Studies Institute Working Papers Series*, n. 02-29, London School of Economics and Political Science, 2002.
PARKER, David; KIRKPATRICK, Colin. Researching economic regulation in developing countries: developing a critical methodology for critical analysis. Centre on Regulation and Competition (University of Manchester), *Working Paper*, n. 34, 2002.
PASTORIZA, Florinda. Privatizações na indústria de telecomunicações: antecedentes e lições para o caso brasileiro. *Texto para Discussão*, n. 43 do BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1996.
PEROTTI, R. Growth, Income distribution, and democracy: what the data say. *Journal of Economic Growth*, 1, p. 149-187, 1996.
PETRAZZINI, Ben. *The political economy of telecommunications reform in developing countries*. Westport: Praeger, 1995.
PROSSER, Tony. Theorizing utility regulation. *Modern Law Review* 62, p. 196-217, 1997.
SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência*: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002.
THE ECONOMIST. *Pocket economist*: the essential of economics from A to Z by Matthew Bishop. London: Profile Books, 2002.
VEIGA DA ROCHA, Jean Paul, C. *Notas sobre a autonomia e a accountability das autoridades monetárias*: versão preliminar. Paper discutido no Grupo de Direito e Democracia do Cebrap – Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 2001. Mimeografado.
YARROW, George; VICKERS, John. *Privatization*: an economic analysis. Cambridge: MIT Press, 1987.
WELLENIUS, Björn; PRIMO BRAGA, Carlos Alberto; QIANG, Christiane Zhen-Wei. Investment and growth of the information infrastructure: summary results of a global survey. *Telecommunications Policy* 24, p. 639-643, 2000.

Diogo R. Coutinho
PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DA USP E DO GV LAW.
PESQUISADOR DO NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CEBRAP

JUS COGENS AINDA ESSE DESCONHECIDO

Salem Hikmat Nasser *

JUS COGENS: STILL AN UNKNOWN SUBJECT

RESUMO

A existência de um jus cogens, categoria de normas imperativas do direito internacional, é cada vez mais aceita, apesar de ser ainda cercada de incertezas. Tendo recebido uma definição e um regime jurídico na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, seu conceito, seu conteúdo e seus efeitos permanecem incertos. Seu estudo e sua compreensão impõem a análise de sua relação com a idéia de uma hierarquia de normas no direito internacional e dos elementos de proximidade e diferenciação com outras categorias polêmicas da teoria internacionalista: o direito internacional geral, as obrigações erga omnes, os crimes internacionais. As dúvidas que decorrem desse exercício devem orientar a reflexão sobre o conceito e sua contribuição para o direito internacional.

PALAVRAS-CHAVE

Jus cogens, direito internacional, hierarquia de normas, normas imperativas, ordem pública internacional, erga omnes, crimes internacionais.

ABSTRACT

The existence of jus cogens, peremptory norms of international law, is widely accepted today even though it is still a category surrounded by uncertainties. Although it has received a definition and a legal regime in the Vienna Convention on the Law of Treaties its concept, its content and its legal effects remain uncertain. The study of jus cogens and its understanding show the need for an analysis of it relationship to the idea of normative hierarchy in international law, and to the elements of proximity and differentiation with other categories: general international law, erga omnes obligations, international crimes. The doubts that arise from this study must underlie all reflection on the concept and its contribution to international law.

KEYWORDS

Jus cogens, international law, normative hierarchy, peremptory norms, ordre public international, erga omnes, international crimes.

O direito internacional, como todo direito, está inserido no mundo da vida. Sua existência só se explica, e justifica, pela função social que deve cumprir: regular as condutas dentro de uma sociedade dada. Ao estudar o direito internacional, ou o direito simplesmente, o jurista pode preferir, numa tentativa de preservar-lhe a pureza, isolá-lo das dinâmicas sociais que o influenciam e analisar sua estrutura e seu funcionamento a partir de uma perspectiva exclusivamente interna, enquanto sistema coerente. Alternativamente, pode o jurista privilegiar

uma visão do direito, de sua estrutura, funcionamento e transformação, conectados com as dinâmicas e as razões sociais.

Alguns temas atuais do direito internacional, que têm ocupado os internacionalistas, ao mesmo tempo em que desafiam a compreensão do funcionamento interno do direito internacional, revelam a influência que sobre ele exercem os movimentos que lhe são externos. Fundamentalmente, eles são a tradução de uma vontade de transformação e de *mise à jour* desse direito, a fim de vê-lo mais adequado à consecução de determinados fins.

A existência de um direito internacional geral, oponível a todos os Estados, independentemente de aceitação ou de participação no processo formador das normas, podendo inclusive, em alguns casos, impor-se aos Estados que sempre se colocaram em objeção a essas normas, é idéia que ganhou curso e é por muitos aceita de modo passivo.

Não só haveria normas oponíveis a todos os Estados, mas existiriam igualmente aquelas que criam para os Estados, alguns ou todos eles, obrigações que beneficiam todos os demais, enquanto comunidade ou um a um, titulares, portanto, comunidade internacional ou cada Estado individual, de direitos correspondentes àquelas obrigações *erga omnes*.

Algumas obrigações, ou normas, teriam tal importância que sua violação por um Estado configuraria muito mais do que um simples delito ou ilícito internacional, um verdadeiro crime de direito internacional. Ainda quando se dispensa o título de crime, mantém-se a idéia de que algumas violações são mais graves que outras e algumas obrigações mais essenciais que outras.

A idéia de que existam normas mais importantes e normas menos importantes remete, evidentemente, à possibilidade de uma estrutura normativa hierarquizada do direito internacional e, portanto, de uma ordem normativa em alguma medida verticalizada. Essa verticalidade sugere, ao menos para alguns, a existência atual ou potencial de uma constituição ou de um direito constitucional internacionais.

Ainda quando a idéia da hierarquia normativa do direito internacional não alcança tais extremos, parece ter vingado a idéia de que os Estados, produtores por excelência das normas jurídicas, internas bem como internacionais, não têm a liberdade de legislarem contrariamente a normas superiores ou a uma noção mais ou menos precisa de ordem jurídica internacional.

Todas essas noções – direito internacional geral, ou mesmo universal, obrigações *erga omnes*, crimes de direito internacional, ou graves violações de obrigações essenciais, uma constituição para a sociedade internacional, a ordem pública internacional e, de modo mais geral, a questão da hierarquia normativa – encontram-se de algum modo conectadas a um conceito central do direito internacional contemporâneo: o *jus cogens*.

Muita tinta já se usou, nos últimos 50 anos ou mais, para escrever sobre o *jus cogens*, tanto para atestar sua evidente existência quanto para negá-la como absurda

ou dirigir-lhe as críticas mais ácidas. Apesar disso, parece, seu mistério permanece inteiro, a merecer, portanto, talvez, alguma tinta mais.

É surpreendente o fato de que, ao cabo de uma pesquisa sobre *jus cogens*, tendo sido percorridos os manuais de direito internacional e os artigos doutrinários, as convenções internacionais e outros textos normativos, e as decisões judiciárias e arbitrais, aquele que se pergunta "afinal de contas, o que é isso?" terá de satisfazer-se com uma única certeza, banal, mas amplamente insuficiente: *jus cogens* é um direito muito importante, ou melhor, *mais* importante.

Esse *mais importante* resulta de um entendimento de que, na tradução de *jus cogens* significando direito constringente ou direito imperativo (Salmon, 2001, p. 631-632), o termo *imperativo* não equivale a *obrigatório*, característica intrínseca às normas jurídicas, mas é uma obrigatoriedade mais elevada, mais constringente. O *mais importante* resulta também do fato de que as normas seriam imperativas em razão de seu conteúdo mais relevante, mais essencial.

Essa única certeza acerca do *jus cogens*, o seu *plus* de importância, é a característica singular que evidencia o problema do seu lugar relativo no direito internacional e da capacidade da teoria geral desse direito de explicar o fenômeno de modo satisfatório: a idéia de *jus cogens* introduz de modo inevitável algum tipo de hierarquia normativa numa ordem jurídica que até ali a dispensava.

É essa mesma característica que permite, talvez imponha mesmo, a conexão e a comparação com os demais fenômenos aludidos acima. Afinal, parece natural considerar que uma norma jurídica que se impõe a todos os Estados, independentemente de oposição destes (direito internacional geral), tem essa força porque é vista como mais importante do que aquelas que obrigam apenas os Estados que consentem ou não se opõem. Do mesmo modo, uma norma que obriga um Estado perante a comunidade internacional como um todo, ou perante cada Estado dessa comunidade individualmente (obrigações *erga omnes*), provavelmente tem esse efeito porque é mais importante do que outras que criam direitos apenas para alguns Estados. É também o fato de algumas normas serem consideradas mais importantes que justificaria, certamente, que sua violação fosse vista como crime internacional ou como uma violação mais grave do que outras, ensejando um regime diferenciado de responsabilidade internacional. Finalmente, é porque algumas normas são vistas como mais importantes que se considera que não podem ser derrogadas pelos Estados.

Algumas questões ficam de pronto evidentes, podendo ser reduzidas, na sua essência, a uma só: todas as normas *mais importantes* de direito internacional são iguais, pertencem a uma mesma categoria e produzem os mesmos efeitos? Desdobrando essa questão central, pode-se perguntar: uma norma de *jus cogens* é sempre uma norma de direito internacional geral (universal) ou pode existir, por exemplo, *jus cogens* regional? Uma norma de direito internacional geral, que se impõe à comunidade dos Estados em seu conjunto, é sempre uma norma imperativa

de direito internacional, uma norma de *jus cogens*? Uma norma de *jus cogens* sempre tem efeitos *erga omnes*? Toda norma que produz efeitos *erga omnes* é necessariamente uma norma de *jus cogens*? Toda violação de uma norma de *jus cogens* constitui crime internacional, se admitida a existência de tal categoria, ou, ao menos uma violação mais grave do direito internacional? E toda violação mais grave de uma obrigação sob uma norma peremptória de direito internacional geral é sempre a violação de uma norma de *jus cogens*? Finalmente, se da definição mais usual de *jus cogens* resulta que suas normas não podem ser derrogadas por convenções entre os Estados, pode-se afirmar, em contrapartida, que todas as normas inderrogáveis são de *jus* cogens?

1 *JUS COGENS:* EXISTÊNCIA, DEFINIÇÃO E CONTEÚDO

Em meio às incertezas, convém iniciar pelas evidências: i) o *jus cogens*, ainda que sua existência enquanto categoria normativa diferenciada seja controvertida, existe e impõe-se, no âmbito do estudo do direito internacional, como tema de discussão e polêmica inescapável; ii) admitido como uma realidade normativa por grande parte da doutrina, o *jus cogens* conhece ao menos uma definição convencional e um regime jurídico razoavelmente precisos; iii) o seu conceito permanece, no entanto, impreciso, assim como é incerto o seu conteúdo. Não há qualquer necessidade de insistir na importância do tema, sendo prova suficiente a longevidade e a abundância da sua discussão. Vale a pena, no entanto, lembrar os parâmetros que devem orientar qualquer estudo do *jus cogens*, encontrados na tensão entre a admissão deste como evidência ou como necessidade, sua definição e regime, e seu conceito e conteúdo.

A inclusão do *jus cogens* na Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969, adotada por uma grande maioria dos Estados, bem como sua anterior adoção pela Comissão de Direito Internacional por unanimidade, e sua razoável aceitação pela doutrina, atestam o seu pertencimento ao direito positivo internacional. Esse pertencimento é inconteste quando se trata de *jus cogens* nos termos postos pela Convenção de Viena, pois, afinal de contas, está inserido num tratado que obriga as partes. Quando se pensa o *jus cogens* em termos mais amplos, seu pertencimento ao direto positivo é discutível, mas por muitos aceito.

Na Convenção de Viena o *jus cogens* é tido por sinônimo de "norma(s) imperativa(s) de direito internacional geral" e essas normas são por sua vez definidas como aquelas "aceita(s) e reconhecida(s) pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma(s) da(s) qual(is) nenhuma derrogação é permitida e que só pode(m) ser modificada(s) por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza" (art. 53).

O regime jurídico estabelecido pela Convenção em relação a essas normas imperativas diz respeito à validade e permanência de tratados que conflitem com essas normas, assim o mesmo art. 53 diz que "é nulo um tratado que, no momento de sua

conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral", e o art. 64 estabelece que, "se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se".

O regime diz respeito igualmente à solução de controvérsias referentes à aplicação ou interpretação dos arts. 53 e 54 ao estabelecer que qualquer parte "poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem". O recurso à Corte fica, portanto, autorizado a qualquer das partes, à luz do art. 66, *a*, desde que tenham se passado 12 meses sem que estas tenham podido solucionar a disputa com recurso aos meios previstos pelo art. 33 da Carta das Nações Unidas (art. 65 (3), da convenção, combinado com o *caput* do art. 66).

Há, portanto, definição e regime jurídico, mas estes não garantem precisão ao conceito nem fornecem o conteúdo das normas imperativas de que se trata. Na medida em que a Convenção não pretende *criar* o *jus cogens* e o identifica e incorpora enquanto categoria de normas do direito internacional geral, que existem fora e independentemente da Convenção, não há tampouco garantias de que o regime jurídico ligado a essas normas restrinja-se ao efeito de fazer nulos os tratados que com elas conflitem. Pode haver outros efeitos do *jus cogens* que estejam fora do âmbito da Convenção.

O conceito resulta pouco claro, essencialmente porque os elementos da definição são incertos: o que são, afinal, normas de direito internacional geral? O que significa uma norma ser aceita e reconhecida? Quem é a comunidade dos Estados como um todo? Estas questões são objeto de diversos escritos sobre *jus cogens* e as dúvidas que suscitam não precisam ser ainda mais realçadas. A imprecisão do conceito se faz comprovada além do necessário, pela enorme dificuldade e pela resistência a se determinar os conteúdos do *jus cogens*: afinal, *quais* são as normas imperativas, inderrogáveis?

Nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional e nos escritos dos doutrinadores é possível encontrar exemplos de normas apresentadas como de *jus cogens*, entre elas algumas das mais comumente citadas são:[1] o princípio *pacta sunt servanda*;[2] a proibição do uso ou da ameaça do uso da força;[3] a proibição de atos que infrinjam a soberania e a igualdade dos Estados; o princípio da autodeterminação dos povos; o princípio da soberania sobre os recursos naturais; a proibição do tráfico de seres humanos; a proibição da pirataria;[4] a proibição do genocídio[5] (CDI, 1966-II, p. 248-249; 1976, p. 103) (Wouters e Verhoeven, 2005) (Lauterpacht, 1993, p. 439-441); a proibição dos atos qualificados como crimes contra a humanidade[6] e (Ago,1971, p. 324); os princípios do direito humanitário codificados nas Quatro Convenções de Genebra, princípios fundamentais dos direitos humanos e do direito do meio ambiente.

Admita-se, para fins de argumentação, que estas normas são de fato normas imperativas e inderrogáveis. A observação nos permite perceber que uma ao menos, *pacta sunt servanda*, é norma fundamental, logicamente necessária ao direito internacional,

pois permite a existência de uma de suas fontes que é o tratado internacional. Outras são normas que, se não são logicamente necessárias, são fundamentais porque dão ao direito internacional os seus contornos e suas características essenciais: a partir da norma que diz serem os Estados soberanos e iguais, passando pela determinação de que a soberania inclui aquela sobre os recursos naturais e pela previsão de que os povos têm o direito de autodeterminação e de se transformarem em Estados soberanos, chegando à norma que proscreve o uso da força nas relações entre os Estados. Outras ainda são aquelas proibições de atos tidos como crimes que interessa à comunidade internacional inteira coibir: a pirataria, o comércio de seres humanos, o genocídio e os outros crimes contra a humanidade. Finalmente é possível identificar uma outra categoria de normas que se pretende alçar ao *statu*s de *jus cogens*: são aquelas (todas ou algumas, não se sabe ao certo) inseridas em regimes internacionais, como o do direito humanitário, dos direitos humanos e do direito do meio ambiente.

Fica claro desde logo que essas normas diferentes têm uma coisa certa em comum: elas são todas *muito importantes*. De resto, é possível intuir que elas possam indicar naturezas diversas para o *jus cogens*, que elas possam produzir efeitos diversos, e que possa haver conseqüências diversas conectadas à violação de umas e de outras.

As ligações anteriormente estabelecidas entre o *jus cogens* e a noção de hierarquia normativa no direito internacional, o direito internacional geral, as obrigações *erga omnes*, os crimes internacionais dos Estados, devem ser observadas mais de perto e, na medida do possível, testadas à luz desses conteúdos propostos para o *jus cogens*.

2 Hierarquia de normas no direito internacional

Há vários modos de pensar a hierarquia no direito internacional.[7] Por exemplo, é possível avançar relações de superioridade e inferioridade entre o direito natural e o direito positivo, entre a justiça e o direito, entre a moral e o direito. No entanto, o que interessa fazer aqui é pensar a hierarquia enquanto hierarquia de normas, no interior do sistema normativo positivo. Assim, a indagação sobre a superioridade do *jus cogens*, ainda que a ligação deste com as idéias jusnaturalistas e com aquelas de justiça e moral seja forte, deve ocorrer olhando-se para o interior da ordem jurídica, uma vez que as normas imperativas são parte do direito positivo internacional.

2.1 Hierarquia de normas e hierarquia de fontes

Quando se fala em hierarquia normativa pensa-se usualmente numa ordem escalonada de normas em que as fontes das mesmas, enquanto procedimentos de criação e revelação das normas jurídicas, encontram-se também em patamares de superioridade e inferioridade umas em relação às outras. A *Teoria pura do direito* de Kelsen (1984) oferece o exemplo clássico de uma ordem em que cada norma será válida se for produzida de acordo com as formalidades estabelecidas em normas superiores.

Essa estrutura piramidal, para Kelsen, se estende até o direito internacional em que as regras costumeiras se encontram em patamar superior aos tratados internacionais, uma vez que o fundamento de validade destes últimos seria encontrado na norma, costumeira, *pacta sunt servanda*. Os costumes internacionais, por sua vez, encontrariam seu fundamento de validade na norma fundamental pressuposta que comanda aos Estados a obediência às regras costumeiras (Kelsen, 1984).

Essa visão das fontes do direito internacional não é, no entanto, a que prepondera; tratados e costumes são vistos como meios de criação e surgimento das normas jurídicas que se encontram em um mesmo nível, tendo valor rigorosamente igual, podendo um costume derrogar ou alterar um tratado ou um tratado derrogar ou alterar um costume.[8]

Já se pôde notar que as normas tidas por normas de *jus cogens* não são criadas nem surgem mediante alguma fonte outra que aquelas que o direito internacional já conhece. Há controvérsias quanto a poderem essas normas ser de origem convencional ou costumeira apenas. Como quer que seja e qualquer que seja a origem, a consolidação do *status* de imperatividade depende daquilo que é constitutivo da fonte costumeira: a prática generalizada e a *opinio juris*. O que diferencia uma norma de *jus cogens* de uma outra norma de direito costumeiro de caráter geral não está em que a primeira foi *aceita e reconhecida pela comunidade dos Estados como um todo*, mas sim no fato de que ela teria sido aceita e reconhecida… *como norma da qual não se admite derrogação*.

A pretensa superioridade das normas de *jus cogens* não está ligada, portanto, ao seu modo de produção, mas sim ao seu conteúdo e aos valores expressos por esse conteúdo. É verdade que o próprio Kelsen reconhece que, numa certa medida, deve haver correspondência substancial, e não só formal, entre a norma inferior e a superior, não podendo o conteúdo daquela contrariar o que comanda a última (Kelsen, 1953) e ele também reconhece a existência de normas de *jus cogens*, normas costumeiras imperativas que se contrapõem àquelas outras, também costumeiras, mas de direito dispositivo. De todo modo, o *mais importante* caracterizador das normas de *jus cogens* está ligado à sua substância, à sua materialidade. Isso é confirmado pelo teste dos exemplos de normas citados acima: de origem convencional ou costumeira, todas elas surgem das fontes conhecidas de direito internacional e não há procedimento específico e diverso para a sua produção.

Estabelecido o fato de que normas de *jus cogens* pretendem ser superiores e que essa superioridade é fundada em critérios materiais, resta perquirir acerca da natureza dessa superioridade.

2.2 Hierarquia e conflito de normas

Toda ordem jurídica contém normas ou princípios cuja função é resolver possíveis antinomias, conflitos entre normas. As mais conhecidas estabelecem a relação entre

normas gerais e especiais, norma posterior e norma anterior. Em direito internacional, além de serem esses dois critérios aplicados, pensa-se que os tratados internacionais possam ter uma precedência de aplicação sobre os costumes por fornecerem maior certeza quanto ao direito aplicável.[9]

Esses são, no entanto, critérios formais e, ainda que se queira ler a superioridade das normas de *jus cogens* em relação às demais normas do direito internacional como instrumento de solução de antinomias, estar-se-ia falando de critério fundado no valor do conteúdo da norma, independentemente de qualquer critério formal; anterior ou posterior, geral ou especial, qualquer norma veria sua aplicação afastada caso conflitasse com uma norma imperativa, dotada de conteúdo superior.

Estabelecer hierarquias e diretrizes para solução de antinomias não é, no entanto, tarefa fácil. A Comissão de Direito Internacional estabeleceu um grupo de estudos voltado à "Fragmentação do Direito Internacional: Dificuldades que Emergem da Diversificação e Expansão do Direito Internacional". Esse grupo decidiu que deveria estudar *jus cogens, erga omnes*, e o art. 103 da Carta da ONU[10] enquanto regras de conflito, sem estabelecer hierarquias gerais ou absolutas, e orientando o estudo para a prática. Essa decisão se deve ao reconhecimento de que uma "discussão abertamente teórica sobre esse tópico levantaria questões que são complexas e controversas" (CDI, 2004, p. 302-303).

2.3 Hierarquia e constitucionalismo internacional

A idéia de um direito constitucional internacional ou internacional constitucional, no sentido de uma verdadeira constituição para a comunidade dos Estados, é, no mínimo, controvertida. A sociedade internacional tem muitas características que se revelam contraditórias com a idéia de um direito constitucional: sendo uma sociedade composta por Estados, é, por isso mesmo, uma sociedade horizontal, desprovida de poder formalmente centralizado, em que não há delegação de soberania dos elementos da sociedade para um governo nem para um poder constituinte. O direito dessa sociedade corresponde a essas características sendo direito que se dirige a sujeitos iguais entre si, produtores eles mesmos de suas normas, pela vontade ou pelo costume.

Há, no entanto, quem identifique e defenda o surgimento de um constitucionalismo de direito internacional (Ferrajoli, 2002, p. 53 e ss) de que seriam a primeira materialização a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Tanto a afirmação desse constitucionalismo quanto a escolha dos instrumentos parecem altamente discutíveis. Uma e outra coisa, no entanto, oferecem algum material para reflexão.

Se pensada a constituição, em sentido material, como aquela em que se encontram as grandes linhas da organização de uma certa sociedade e de sua ordem jurídica, ao lado da enunciação dos grandes valores que vigem e a orientam, é possível

entender a lógica por trás da escolha desses dois grandes instrumentos. Ela permanece, ainda assim, uma escolha artificial e parcial.

É possível também estabelecer o paralelo entre normas de *jus cogens* e constituição em sentido material, primeiro pelo fato de que ambas pretendem congregar as normas *mais importantes* do ordenamento jurídico e, em seguida, pelo fato de que, entre as normas propostas como constitutivas do *jus cogens*, há aquelas que nos dão as grandes características do sistema e aquelas que são a afirmação de valores que pretendem vigorar na sociedade como um todo. Em poucas palavras, mesmo não havendo constituição formal nem hierarquia de fontes, dentre as normas da ordem internacional, algumas iriam adquirindo caráter constitucional pela sua importância para a manutenção da ordem ou pelos valores que advogam.

A possível aproximação entre *jus cogens* e constitucionalismo internacional não parece, portanto, absurda, mas, por aproximar o desconhecido do incerto, não aporta maiores esclarecimentos sobre os conceitos, os efeitos e os regimes ligados a um e a outro.

2.4 Hierarquia e ordem pública internacional

Ordem pública é um conceito mais ou menos fluido que remete a uma idéia de ordem política, social e jurídica de dada comunidade, em geral de um Estado. Assim, a ordem pública, expressa também em normas jurídicas, mas não restrita a elas, estabelece os limites dentro dos quais os sujeitos de direito podem exercer a sua liberdade de contratar, da autonomia da vontade. Ela também deverá ser observada e protegida quando do reconhecimento de atos de autoridades estrangeiras, sentenças estrangeiras, laudos arbitrais e outros. Finalmente, quando um juiz for chamado a aplicar uma lei estrangeira, essa aplicação poderá ser afastada se o seu resultado for visto como ofensivo à ordem pública.

Mais uma vez, transferir um conceito típico dos direitos nacionais para uma sociedade tão diferente, e tão heterogênea, como a internacional, e tentar identificar nesta um cor de valores comuns não é tarefa fácil. Mas, por outro lado, já que se trata de conceito fluido e incerto, tampouco parece necessariamente impossível.

A tentação de reconhecer a existência de uma ordem pública internacional e sua identificação com o *jus* cogens é grande quando se considera justamente o regime deste último na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, afinal de contas, cuida-se ali da limitação da autonomia dos Estados para tratarem entre si.

Algumas normas, as do *jus cogens*, poderiam ser vistas como de ordem pública porque inderrogáveis pela vontade de Estados contratantes, mas a esta noção de ordem pública internacional faltariam maior clareza e definição, assim como permaneceria aberta a indagações a identificação do *jus cogens* com essa noção na medida em que este possa ser um conceito e ter efeitos que ultrapassam potencialmente o que prevê a Convenção.

* * *

Como se pode ver, a noção de hierarquia normativa no direito internacional pode ser encarada de variadas perspectivas, todas desembocando em interessantes incertezas que deixam perplexos os mais tarimbados internacionalistas.

3 *Jus cogens* e direito internacional geral

Há uma tendência a encontrar na literatura do direito internacional o uso como sinônimo das expressões direito costumeiro internacional e direito internacional geral. A significação deste segundo, no entanto, pode se estender para muito além dessa sinonímia. Normas de direito internacional geral são sempre costumeiras, ainda que tenham sido incluídas em textos convencionais quando já faziam parte do costume, ou mesmo antes de serem reconhecidas como tal. Deve-se, portanto, manter a distinção entre tratados, que obrigam as partes e as normas costumeiras, gerais, que podem estar incluídas nos tratados.

A expressão direito internacional geral pode, no entanto, significar mais do que direito costumeiro; pode, por exemplo, querer designar um direito geral contraposto àquele, que também pode ser de origem costumeira, de vigência regional. Pode igualmente referir a um direito internacional universal, ou seja, que obriga todos os Estados, independentemente da postura que tenham tido estes com relação às suas normas, tenham eles participado ou não da sua formação. Esse direito universal pode, no entanto, conhecer a mesma contingência que atinge as normas costumeiras em geral, materializada na figura do objeto persistente, aquele Estado que desde o início não reconhece a norma e afirma não estar sujeito a ela. Se, no entanto, se dá um salto um pouco maior e se considera que normas desse direito internacional geral obrigarão todos os Estados, tenham eles participado da sua formação ou se oposto a ela firmemente, ter-se-á um direito que não permite aos Estados se furtarem nem lhes permite que o afastem ou derroguem, é um direito imperativo nesse sentido. Reencontra-se aí a definição mesma de *jus cogens* dada pela Convenção de Viena: normas de direito internacional geral das quais não cabe derrogação.

O *jus cogens*, com todas as suas interrogações, é, portanto, uma categoria, a das normas imperativas, dentro do conjunto de normas do direito internacional geral, categoria também objeto de disputas doutrinárias.[11]

4 *Jus cogens* e obrigações erga omnes

Diferentemente do direito internacional geral universal, que cria obrigações *omnium*, as obrigações *erga omnes* do direito internacional seriam aquelas que criam

para toda a comunidade dos Estados, ou para cada um destes individualmente, direitos. Assim, violada uma dessas obrigações, a comunidade ou qualquer Estado teria interesse jurídico na reparação. Como o *jus cogens*, a categoria de obrigações *erga omnes* impôs-se na literatura do direito internacional e é altamente controvertida. Diferentemente daquele, no entanto, a jurisprudência internacional, especialmente a da Corte Internacional de Justiça, tem feito repetidas menções ao conceito, ainda que sujeita a muitas críticas.

A primeira e sempre mencionada passagem é aquela da sentença *Barcelona Traction* em que a Corte reconhece a existência de obrigações estabelecidas perante a comunidade dos Estados como um todo e em que se definem as obrigações *erga omnes* como aquelas em que, "tendo em vista a importância dos direitos em causa, todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico em que esses direitos sejam protegidos" (CIJ, 1972, para. 32). Essa primeira aplicação já vem acompanhada de algumas dificuldades. A menção às obrigações *erga omnes* é feita em *obiter dictum* e não no dispositivo. E só podia ser assim, pois essencialmente a decisão nega à Bélgica a prerrogativa de estender sobre seus nacionais a proteção diplomática, quando o prejuízo foi causado a uma empresa canadense cujos sócios eram belgas.

A Corte pretendeu apenas traçar uma comparação entre a situação apresentada a ela e situações diversas, em que um interesse jurídico existiria para qualquer Estado, e dá exemplos de obrigações com efeitos *erga omnes*.[12] Ainda nesse caso, no entanto, a Corte parece cair em contradição quando afirma que "os instrumentos que concernem os direitos humanos não reconhecem qualidade aos Estados para proteger vítimas de violações desses direitos independentemente de sua nacionalidade" (para. 47). Essa contradição só não será uma se o interesse jurídico de que é titular cada Estado não implicar capacidade de ação.

Outras decisões da Corte mencionam as obrigações *erga omnes* (CIJ, 2004; 1997; 1996b; 1995; 1971; 1975).[13] Vale a pena dedicar alguma atenção à aplicação do conceito que faz a própria Corte no parecer consultivo sobre a construção de um muro em territórios palestinos ocupados (CIJ, 2004). Nessa decisão, a Corte reconhece o caráter *erga omnes* do direito à autodeterminação do povo palestino, violado pelo Estado de Israel, e dos princípios do direito humanitário, igualmente violados (CIJ, 2004, para. 155 e 177). Além de ter recebido fortes críticas,[14] essa aplicação parece demandar um comentário a respeito do conceito de *erga omnes*. A expressão *erga omnes* pode ser traduzida como *frente a todos, diante de todos*. O conceito central que se vem trabalhando aqui é o de *obrigações erga omnes*, ou seja, obrigações a que correspondem direitos de que são titulares todos os demais Estados. É possível falar igualmente em *direitos erga omnes*, direitos que comandam a observância por todos os demais Estados de determinadas obrigações correspondentes.

Percebe-se certa confusão entre os dois conceitos na jurisprudência da Corte e isso fica claro neste último parecer. Neste caso, ainda que seja facilmente admissível que o direito de autodeterminação dos povos e o direito humanitário envolvam direitos que todos os Estados têm um interesse jurídico em proteger (*Barcelona Traction*), apesar disso não significa que qualquer Estado poderia demandar diretamente Israel quando a vítima dos danos era o povo palestino, as conseqüências que a Corte tira do caráter *erga omnes* são outras. Ela afirma, na verdade, as obrigações que outros Estados teriam de não reconhecerem efeitos àqueles atos ilegais nem permitirem que eles se perpetuem.

Como visto, autodeterminação e direito humanitário são igualmente citados como exemplos, possíveis, de normas de *jus cogens*. Qual será, então, a relação entre *jus cogens* e obrigações *erga omnes*?

Parece consensual entre os que admitem a existência de ambas categorias, é claro, que todas as normas de *jus cogens* criam obrigações *erga omnes*, mas que nem todas as obrigações desta última categoria pertencem ao *jus cogens* (Pellet, 1999, p. 429). A relação entre ambas as categorias poderia ser vista como uma de círculos concêntricos em que o conjunto das normas de *jus cogens* estaria inserido num outro maior de obrigações *erga omnes* (Abi-Saab, 1999, p. 348). Pellet oferece um exemplo: o direito de passagem em estreitos ou canais internacionais, que todos os Estados têm, não constitui uma norma de *jus cogens*.

Percebe-se assim que não basta que a proteção de um direito seja do interesse da comunidade internacional como um todo para se elevar ao *status* de *jus cogens*. É preciso que haja, mais uma vez, um *plus* de importância substancial, material.

5 *JUS COGENS* E CRIMES INTERNACIONAIS

Um Estado que descumpre normas de direito internacional, prejudicando assim outro Estado ou outros Estados, fica obrigado a reparar o dano. Assim pode ser resumido o regime da responsabilidade internacional por atos ilícitos.[15] A Comissão de Direito Internacional tem estudado o tema e tentado codificar o seu regime desde meados dos anos 70. Desde o início, esse esforço de codificação teve de enfrentar, já que a própria Comissão tinha incorporado a idéia de normas mais fundamentais e menos fundamentais, por exemplo, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a tarefa de diferenciação entre violações de normas fundamentais e de outras normas de direito internacional.

Num primeiro projeto de artigos sobre responsabilidade internacional (CDI, 1976, art. 19),[16] essa diferenciação foi incluída e foram criadas duas categorias de violações: os delitos e os crimes internacionais. Essa categorização foi e é ainda objeto de constante controvérsia que se refere, entre outros: à aproximação que os termos operam com as categorias dos direitos internos e que não poderiam ser

transferidos para o direito internacional; à polêmica sobre se pode ou não um Estado cometer um crime; e à diferenciação entre regimes da responsabilidade referente a um delito e a um crime.

Para o primeiro ponto, a resposta mais comum é de que a responsabilidade internacional não é civil nem penal, ela é simplesmente internacional, mas, ainda assim, permanece a dúvida quanto ao caráter apropriado do uso dos termos delitos e crimes.

Quanto a saber se um Estado pode cometer um crime, a idéia tinha e tem seus entusiastas (Pellet, 1999; Abi-Saab, 1999) e seus críticos (Weil, 1982). Para Pellet, o crime internacional que pode cometer um Estado é sinônimo de violação de normas de *jus cogens* que podem ser atribuídas ao Estado. Assim, chame-se crime ou outra coisa há uma categoria diferenciada de violação de direito internacional, aquela que diz respeito a normas imperativas.

A controvérsia resultou que, em 2001, a Comissão do Direito Internacional adotasse um novo projeto de artigos sobre responsabilidade internacional (CDI, 2001) em que os termos crimes e delitos tinham sido eliminados e em que se fala de "graves violações de obrigações que emanam de normas imperativas de direito internacional",[17] em outras palavras, graves violações de normas de *jus cogens*.

Perceba-se que, se a nova expressão traduz o que antes se entendia por crime internacional, este não se constitui de *qualquer* violação de uma norma de *jus cogens*, mas apenas das violações *graves*. Isso já era defendido em outras palavras, por exemplo, por Abi-Saab quando adotava a idéia de que *jus cogens* era um conjunto, menor, inserido naquele, maior, de obrigações *erga omnes,* e que o conjunto de crimes internacionais era um conjunto menor ainda, inserido naquele de normas de *jus cogens* (Abi-Saab, 1999, p. 348).

Aceita a diferenciação entre tipos de violações do direito internacional, ela ainda necessita, para fazer algum sentido, de que para cada categoria de ato ilícito haja um regime da responsabilidade diferente. Em alguma medida esse duplo regime existe, por exemplo, nas graves violações de normas imperativas, nenhuma excludente de ilicitude é admitida (CDI, 2001, art. 26). Mas as conseqüências específicas previstas no art. 41 do projeto – obrigação de cooperação para resolução pacífica e obrigação de não-reconhecimento das situações ilegais resultantes da violação de normas imperativas – são, no mínimo, insuficientes para estabelecer diferenças substanciais de regime.

É preciso lembrar que as regras a que se faz referência acima estão incluídas em projetos de artigos que fazem parte de um esforço de codificação e de desenvolvimento progressivo do direito internacional empreendido pela Comissão de Direito Internacional. Ao longo de três décadas de trabalho, ainda não se conseguiu desembocar numa convenção que pudesse ser levada aos Estados para adoção. Isto é sinal de quanto o tema é polêmico e de que, ao final, trata-se de um direito em gestação, incerto, ainda que dotado de elementos já maduros.

6 Considerações finais

A leitura de uma exposição de dúvidas deve ser tão frustrante para o leitor quanto é frustrante a exposição para quem escreve, mas a frustração e a dúvida constituem o único ponto de partida legítimo quando se trata de *jus cogens*.

Olhando o direito internacional enquanto sistema normativo que se quer coerente, *jus cogens* e companhia representam desafios de monta. Olhando o mesmo direito na sua ligação com as suas circunstâncias e com o contexto social, é mais compreensível a aceitação quase generalizada, à exceção de Asterix, a França, diria Pellet (1999, p. 428), da idéia de *jus cogens*: por um lado, incorporar o discurso de normas e valores fundamentais fica facilitado quando o recurso ao *jus cogens* no funcionamento real do direito internacional é praticamente inexistente ou, como diria ainda Pellet, quando o carro raramente deixa a garagem; por outro lado, a aceitação de conceito incerto com conteúdo incerto, mas portador dos valores fundamentais da sociedade, permite a uns a tentativa de fazer mais fortes suas demandas de justiça e a outros a tentativa de travestir de justiça os seus interesses.

A construção de um conjunto realmente comum de valores fundamentais da comunidade internacional e da sua tradução no sistema normativo, de modo coerente e funcional, não se faz em pouco tempo nem se faz sem esforço. Enquanto transcorre o processo dessa construção, o direito e suas categorias, junto ao seu funcionamento, parecem estar em convulsão.

Em meio à convulsão, a aceitação acrítica do *jus cogens*, do direito internacional geral, das obrigações *erga omnes*, dos crimes internacionais pode fazer avançar as *idéias por trás* dos conceitos, mas não serve à sua compreensão. O uso retórico dos conceitos abre as portas ao avanço de valores legítimos tanto quanto as abre para o seu uso indevido, interessado. O único caminho para a edificação de uma justiça internacional apoiada num sistema jurídico eficiente passa, começa de fato, pelo tratamento competente das dúvidas aqui anunciadas.

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

***** Professor de Direito Global da Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas (Direito-GV). O autor agradece a inestimável contribuição da pesquisadora Evorah Lusci Costa Cardoso, na pesquisa e na leitura crítica, e guarda para si a responsabilidade pelas imperfeições.

1 O pertencimento de cada uma dessas normas à categoria de *jus cogens* não faz necessariamente a unanimidade. O conteúdo da categoria continua, portanto, incerto.

2 Carreau (2004, p. 81), por exemplo, considera que o princípio *pacta sunt servanda*, ainda que fundamental, pertence ao âmbito do direito dos tratados e não constitui norma imperativa de direito internacional geral. O mesmo ocorreria com o princípio da boa-fé, uma vez que não se poderia imaginar um direito dos tratados baseado na má-fé.

3 CIJ (1986, p. 100-101); CDI (1966, p. 247, para. 1, art. 50). Vale a pena transcrever a opinião do Juiz Elaraby (2004, 3.1) e a leitura que faz da aplicação do princípio pela própria Corte: "The prohibition of the use of force, as enshrined in Article 2, paragraph 4, of the Charter, is no doubt the most important principle that emerged in the twentieth century. It is universally recognized as a *jus cogens* principle, a peremptory norm from which no derogation is permitted. The Court recalls in paragraph 87, the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States (resolution 2625 (XXV)), which provides an agreed interpretation of Article 2 (4). The Declaration "emphasized that 'No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal'" (Advisory Opinion, para. 87). "The general principle that an illegal act cannot produce legal rights *ex injuria jus non oritur* is well recognized in international law" (Elaraby, 2004, 3.1).

4 *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10.12.1982, art. 101: "Constituem pirataria quaisquer dos seguintes atos: a) todo ato ilícito de violência ou de detenção ou todo ato de depredação cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigidos contra: i) um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos; ii) um navio ou uma aeronave, pessoas ou bens em lugar não submetido à jurisdição de algum Estado; b) todo ato de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que o pratica tenha conhecimento de fatos que dêem a esse navio ou a essa aeronave o caráter de navio ou aeronave pirata; c) toda a ação que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a cometer um dos atos enunciados nas alíneas a) ou b)". Decreto 1.530, de 22.06.1995.

5 O crime de genocídio encontra-se definido na *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio,* art. 2.º: "Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como: a) Assassinato de membros do grupo. b) Dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo. c) Submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial. d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo. e) Transferência forçada de menores do grupo para outro". Decreto 30.822, de 06.05.1952.

6 A categoria de crimes contra a humanidade surge com o Tribunal de Nuremberg e se encontra hoje codificada pelo Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional (Decreto 4.388, de 25.09.2002). Os crimes assim qualificados são: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão (art. 5.º).

7 Para uma leitura crítica da hierarquia no direito internacional, nos âmbitos do controle dos comportamentos, da exegese do direito e da filosofia do direito, ver Koskeniemi (1997).

8 É claro que há hierarquia de fontes entre os tratados constitutivos das organizações internacionais, fontes primárias, e a produção normativa dos órgãos destas, fontes secundárias, mas trata-se de situação diversa daquela de que se trata aqui.

9 Isso explicaria a menção do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça aos tratados antes de mencionar os costumes. Ver também Sur (1997b), para quem não há hierarquia em direito internacional, mas apenas precedência de aplicação.

10 *Carta das Nações Unidas*, art. 103: "No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta".

11 Tendo sido reconhecida na sentença Plataforma Continental do Mar do Norte (CIJ, 1969) é alvo de críticas ásperas de internacionalistas voluntaristas como Weil (1982, p. 44-45).

12 Exemplos, tais como obrigações resultantes de atos de agressão, genocídio, violação de princípios e regras básicos de direitos humanos, como a proteção contra a escravidão e discriminação racial (CIJ, 1970, para. 34).

13 Além das decisões da Corte, também foram apresentadas opiniões individuais sobre obrigações *erga* omnes, tais como as dos juízes Elaraby, Al-Khasawneh, Kooijmans, Higgins, Koroma (2004); Kreca (1999); Weeramantry (1997); Oda (1996).

14 Incluídas aí as opiniões individuais dos juízes Kooijmans e Higgins. Vale a pena a transcrição de alguns trechos desta última: "(para. 37). I have voted in favour of subparagraph (3) (D) of the *dispositif* but, unlike the Court, I do not think that the specified consequence of the identified violations of international law have anything to do with the concept of *erga omnes* (cf. paras. 154-159 of this Opinion). The Court's celebrated dictum in *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, (Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 32, para. 33) is frequently invoked for more than it can bear. Regrettably, this is now done also in this Opinion, at paragraph 155. (para. 38). That an illegal situation is not to be recognized or assisted by third parties is self-evident, requiring no invocation of the uncertain concept of '*erga omnes*' (para. 39). Finally, the invocation (para. 157) of 'the *erga omnes*' nature of violations of humanitarian law seems equally irrelevant. These intransgressible principles are generally binding because they are customary international law, no more and no less" (Higgins, 2004, para. 37, 38 e 39).

15 Não é necessário fazer aqui referência à responsabilidade internacional por atos lícitos.

16 "Article 19 – An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognised as a crime by that community as a whole constitutes an international crime" (CDI, 1976).

17 "Article 40 – Application of this Chapter – (1). This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law. (2). A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfill the obligation" (CDI, 2001).

"Article 41 – Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter – (1). States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40. (2). No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation. (3). This article is without prejudice to the other consequences referred to in this Part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law" (CDI, 2001).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABI-SAAB, Georges. The uses of article 19. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 2, p. 339-351, 1999.

AGO, Roberto. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, v. 134, 1971.

ALLAND, Denis. Countermeasures of general interest. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, p. 1221-1239, 2002.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. *A invenção do* jus cogens *e a dogmática do direito internacional no crepúsculo do* jus publicum europaeum. 2002. 216 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

BASSIOUNI, M. Cherif. Accountability for international crime and serious violations of fundamental human rights: international crimes: *jus cogens* and obligation *erga omnes*. *Law & Contemporary Problems*, v. 59, p. 63-74, 1996.

BEDJAOUI. Declaração. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion of 8 July 1996 I.C.J. Reports 1996.

CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *The American Society of International Law*, v. 97, p. 741-781, 2003.

CARREAU, Dominique. *Droit International*. 8. ed. Paris: Pedone, 2004. 688 p.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Reflections on the existence of a hierarchy of norms in international law. *European Journal of International Law*, v. 8, n. 4, p. 583-595, 1997.

CARTY, Anthony. Critical international law: recent trends in the theory of international law. *European Journal of International Law*, v. 2, p. 67-96, 1991.

CDI. Draft Articles on the Law of Treaties. *Yearbook of the International Law Comission*, v. 2, 1966.

———. Draft Articles on State Responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. 2, 1976.

———. *Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts*, adotado pela Comissão de Direito Internacional em sua 53.ª sessão, 2001.

———. *Report on the work of its fifty-sixth session*. General Assembly, Official Records, Fifty-ninth Session, Supplement n. 10 (A/59/10), 2004.

CHRISTOPHER, Darcie L. *Jus cogens*, reparation agreements, and holocaust slave labor litigation. *Law and Policy in International Business*, v. 31, p. 1227-1253, 2000.

CIJ. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Reports 1951.
———. *North Sea Continental Shelf*. Judgment, I.C.J. Reports 1969.
———. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970.
———. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971.
———. *Western Sahara*. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975.
———. *Military and Paramilitary Activities*, (Nicaragua/United States of America), Merits. J. 27.6.1986, I.C.J. Reports 1986.
———. *East Timor* (Portugal v. Australia). Judgment, I.C.J. Reports 1995.
———. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion of 8 July 1996 I.C.J. Reports 1996a.
———. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia). Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, I.C.J. Reports 1996b.
———. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia). Counter Claims, Order of 17 December 1997. I.C.J. Reports 1997.
———. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. 9 July 2004.
COMBACAU, J.; SUR, S. *Droit International Public*. Paris: Montchrestien, 1997.
CRAWFORD, James; PEEL, Jacqueline; OLLESON, Simon. The ILC's Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts: completion of the second reading. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 5, p. 963-991, 2001.
DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit international Public*. 7. ed. Paris: LGDJ, 2002. 1510 p.
DANILENKO, Gennady M. International *jus cogens*: issues of law-making. *European Journal of International Law*, v. 2, n. 1, p. 42-65, 1991.
ELARABY. Opinião individual. *Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,* 9 jul. 2004.
FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 110 p.
GAJA, Giorgio. Should all references to international crimes disappear from the ILC Draft Articles on State Responsibility?. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 2, p. 365-370, 1999.
GIFFORD, James S. *Jus Cogens* and Fourteenth Amendment Privileges or Immunities: a framework of substantive, fundamental human rights in a constitutional safe-harbor. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 16, p. 481-542, 1999.
HOROWITZ, Jodi. Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the metropolis and others ex parte pinhochet: universal jurisdiction and sovereign immunity for *jus cogens* violations. *Fordham International Law Journal*, v. 23, p. 489-527, 1999.
INTERNATIONAL Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. *Caso Zoran Kupre[ki],* et al. Julgamento 14 jan. 2000.
———. *Caso Anto Furundija*. Julgamento 10 dez. 1998.
KELSEN, Hans. Théorie générale du droit international public. *Académie de droit international. Recueil des Cours*, v. 84, p. 1-204, 1953.
———. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
KOJI, Teraya. Emerging Hierarchy in International Human Rights Law and Beyond: from the perspective of non-derogable rights. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 5, p. 917-941, 2001.
KORKEAKIVI, Antti. Consequences of "Higher" International Law: evaluating crimes of State and *erga omnes*. *Journal of International Legal Studies*, v. 2, p. 81-117, 1996.
KOSKENNIEMI, Martti. Hierarchy in International Law: a sketch. *European Journal of international Law*, v. 8, n. 4, p. 566-582, 1997.
KRECA. *Opinião dissidente*. Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 2 June 1999. (CIJ, 1999)
LAUTERPACHT. Opinião individual. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures.* Order of 13 September 1993, (CIJ, 1993).
MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*: a gestão de problemas internacionais por meio de crime e da pena. São Paulo: Ed. 34; Edesp, 2004. 254 p.
ODA. Declaração. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia). Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, (CIJ, 1996)
PEGNA, Olivia Lopes. Counter-claims and obligations *erga omnes* before the International Court of Justice. *European Journal of international Law*, v. 9, p. 724-736, 1998.
PELLET, Alain. Can a State commit a crime? Definitely yes!. *European Journal of International Law*, v. 10, p. 425-434, 1999.

RUBIN, Alfred P. Universal jurisdiction: myths, realities, and prospects: *actio popularis*, *jus cogens* and offenses *erga omnes*? *New England Law Review*, v. 35, p. 265-280, 2001.
SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruylant: Bruxelles, 2001. 1198 p.
SAWYER, Geoffrey. The death penalty is dead wrong: *jus cogens* norms and the evolving standard of decency. *Penn State International Law Review*, v. 22, p. 459-481, 2004.
SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. 437 p.
SPINEDI, Marina. From one codification to another: bilateralism and multilateralism in the genesis of the codification of the law of treaties and Law of State Responsibility. *European Journal of International Law*, v. 13, p. 1099-1125, 2002.
STEPHENS, Pamela J. A categorical approach to human rights claims: *jus cogens* as a limitation on enforcement? *Wisconsin International Law Journal*, v. 22, p. 245-272, 2004.
SUR, Serge. The State between fragmentation and globalization. *European Journal of International Law*, v. 8, n. 3, p. 421-434, 1997a.
———; COMBACAU, J. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1997b.
UHLMANN, Eva M. Kornicker. State community interests, *jus cogens* and protection of the global environment: developing criteria for peremptory norms. *Georgetown International Environmental Law Review*, v. 11, p. 101-135, 1998.
WEERAMANTRY. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion*, 8 de Julho de 1996. (CIJ, 1996)
———. Opinião individual. *Gabcíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia). Judgment of 25 September 1997, (CIJ, 1997)
WEILER, J.H.H.; PAULUS, Andreas L. The structure of change in International Law or is there a hierarchy of norms in International Law?. *European Journal of International Law*, v. 8, n. 4, p. 545-565, 1997.
WEIL, Prosper. Vers une normativité relative em droit international? *Revue générale de droit international public*, p. 5-47, 1982.
———. Vers une normativité relative em droit international? In: ———. () *Écrits de droit international*. Paris: Presses Universitaires de France, 2000. 423 p.
WEISBURD, A. Mark. The emptiness of the concept of *jus cogens*, as illustrated by the war in Bosnia-Herzegovina. *Michigan Journal of International Law*, v. 17, p. 1-51, 1995.
WET, Erika de. The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law. *European Journal of International Law*, v. 15, p. 97-121, 2004.
WOUTERS, Jan; VERHOEVEN, Sten. The prohibition of genocide as a norm of *ius cogens* and its implications for the enforcement of the Law of Genocide. *Institute for International Law*, Working Paper n. 69, p. 1-16, 2005.
WYLER, Erick. From "State Crime" to responsibility for "Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law". *European Journal of International Law*, v. 13, p. 1147-1160, 2002.

Salem Hikmat Nasser

Professor de Direito Global da Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas (Direito-GV)

O FILÓSOFO COMO VERDADEIRO PROFESSOR DE DIREITO (1990) ©Suhrkamp

Jürgen Habermas

THE PHILOSOPHER AS THE REAL LAW TEACHER

TRADUÇÃO *Rúrion Soares Melo* *

RESUMO

Neste artigo, Habermas discute as reflexões de Wiethölter sobre a necessidade de uma revisão profunda dos conceitos fundamentais do direito, assim como dos paradigmas do direito, uma vez diagnosticada sua crise em relação ao problema da indeterminação do direito e da racionalidade da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE

Indeterminação do direito – crise do direito – paradigmas do direito – racionalidade da jurisprudência

ABSTRACT

In this article, Habermas discusses Wiethölter's reflexions on the necessity of a deep revision of the fundamental concepts of law as well as the paradigms of law, once diagnosticated its crisis concerned to the problem of the indeterminacy of law and the rationality of jurisprudence.

KEYWORDS

Indeterminacy of law – crisis of law – paradigms of law – rationality of jurisprudence

I

Quando o lendário curso radiofônico *Rechtswissenschaft* (*Ciência do direito*) foi publicado cerca de 20 anos depois, Wiethölter escreveu um prefácio peculiar que exprimiu uma distância que se tornou ainda maior em relação ao texto, ao mesmo tempo também exprimiu a fidelidade para com as velhas esperanças de reforma: "Considerar a ordem política de uma sociedade econômica como constituição da cultura jurídica é e permanece sendo o núcleo tanto teórico quanto prático de um projeto da modernidade".[1] Tal como num mote, os pensamentos reunidos em substantivos se aglomeram em corpos explosivos, que no instante seguinte estouram como irônicos fogos de artifício para projetar no céu noturno uma figura alegórica que necessita ser decifrada. Wiethölter pensa na domesticação política e na transformação democrática da sociedade capitalista pelo *medium* de um direito, cuja força civilizadora penetra e se instala nas formas de

vida culturais. O verdadeiro direito deve libertar para a cultura do conflito a sociedade antagônica.

Wiethölter é um grande formulador, um artífice da palavra, um malabarista das citações, um pirotécnico e um parodista, que de certo modo prepara as palavras de uma forma estridente, para que possam com isso exercer um serviço esclarecedor. Assim como nas montagens de Alexander Kluge, a prosa saltitante de Wiethölter lança o leitor numa confusão. Cada frase embrulha os pensamentos num mote, cada uma mergulha em uma plenitude de conotações, cada uma destrói uma pré-compreensão, cada frase se coloca próxima do centro de uma esperança histórico-filosófica que se inscreveu profundamente no ano de 1929. Com um suspiro de colorido melancólico da primavera do ano de 1945, e que se manteve por toda a vida, Wiethölter permaneceu atado à sua geração:

> [...] e sempre a esperança secreta nos planos ocultos da natureza e no uso público da razão, ou seja, naquela benéfica e insidiosa dialética da implementação, sob cujo encanto e sob cuja varinha mágica se seguem conseqüências do agir humano, que não eram ao mesmo tempo as conseqüências das intenções do agir humano.[2]

A partir da experiência biográfica do novo começo elucidam-se também a mentalidade e o pathos encoberto, que ainda emprestam sua clareza aos textos mais obscuros. Wiethölter não desiste; também quando se recolhe, ele não desiste. Em um discurso enérgico proferido em razão do sexagésimo aniversário de Ludwig von Friedeburg, encontra-se uma das mais raras confissões:

> Hoje nós não temos nem que justificar nem que trair a crítica de então, mas continuá-la contemporaneamente; contemporaneamente significa: de forma mais diferenciada, mais complexa, mais sólida, portanto também mais cautelosa, e, num sentido totalmente literal, mais atenciosa e prudente – com vistas às oportunidades num longo prazo.

Wiethölter domina de forma tão magistral o discurso de aniversário, que eu não gostaria de me colocar em concorrência com ele fazendo um panegírico pelo seu sexagésimo aniversário. Em vez disso, eu relato as experiências de um leigo em direito com o jurista e verdadeiro professor de direito Wiethölter. Com essa expressão, Kant se referia ao filósofo que percebera na esfera pública o papel do intelectual; mas também como tal filósofo, Wiethölter permanece jurista.

Em geral, o não-jurista entre os filósofos não pode evitar uma experiência típica: as discussões do direito público, mais especificamente aquelas do Estado de direito que se passaram no campo de forças políticas da República de Weimar, ainda

podem ser conectadas à conceitualização filosófica mais grosseira; ao passo que a visibilidade diminui e a confusão aumenta, mais profundamente se penetra nas picuinhas (*Quisquilien*) do direito civil – e logo não se vê mais a floresta, devido às arvores que estão à sua frente. Ora, não posso me aproximar das considerações complexas de Wiethölter com esse esquema simplificador. É preciso escutá-lo ao menos uma vez durante três horas! Por um lado, ele se compraz com a necessidade de abstração do filósofo de um modo ainda mais impressionante do que os colegas do direito público: Wiethölter escancara perspectivas, oferece magníficos enfoques. Por outro lado, Wiethölter atormenta o pobre filósofo ainda com menos misericórdia do que o civilista mais obcecado pelo detalhe: Wiethölter, com seu grande calibre, o abandona sem ajuda nos enxames de detalhes vulgares. Wiethölter separa ininterruptamente um caso do outro, buscando um efeito caleidoscópico – todas as estruturas decompõem-se em detalhes e contingências transitórios. Wiethölter surpreende no modo como não somente concilia contrários, mas também os contamina intencionalmente. A determinação por formar estruturas por meio da espessura histórica alterna-se com a dissolução casuística, permitindo imergir o universal no particular, o texto no contexto. Da construção experimental da história segue-se uma desconstrução que prestaria honras aos virtuosos do *Critical Legal Studies*. Mas diferentemente de Duncan Kennedy, que aliás tratou de compreender de forma notável o mundo de idéias de Wiethölter, a este pertencem ambas as coisas: a fúria desconstrutiva da consciência da crise e a procura por uma saída construtiva.

Wiethölter está profundamente convencido de que o compromisso do Estado social lançou o sistema jurídico das sociedades industriais desenvolvidas numa crise. Wiethölter partilha dessa consciência da crise com muitos colegas; mas, de acordo com sua interpretação, manifesta-se nisso mais do que somente a exigência do sistema jurídico. Os problemas não resolvidos da sociedade, dos quais uns disseram respeito mais ao mercado e outros mais ao Estado, devem resultar antes de um fracasso do sistema jurídico. Para Wiethölter, o direito não é um subsistema entre outros, mas um *medium* preferencial de integração da sociedade como um todo: "No essencial isso deve significar: o fracasso do mercado e da política como fracassos do direito". Em razão dessa posição central, deve caber à transformação do sistema jurídico e àquela renovação da teoria do direito, que fornece a fagulha inicial para tanto, um significado eminentemente político.

Essas duas interpretações – sobre o estado crítico do sistema jurídico e sobre a crise do direito como causa da crise social – esclarecem a estratégia de Wiethölter: De um lado, ele tenta demonstrar sempre em casos particulares que a prática de decisão judicial torna-se imponderável, porque faltam "critérios, foros e procedimentos" que possam fundar um consenso; por outro lado, ele não extrai desse diagnóstico as conseqüências contextualistas habituais, mas se atém à autocompreensão normativa do Estado democrático de direito com a finalidade de pôr em consonância com ela a

prática confusa. Mas as próprias interpretações fundamentais são plausíveis? Como podemos entender a tese de uma crise do direito (II), assim como a tese da posição socialmente central do direito (III)? Limitar-me-ei a alguns apontamentos e interpolações exegéticos.

II

Enquanto um dogmático formado, os juristas percebem o direito da perspectiva do juiz, e toda crise do direito eles interpretam como crise da jurisprudência. Sob esse aspecto, por sua vez, a indeterminação das decisões judiciais é o que mais os preocupa – ou seja, a circunstância de que o julgamento de um caso não seja suficientemente determinado por meio do direito vigente, pelos julgamentos anteriores (*Präjudizien*) e pelas leis vigentes, comentários e opiniões dominantes (também quando o julgamento pode ser previsto em razão de *outras* variáveis). Por isso interessam sobretudo as razões estruturais. A indeterminação interna da jurisprudência resulta em geral da lógica da aplicação de normas jurídicas e especialmente da imposição de políticas do Estado intervencionista formuladas pelo direito. A complexidade crescente de matérias que necessitam de regulação e a interdependência elevada das próprias regras colocam os tribunais diante do dilema de terem de aperfeiçoar o direito a partir de sua própria autoridade, apesar do vínculo constitucional das leis. Partindo dessa perspectiva, pode-se falar de uma crise do direito, se (a) se diagnosticar a indeterminação da jurisprudência, que (b) se apresenta como reflexo jurídico dos desenvolvimentos políticos e sociais irreversíveis, e (c) se exigir do juiz uma interpretação construtiva e desenvolvida juridicamente, sem que (d) para essa "ponderação" coloquem-se à disposição critérios legitimados democraticamente e examinados intersubjetivamente (tais como procedimentos para formação do critério). Quem, como Wiethölter, persegue com receio a crise do direito da perspectiva do juiz, tem que se interessar, por essa razão, pelo tema do aperfeiçoamento do direito.

Em um semelhante trabalho, Wiethölter acabou radicalmente com a doutrina convencional da divisão dos poderes. A análise da jurisprudência mostrou que a prática de decisão judicial não pode ser concebida, tal como no manual, como uma ação orientada para o passado, a saber, como uma ação fixada no direito vigente, e nem pode ser diferenciada da legislação e da administração como um tipo de ação que se concentra no futuro e no presente. Por outro lado, a literatura que Wiethölter discute nesse ponto – estudos de F. Müller, D. Simon e R. Ogorek – conduz a um resultado sensato, que retira os elementos dramáticos do cenário da crise. De acordo com isso, desde o fim do século XVIII o trabalho de interpretação do juiz e da dogmática jurídica *já sempre* se movimentou no interior de um espaço de avaliação relativamente grande; a práxis de decisão judicial já sempre constituiu um aperfeiçoamento construtivo do direito, totalmente independente

da compreensão política instável do direito, assim como de sua compreensão circunscrita à metodologia jurídica.

> Em suma, couberam ao juiz todos os passos das tarefas do poder soberano: Ele identifica o caso, os compõe como um programa de regras, toma decisões e medidas administrativas e calcula as conseqüências políticas – e assim o faz completamente independente de se nos últimos 200 anos isso lhe foi explicitamente proibido ou se ele se animava constantemente ao agir assim.[3]

Em aparente concordância com essa tese, o próprio Wiethölter tira a seguinte conclusão da investigação histórico-jurídica de R. Ogorek, a saber, que o dilema de uma jurisprudência obrigada pela razão, que pode apenas administrar o direito como direito correto na medida em que o aperfeiçoa sem o respaldo do direito natural e da legitimação democrática, dificilmente poderia ter sido modificado a partir do início do século XIX.

Mas se não se deve reconhecer nenhum agravamento dramático daquele dilema, nem mesmo a tendência de uma pressão crescente do problema, o que ainda justifica o diagnóstico da crise ao qual Wiethölter se atém também no teor desse ensaio? O que justifica a queixa sobre os "critérios, foros e procedimentos" que faltam? Por que Wiethölter acredita ser necessária uma revisão profunda dos conceitos fundamentais do direito, para com isso resolver a crise? Por que, para a reconceitualização do direito, ele espera ajuda de fora – dos enfoques da teoria dos sistemas, da economia e da teoria da comunicação, também de teorias da sociedade rivais e que ultrapassam a perspectiva interna do sistema jurídico? Wiethölter se atém à intuição fora de moda de que o direito perde a sua pretensão de legitimidade se a pretensão de validade normativa do direito não puder mais ser desempenhada por uma jurisprudência racional que fecha as lacunas de indeterminação. Mas ele não localiza esse problema imediatamente no âmbito da metodologia e da dogmática jurídica, mas no âmbito de uma compreensão de fundo da teoria social que penetrou a profissão e que forneceu ao direito um significado preciso, e precisamente no espaço de um projeto dinâmico do Estado de direito que se tornou reflexivo: "ora, nosso interesse tem de se voltar para as orientações que influenciam a época".[4]

Isso esclarece o interesse de Wiethölter nas "épocas" do direito formal burguês, do direito materializado do Estado social e do direito procedimental, que deve fazer parte de uma sociedade pós-industrial em surgimento. Ora, essa periodização, tal como entretanto a compreendemos, não é muito frutífera para o desenvolvimento efetivo do direito em sociedades do tipo da nossa. Contudo, Wiethölter também não utiliza as expressões direito formal, material e procedimental com fins históricos, mas como rótulos para o "modelo social do direito". Em torno daqueles conceitos cristaliza-se assim uma outra compreensão de fundo daquilo que toma parte no processo

de realização do Estado democrático de direito como um projeto histórico – sobretudo o projeto dos especialistas em direito. Pois somente o contexto de um projeto como o de uma sociedade justa ou bem ordenada (Rawls) pode fechar as lacunas de indeterminação de uma interpretação do direito vigente ligada a casos determinados.

Klaus Günther esclareceu recentemente, do ponto de vista de uma lógica da argumentação jurídica, o papel das ideologias do direito, as quais oferecem um contexto de inserção para as normas jurídicas. Ele elaborou um modelo de coerência que lançou uma nova luz à compreensão de fundo paradigmática do direito em geral. A interpretação de uma norma aplicável a uma situação tem o objetivo de fundamentar o primado de uma norma que seria a única adequada, de tal modo que o ideal de um sistema de normas válidas não fosse violado.[5] Aquela norma que parece "adequada" à luz de uma descrição a mais completa possível de todos os indícios relevantes de uma situação de aplicação não anula a validade das normas que concorrem entre si, cristalizando-se primeiramente para uma aplicação, mas que depois foram reavaliadas como inadequadas; a escolha da norma adequada apresenta-se antes como resultado da melhor teoria de *todas* as normas válidas – teoria essa considerada em cada caso. Pois a interpretação de um caso à luz da norma privilegiada aparece não[6] como a realização mais favorável de um bem jurídico que concorre com outros bens jurídicos; ela significa antes a melhor utilização possível de um *sistema* de normas válidas sob a consideração de todas as circunstâncias.

Cada norma permanece dependente da complementação coerente efetuada por meio de todas as outras normas válidas. Certamente esse sistema encontra-se em constante movimento, podendo-se assim alterar as relações de primazia com cada nova situação que surge. Em regra, não é possível uma orientação segundo um ideal tão pretensioso como esse – e isso nem no caso da jurisprudência profissionalizada. Por essa razão, no lugar do ideal entram os paradigmas,

> nos quais as normas, que nós consideramos válidas aqui e agora, (já) foram trazidas em uma ordem transitiva… Eles formam um contexto de fundo no qual são inseridos nossas avaliações de cada situação e os juízos morais *prima facie* correspondentes… Assim, sob as formas modernas de vida, cada um solucionou do seu modo a relação de hierarquia entre os princípios da liberdade e da igualdade, sem que se afirmasse com isso que os paradigmas correspondentes são inalteráveis e para cada caso de colisão se sugerisse sempre somente uma e a mesma solução.

Mas Günther logo continua:

> Na medida em que eles desobrigaram os participantes de uma prática social determinada a se contentarem com uma porção de princípios não ordenados

> e somente *prima facie* aplicáveis, [...] os paradigmas certamente também são uma fonte de prejuízos, avaliações distorcidas da situação e, correspondentemente, aplicações parciais ou unilaterais de normas válidas.[7]

Um exemplo disso é oferecido pelas ideologias jurídicas do Estado de bem-estar social com seus conceitos centrais de direito formal e material.

O diagnóstico da crise efetuado por Wiethölter deixa-se compreender então de tal modo que esses paradigmas, que se cristalizaram em torno dos direitos subjetivos do participante privado do mercado e das exigências por serviços a que têm direito os clientes da burocracia do Estado de bem-estar, se desintegrassem, *sem que se tivesse colocado em seus lugares uma nova ideologia jurídica*. Os modelos sociais, implícitos nos conceitos do direito formal e material, hoje não são mais passíveis de consenso; eles perderam sua força de integração. De acordo com esse diagnóstico, a jurisprudência tornou-se "indeterminada" porque falta o consenso de fundo que poderia atuar como paradigma de uma ordem justa. Oferece-se como alternativa uma autocompreensão funcionalista ou econômica do sistema jurídico que deflaciona todas as reflexões normativas. Contra isso, Wiethölter parte de que um sistema jurídico, que determinaria assim sua própria base normativa e se apresentaria como um sistema irracional de controle do comportamento, dificilmente é capaz de sobreviver. Por isso ele busca uma outra alternativa. Sob o rótulo de direito "procedimental" ele defende o tornar-se reflexivo (*Reflexivwerden*) de *todos* os paradigmas. Em todo caso, ele associa com esse conceito o modelo de uma sociedade que organiza a si mesma e que tem como premissa o pluralismo das orientações de valor e das convicções.

No lugar de formas de vida presas a ideais produtivistas, que surgiram do contrato entre pessoas privadas livres e iguais ou da distribuição igualitária das riquezas produzidas socialmente, entra o projeto de instituição em larga escala de procedimentos de processos racionais de formação coletiva da opinião e da vontade. No lugar de uma religião civil desta ou daquela proveniência entra a "cultura de conflito do direito", no lugar de um contexto de inserção substancial, um direito que não projeta mais uma forma de vida concreta, mas determina somente os procedimentos de uma auto-organização da sociedade.

III

Wiethölter declina incansavelmente as formas gramaticais do direito. Ele distingue direito como categoria de forma e direito como categoria de conteúdo, direito como programa condicional e como programa final, como forma da liberdade subjetiva e como *medium* da política estatal, com a intenção de emprestar contornos visionários ao terceiro tipo que deve ser complementado na série de formas de

direito, à procedimentalização do direito. Com esse novo e abstrato contexto de inserção, a categoria do direito enquanto tal deve se modificar:

> A procedimentalização visa não tanto às garantias sociais (como direito de liberdade), e nem também às outorgas (*Gewährungen*) (como administração política), mas às condições de possibilidade... de tais garantias e outorgas a partir da conjunção de interesses que podem ser integrados por meio das ordenações jurídicas que regulam o comportamento.[8]

Wiethölter antecipa a instituição de foros e procedimentos para uma formação discursiva da vontade (especificada segundo um âmbito objetivo e social) por meio de critérios de acordo com os quais um conjunto de princípios interpretados com conceitos jurídicos indeterminados – tais como o bem-estar das crianças, interesses de empresas, paz no serviço, paridade social, etc. – possam, em casos específicos, ser trazidos a uma ordem coerente. Ao mesmo tempo ele dramatiza essa recomendação com vistas a uma perspectiva de transformação da sociedade como um todo: "A procedimentalização é – em uma frase – a conexão renovada com a filosofia e história burguesas, com a intenção de reproduzir seus desenvolvimentos tanto idealistas como materialistas sob circunstâncias modificadas enquanto um projeto de aprendizado da sociedade".[9] Em tais pontos Wiethölter parece esquecer que primeiramente só se pode falar de uma compreensão de fundo procedimental que, após o fim de todas as ideologias jurídicas capazes de consenso, sirva para aperfeiçoar a racionalidade da jurisprudência. Wiethölter tem algo ainda maior em vista. Ele ainda não desistiu da idéia de um direito racional da sociedade burguesa como um "programa instituído e executado"; continua convencido de que o "direito (é) a estrutura decisiva da sociedade".

Isso pode *aparecer* assim da perspectiva do sistema jurídico. Mas Wiethölter também sabe que sociedades modernas não se adaptam em geral a conceitos do direito racional e, com isso, aos conceitos jurídicos fundamentais. Já os filósofos morais escoceses e os fisiocratas franceses tomaram emprestado seu modelo de *outras* ciências. A sociedade não é mais compreendida a partir do direito, mas – de Marx até Luhmann – o direito é compreendido a partir da sociedade. Então, em qual sentido podemos falar de uma posição central do direito?

Wiethölter parece partir, com Savigny, de um conceito duplo de direito: do direito como um âmbito funcionalmente especializado e do direito como um elemento no qual se reproduz o todo da sociedade. Em todo caso, ele cita Savigny:

> Pois quando a cultura aumenta divide-se cada vez mais todas as atividades do povo, e o que antes se exercia em comum, diz respeito agora a estamentos individuais. Como um tal estamento separado aparecem agora também os

> juristas... A existência do direito é a partir de agora mais artificial e desenvolvida, na medida em que ele tem uma vida dupla, de um lado como parte da vida total de um povo – o que o direito não deixa de ser –, por outro lado como ciência particular nas mãos dos juristas. A partir da cooperação desse princípio vital duplo esclarecem-se todos os fenômenos tardios, e agora é compreensível como também aquele detalhe monstruoso pôde surgir de um modo orgânico, sem arbítrio e intenção. Para encurtarmos, chamamos artificialmente a conexão do direito com a vida comum do povo de elemento *político*, mas a vida científica especializada do direito como o *elemento* técnico do mesmo.

Também hoje essa distinção ainda possui seu sentido bom; o direito como sistema de todas as interações reguladas juridicamente é mais amplamente concebido como o sistema de todas as interações relacionadas *reflexivamente* com o direito, e nas quais se trata do próprio direito. Mas esse sistema jurídico em sentido estrito não se mantém apenas devido à aplicação profissional do direito, mas antes devido à produção e aperfeiçoamento assim como à implementação de normas ou programas jurídicos. A perspectiva interna desse sistema jurídico não pode ser unilateralmente recortada da perspectiva do juiz e do dogmático do direito. Se uma perspectiva – também metodicamente – deve ser perseguida, deve ser aquela do legislador democrático e não aquela do jurista, na qual Savigny havia visto o guardião nato do direito e de sua racionalidade. Certamente Wiethölter orienta seu olhar ao "elemento político" do direito – mas ele também privilegia inesperadamente seu "elemento técnico", uma vez que se trata de saber como o sistema jurídico como um todo pode dispor da "procedimentalização". Algumas formulações nos dão a impressão de que o verdadeiro professor de direito ainda representaria o papel do dogmático civilista de Savigny. O dogmático vestia o ornamento invisível do juiz (*Richterkönigs*) e se colocava tão alto que podia visualizar de cima o legislador como uma de suas fontes do direito. Era tudo então uma questão de perspicácia da jurisprudência, que tinha dotado a sociedade com o direito correto – uma vez instituído corretamente, ela já funcionaria. Pode-se hoje pôr em dúvida se o direito nesse sentido ainda é capaz de afirmar um papel central.

Em um outro sentido, talvez ele ainda permaneça exercendo um papel central – como guardador de lugar (*Statthalter*) da *pretensão* de que também nossos sistemas complexos, reguladores do dinheiro e do poder administrativo, não podem abrir mão completamente de uma integração social mediada pela consciência do todo da sociedade. Parsons falou de uma institucionalização jurídica do *medium* do dinheiro e do poder. Nesse sentido, não é totalmente inoportuna a representação do direito como o *medium* sobre o qual a integração sistêmica permanece ligada à integração social de formas de vida. O direito deve essa expectativa à circunstância de que ele

limita as interações simultaneamente desde fora e as justifica da perspectiva dos participantes; e se o direito se contenta com a legalidade das ações, ele também tem que sempre *poder* ser seguido por razões morais. Foi assim que Kant concebeu o direito à coerção. E constantemente a dimensão normativa de sua validade liga o direito em seu todo a um reconhecimento intersubjetivo isento de coerção por parte dos parceiros do direito. Ainda que reste ao direito pós-metafísico apenas uma aparência de normatividade, as formas de organização jurídicas refletem-se no brilho da promessa de uma auto-organização da sociedade – os participantes têm de poder considerar a organização jurídica de sua vida comum como se ela tivesse surgido de sua formação intersubjetiva racional da vontade.

Eu suspeito que Wiethölter superou esse vestígio de idealismo, que a ironia do cínico atrai para si, no conceito de "direito procedimental". Para poder efetuar uma mudança, o projeto de uma sociedade radicalmente democrática, que está insidiosamente associada a esta expressão, não deve penetrar apenas na consciência dos especialistas em direito; ele deve se enraizar na compreensão de fundo das administrações e das corporações legislativas – e com isso remeter a uma irmanação (*Verschwisterung*) da formação da vontade constituída democraticamente com esferas públicas autônomas, que certamente têm que ser possibilitadas juridicamente, mas não podem ser constituídas num todo como corporações. O direito não pode produzir uma cultura política democrática, permanecendo dependente da boa vontade desta. É assim que compreendo o discurso paradoxal da ordem política de uma sociedade econômica como "constituição de uma cultura jurídica".

Em Wiethölter as reflexões sobre teorias da democracia também giram em torno da questão de como pode ser institucionalizada "a imparcialidade de critérios sob os quais todas as particularidades recebem seu direito". Ele se mostra cético perante o universalismo abstrato do esclarecimento e seus princípios que estão localizados "lá no alto por sobre as particularidades que nos determinam". Mas Wiethölter também é cético diante de um contextualismo que vira as costas para o universalismo:

> A teoria jurídica da esquerda decidiu na luta pelo direito não reclamar seus direitos em nome da racionalidade universal ou da imparcialidade reguladora, mas estabelecê-los numa particularidade radicalizada, na soberania (também jurídica) e na autonomia de grupos autodeterminados. Com isso, eles reclamam igualmente reconhecimento de uma minoria absoluta frente à maioria relativa, ou seja, expresso na terminologia jurídica clássica, concebe o *status* referente ao direito público antes como um *status* do direito civil.[10]

O próprio Wiethölter contrapõe o modelo do direito dos povos com o do direito privado internacional. Um caso que seja interpretado diferentemente a partir do

ponto de vista de contextos diferentes deve, não obstante, ser decidido segundo regras de colisão que são aceitáveis para ambos os lados.

Ora, algo semelhante vale para a formação política da vontade em sociedades pluralistas e altamente individualizadas, que estão tão fragmentadas que só pode haver maiorias de minorias subculturais. De modo algum essa situação obriga ao abandono do universalismo; no entanto, o esforço de contextualização cresce na medida em que a operação de universalização exige regras e princípios fundamentais cada vez mais abstratos. Com isso, a "teoria jurídica da esquerda" freqüentemente reage apenas com um reflexo de suas falhas antigas – e que também naquela época foram desnecessárias. Porque eles tinham permanecido presos a premissas coletivas falsas, agora confiam tudo ao reflexo do individualismo. U. Preuss utiliza uma teoria tornada reflexiva da escolha racional para descer os cidadãos do Estado orientados pelo bem comum de Rousseau das alturas de sua identificação nacional para o chão do auto-interesse burguês do indivíduo privado esclarecido. No percurso de volta que leva de Marx a Hobbes, Kant parece ter ficado no meio do caminho. Do cálculo de utilidade individual deve resultar, por meio de preferências de segunda ordem, a compatibilidade social (*Sozialverträglichkeit*) do interesse que é sempre meu:

> A satisfação do meu interesse individual depende ou de uma ação coletiva – em cada esquina há um policial que observa o comportamento desdenhoso dos passantes e, caso seja necessário, o sancione – ou de que os outros indivíduos satisfaçam seu comportamento individual, que, baseado na confiança do comportamento de seus concidadãos igualmente regulado pela lei, conduzem de fato à satisfação dos interesses.[11]

Wiethölter não reagiu de forma tão clara contra essa tentativa de uma "socialização da teoria econômica": "Tudo o que disse o senhor Preuss, (...) ilumina extraordinariamente a cabeça, mas causa tanta tristeza ao coração".

Ora, Wiethölter não deveria ter ficado tão triste por esse motivo. Na sua própria contribuição à discussão ele já expôs uma dúvida saudável à dúvida individualista. Preuss não pode fechar o abismo entre o cálculo de utilidade egocêntrico e o interesse comum lançando mão de preferências – pois também estas, quando se tornam reflexivas, *permanecem* subjetivas. Isso é realizado apenas pela "mão invisível" de Adam Smith (na qual Preuss não acredita mais) ou pela "lei universal" de Kant (uma legislação que certamente deve ser libertada da prisão da vida solitária da alma). O próprio Preuss diz isso: "Nós temos aqui então não o caso de uma satisfação de interesses coletiva, e também não uma individual, mas uma satisfação de interesses apoiada na reciprocidade e na confiança mútua entre os indivíduos".[12] Ele postula que cada indivíduo (a) reflete para si qual seria o comportamento universal *igualmente bom para todos*, e (b) confia, com isso, que todos os outros vão empregar a

mesma reflexão e (c) vão agir de acordo com o seu resultado. Assim, de Hobbes volta a surgir Kant.

Talvez a partir daqui se devesse avançar de Marx até Mead e postular com Wiethölter "foros e procedimentos" que pudessem emprestar à assunção de uma perspectiva universal ainda relacionada ao *foro interno* (sem a qual também a teoria econômica do direito não se "socializaria") a forma sólida de uma práxis intersubjetiva.

NOTAS

* Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer, publicado em J. Habermas, *Die nachholende Revolution*. Frankfurt/M, Suhrkamp, 1990.

1 R. Wiethölter, *Rechtswissenchaft*, Basel, 1986, p. 7.

2 R. Wiethölter, Bemerkungen aus der Recht- und Juristenwelt, *Die Zukunft der Aufklärung*, Frankfurt/M, 1989, p. 38 e ss.

3 D. Simon apud R. Wiethölter, Zum Fortbildungsrecht der richterlichen Rechtsfortbildung, *KritV*, I e ss, p. 19, 1998.

4 Idem, ibidem, p. 24.

5 K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit,* Frankfurt/M, Suhrkamp, 1988.

6 Tal como R. Alexy, *Theorie der Grundrechte,* Baden-Baden, 1985, p. 71 e ss.

7 K. Günther, *Ein normativer Begrif der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation*, 1989, p. 22. Manuscrito.

8 R. Wiethölter, *Prozeduralizierung der Rechtskategorie*. 1986, p. 12. Manuscrito.

9 Idem, ibidem, p. 13.

10 Idem, p. 12.

11 U. Preuss, Perspectiven von Rechtsstaat und Demokratie, *Kritische Justiz*, I, p. 10, 1989.

12 Idem, ibidem.

Jürgen Habermas

ABSOLUTISMO JURÍDICO
(OU: DA RIQUEZA E DA LIBERDADE DO HISTORIADOR DO DIREITO)

Paolo Grossi

JURIDICAL ABSOLUTISM

TRADUÇÃO *Ricardo Marcelo Fonseca* *

RESUMO

Este estudo busca definir a expressão "absolutismo jurídico" no quadro da análise histórica do direito acerca do período compreendido entre o fim do século XVIII e início do século XIX. Trata-se de conceito que visa apreender a situação transformadora por que passou o estatuto jurídico a partir da Revolução Francesa e, mais especificamente, a partir dos grandes movimentos de codificação que lhe sucederam. A par da retórica revolucionária com suas muito repetidas loas ao novo poder da lei na época liberal, são apontadas também as graves perdas que o saber jurídico sofre com essa sua redução à mera legalidade, tais como a perda do papel central do jurista em detrimento do legislador político e o enrijecimento do saber jurídico, que se torna menos sensível ao fluxo histórico-social.

PALAVRAS-CHAVE

absolutismo jurídico; codificação; história do direito; Revolução Francesa.

ABSTRACT

The aim of this paper is to define the term "juridical absolutism" in the theoretical frame of reference for the historical analysis of law in the period comprehended between the last years of the 18th century and the first years of the 19th. The concept of 'juridical absolutism' intend to apprehend the transforming issues of the juridical statute from the French Revolution on, and more specifically as resulting from the great codification displacements that had follow after. The revolutionary rhetoric comprised by repeated laudatory speech to the renewed power of law in liberal time is followed by serious damages to juridical knowledge that had succeed its reduction to mere legality, as such as the displacement of the central role of the jurist for the disadvantage of the political legislator and the hardening of juridical knowledge which became less sensitive to social and historical flow of changes.

KEYWORDS

juridical absolutism; codification; history of law; French Revolution.

1. Absolutismo jurídico como superação de um artifício histórico-jurídico
2. Sobre a liberdade e riqueza do historiador do direito
3. O significado do esquema historiográfico do absolutismo jurídico
4. Jusnaturalismo e juspositivismo na fundação do absolutismo jurídico
5. Absolutismo jurídico, mudanças socioeconômicas, complexidade da experiência
6. Absolutismo jurídico, crise atual das fontes, papel atual do jurista.

1. Absolutismo jurídico: um substantivo e um adjetivo comuns, mas uma conjunção nada comum. De fato falou-se e fala-se freqüentemente de absolutismo unindo a qualificação de político, religioso, cultural, mas nunca – que eu saiba – de jurídico. A conjunção aparece não apenas incomum, mas também singular e pouco compreensível, se se atenta que com ela eu pretendi e pretendo sublinhar um fruto típico da era burguesa, da era do liberalismo econômico, cuja baixa retórica dos lugares comuns da cultura corrente assinala unicamente o vulto de um mundo de conquistas libertárias, era de liberdades, era de direitos.

Ninguém quer desmentir este vulto, que permanece relevante na história da civilização moderna. Com aquela conjunção e com a modesta e elementar reflexão que lhe é conexa se quer apenas assinalar que não se deve ser ofuscado e conquistado por aquele vulto garboso, vistoso e sem dúvida nenhuma convincente, mas que existem outros lados mais escondidos – geralmente ignorados ou deixados à parte – que convém iluminar para que se atinja o resultado de uma plena historicização e não de um retrato laudatório do mesmo modo como, no passado, os pintores cortesãos muito freqüentemente faziam em seus pouco graciosos soberanos.

A alguém, amante de artificialidades e habituado a trazer ofertas sobre os altares consolidados, poderá parecer uma dessacralização. Será, ao contrário, unicamente a aquisição de uma visão mais complexa, mais autenticamente crítica.

2. Estão exatamente aqui, a meu ver, o papel e a tarefa do historiador do direito, como tive ocasião de apontar recentemente em mais de uma ocasião; e o tema-problema do absolutismo jurídico, evocado por nenhum outro que não o historiador do direito, disso oferece demonstração esplêndida. Ele, se o é realmente, ou seja, se tem realmente o privilégio de reunir em si o historiador e o jurista, é personagem pela sua natureza dotado de extraordinária riqueza e de extraordinária liberdade com relação ao cultor do direito positivo; e não deve ter dentro de si, egoisticamente fechado, um tal dúplice privilégio, mas exercitá-lo num colóquio vivo com quem é, por um lado, mais pobre, e por outro, menos livre que ele.

Riqueza muito singular! Que está toda no seu manipular com desenvoltura a vida e a morte: a vida na sua extensa plenitude, no seu balanço inteiramente realizado e já concluído; e a morte não como vazio não preenchido, mas como nexo vital, como relação entre um antes e um depois. Singular riqueza, mas também riqueza grande, que se apropria da totalidade do exprimir-se vital, que não se limita às singulares vicissitudes individuais destacadas umas das outras, mas que é capaz de alcançar o fio que une a todos, que o olho não vê, mas que a todos sustenta quase como o fio de um colar.

E liberdade singular! Que é liberdade do enredamento do presente e do pesado vínculo do vigente. Se quisermos, é uma pobreza absoluta aquela do historiador,

pobreza totalmente parecida àquela do monge, sem seduções, sem satisfações sensíveis, mas também purificada da grosseira aridez que vem dos laços do cotidiano; uma pobreza que é para ele pureza do olhar liberado da paisagem tangível, leveza do seu ser todo projetado em uma dimensão supra-sensível, e por isso também plenitude espiritual.

Esse personagem rico e livre graças à sua pobreza tem, exatamente por isso, o privilégio de assumir uma função estimuladora, eminentemente crítica. Outros disseram que é encarregado de um muito amplo cuidado de almas; eu me limitarei a sublinhar o papel da consciência crítica ao lado de um cultor de um direito positivo, do sujeito que é chamado à incômoda função de colocar em crise as certezas não discutidas deste último, abalando as suas imóveis bases sólidas e desordenando a perfeita paisagem na qual ele tem prazer em se inserir.

Uma grande desordem nessa paisagem perfeita é, justamente, o chamado desagradável, mas, a meu ver, salutar, que é feito pelo tema do absolutismo jurídico.

3. Foi em 1985, instigado por uma providente iniciativa de Giorgio Berti[1] voltada a refletir problematicamente sobre o sistema das fontes do direito, que eu cheguei pela primeira vez – numa completa solidão – a apreender a plenitude do direito moderno como absolutismo jurídico, mas foi em 1988, quando estávamos em toda a Europa por sermos submersos pelo grande auge das celebrações do bicentenário da revolução e da "Déclaration des droits", que se fez explícito o discurso, com uma voz tanto fora do tom com relação ao coro geral quanto não escutada e solenemente ignorada. Não me importando com o muito escasso sucesso do meu chamado, ao contrário continuei teimosamente a reforçar e sublinhar, nos últimos quinze anos, aquilo que me parece um grande problema cultural, ou seja, um problema que diz respeito de modo central à cultura jurídica moderna.

Absolutismo jurídico é um esquema interpretativo que, na minha visão, tendia a esclarecer também as induvidosas – mas quase sempre ignoradas – conseqüências negativas das concepções jurídicas burguesas. O grito da Marselhesa e os foguetórios disparados para as cartas dos direitos impediram muitas vezes de advertir quão limitador e inatural tinha sido o grande processo de panlegiferação e de codificação nos séculos XVIII e XIX.

O terceiro Estado no poder tem o mérito não secundário de haver intuído – diferentemente do Príncipe do antigo regime – que *todo* o direito interessa ao detentor do poder político e que está no monopólio da produção jurídica a garantia primeira e mais válida para aquele poder.

Diante de um direito já todo identificado na vontade estatal contentou-se com fontes certas e claras, límpidas na linguagem, robustamente pensadas (por exemplo, o *Code Civil*), fundadas sobre um admirável saber técnico, e não se refletiu o suficiente

sobre duas conseqüências gravíssimas: o direito se identificava a esta altura só com o direito oficial, e, como tal, tendia sempre mais a formalizar-se, enquanto uma fronteira compacta se erguia entre o território do direito e o dos fatos; a sociedade civil continuava a ser depositária da produção jurídica somente na fábula-ficção da democracia indireta proclamada pela obsessionante apologia filo-parlamentar, mas na realidade dela (produção jurídica) restava clamorosamente expropriada. O direito era desenraizado da complexa riqueza do social para ligar-se a uma só cultura, empobrecer-se e identificar-se desagradavelmente na expressão do poder e da classe dele detentora.

Absolutismo jurídico significa tudo isso, mas para o historiador significa sobretudo ressecamento: o rígido monismo ditado por imperiosos princípios de ordem pública impede uma visão pluriordenamental e, conseqüentemente, pluricultural, concebendo um só canal histórico de escoamento munido de barreiras tão altas a ponto de evitar introduções e misturas vindas do exterior. A regra, a norma, gera-se somente naquele curso; o regular, o normal, a partir dele se mede. Todo o resto tem duas pesadas condenações: o ilícito, ou, na melhor das hipóteses, o irrelevante.

A minha modesta voz tinha uma finalidade modestíssima, mas que me parecia sacrossanta: chamar a atenção também para a outra face daquela cabeça bifronte que é a codificação do direito privado (manifestação primeira e suprema do moderno direito burguês) e a geral panlegiferação; sem tolos e ingênuos quixotismos, assinalar a complexidade do grande fenômeno "codificação", o maior da história jurídica dos países de *civil law*; assinalar, livres da insuportável retórica pós-revolucionária, as suas múltiplas implicações *inclusive* negativas para a história do direito moderno justamente graças ao seu caráter fundamental de monopolização por parte do Estado do mecanismo de produção do direito, até mesmo do direito privado, que uma tradição antiga e nunca desmentida tinha quase inteiramente deixado na órbita dos privados.

4. Pela ordem jurídica burguesa o direito privado toma de fato um valor que, antes, absolutamente não dispunha: valor constitucional, absolutamente fundante daquela ordem. Propriedade e contrato, tornados já fundamentos também políticos do novo regime, não podiam ser remetidos a um rico e descontrolado proliferar de usos que doutores e juízes se empenhavam em reduzir em amplos esquemas categoriais; deviam, aliás, ser rigorosamente controlados inclusive para garantir ao novo cidadão aquele espaço livre pretendido pela ordem burguesa com relação ao poder político, que é bem marcado no pacto secreto gerador do novo Estado.

A garantia mais sólida consistia na estatalização do direito privado, em vinculá-lo à voz do Estado, à sua voz mais direta: a lei. E começou-se a aviar à construção do mito da lei como norma de qualidade superior, hierarquicamente primária: a expressão autoritária e centralista da soberania do Estado vem taxada como a única expressão possível da vontade geral; e foi conseqüência natural que, diante desta, dispersassem-se as

fontes plurais sobre as quais se ergueu a velha ordem, usos, opiniões dos doutores, sentenças dos juízes, invenções dos notários; e o direito franziu-se em lei.

No lugar do velho pluralismo jurídico se substitui um monismo rigidíssimo; tanto mais rígido porque dotado de valor constitucional, tanto mais rígido porque este valor constitucional vinha deliberadamente enrobustecido por precisas nervuras éticas graças à imersão no ventre do direito natural. O jusnaturalismo, com as suas fábulas aparentemente ingênuas e graciosas, mas que, na substância, imobilizavam o direito em um modelo férreo, foi chamado a fundar o novo direito do novo Estado dando vida àquela antinomia que está na base da história do direito moderno e que poderia ser apanhada na passagem totalmente líquida e plana, mas com premissas muito bem definidas, a soluções perfeitamente opostas, ou seja, na passagem do jusnaturalismo ao juspositivismo, nas fundações jusnaturalistas do moderno juspositivismo.

Fundações que duraram muito e que, em boa medida, duraram até hoje: somos ainda adeptos do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, hoje inconscientemente, mas o somos, graças à sua força constringente que incidiu profundamente, quer queira ou não; também quem é orgulhoso em refutar a imagem de um direito natural, também quem relega aquela idéia à categoria das fábulas indignas da nossa maturidade cultural, é dele um portador inconsciente.

Com este esclarecimento: no território do direito privado foram muitas as conseqüências fundamentais, que brotaram em seu tempo de premissas jusnaturalistas, a dominar-nos e impregnar-nos. Alguns caíram, ainda que lenta e penosamente, como o sujeito de direito civil, como entidade abstrata e, enquanto abstrata, unitária porque sujeito de direito natural, ou a idéia de um direito civil articulado em relações jurídicas abstratas. Alguns ficaram e, a meu ver, indelevelmente ficam, como o primado da lei e o panlegalismo do qual se falava mais acima, aquele que chamo polemicamente de absolutismo jurídico.

Repita-se: ninguém quer colocar em dúvida o importante papel da lei na imensamente complexa ordem moderna, e, conseqüentemente, o valor do princípio da legalidade. Pretende-se, porém – isto sim! – sublinhar com ênfase a grande falta de senso crítico com que nos fizeram portadores daquele papel e com o qual se sustentou o seu valor. Legislador, lei e legalidade pertencem àquela restrita categoria de ídolos – venerados e não discutidos – que dominam soberanos na mitologia do secularismo moderno; ídolos que, exatamente pelo seu pertencimento a uma civilização secularizada, devem impor-se com um seu próprio caráter de absolutismo e indiscutibilidade, e exigem uma aceitação passiva como toda mitologia que se respeite, inclusive a mais intramundana. Aceitação geral que houve, e foi passiva, e permaneceu passiva até hoje.

É uma tal passividade que me parece hoje culturalmente inadmissível para o jurista; devemos derrubar o "legislador" de um Olimpo muitas vezes não merecido e analisá-lo impiedosamente nas suas misérias; devemos sobretudo liberar-nos da

idéia nefasta do valor taumatúrgico da lei, ou seja, de uma juridicidade pensada e resolvida como legalidade.

Repitamos: quando falo de absolutismo jurídico, não pretendo gerar desconfianças ou, ainda menos, desprezo pela lei; pretendo, isso sim, dar voz ao desconforto em vista de um papel desmedido da lei, ocasionado pelo trabalho freqüentemente incontrolado do legislador, este personagem ideal do nosso palco jurídico, inconveniente e onipresente quase como o coro na antiga tragédia grega, e a cujo absolutismo jurídico garantiu por demasiado tempo, até o passado recente, imunidade – por assim dizer – e indiscutibilidade.

5. Há uma outra coisa a acrescentar, sobre a qual acima apenas se acenou.

A forçada colocação do direito na sombra do Estado – ente unitário, criatura monocrática essencialmente vocacionada ao controle da pluralidade social e à contração da pluralidade à unidade – provoca uma simplificação do universo jurídico. Não se pode contentar com a superfície plana da validade a que o formalismo jurídico moderno nos vinculou e condenou, mas se deve chegar a recuperar o extrato até agora subterrâneo da efetividade. E será o resgate de um substancial pluralismo jurídico, e será o reencontro de uma riqueza perdida ou pelo menos esquecida.

Absolutismo jurídico significa uma civilização jurídica que perde (ou diminui muito) a percepção da complexidade; uma civilização jurídica que se tornou uma ordem simples, extremamente coerente em suas linhas essenciais, forte em uma sua lógica rigorosa, mas muito pouco sensível ao devir e, sobretudo, à mudança. Nos países de *civil law*, o drama do século XIX, que é o momento culminante da atitude absolutista, está todo na diferença sempre mais marcada entre sistema jurídico (na sua maior parte coincidente com o sistema legislativo) e transformação; uma transformação múltipla e frenética que toma as dimensões mais variadas, da tecnológica (o realizar-se da grande indústria, tendo a máquina como protagonista) à social (o emergir do proletariado com suas reivindicações e as suas lutas) e à econômica (o emergir – ao lado da tradicional riqueza fundiária – de uma riqueza mobiliária cada vez mais protagonista e de um mundo de bens imateriais sobre os quais a refinada organização capitalista se funda).

Não há dúvida que, aos olhos atentos do historiador do direito, a ordem jurídica não aparece imóvel, uma condição que é ignota à história, mas igualmente não há dúvida que se trata de conquistas penosíssimas, feitas contra a lei (às vezes), apesar da lei ou entre as brechas da lei (mais freqüentemente), certamente poucas vezes segundo a lei, a jurisprudência, a ciência e a praxe.

Um exemplo probante: a história da jurisprudência e da doutrina francesa do século XIX, sob o pleno império do Código Napoleônico, é a história de conquistas penosas, atormentadas e atormentantes para o pobre juiz e cientista, como nos

testemunham as páginas de dois grandes e extremamente sensíveis juristas, Raymond Saleilles e François Gény; conquistas sobre as quais sempre ameaça o risco de condenação por heresia, desde o momento em que a ortodoxia continua a ser depositada no sistema legislativo (não importa se velho, decrépito, ou, o que é pior, envelhecido, inutilizável e rejeitado pela prática cotidiana).

Pense-se em como foi concebido e interpretado, imediatamente depois da sua entrada em vigor, aquele art. 4.º do *Code Napoléon* que obriga o juiz à decisão da controvérsia que lhe é proposta: o que quer que tivessem querido dizer Portalis e os outros redatores (homens freqüentemente portadores de idéias que circulavam no antigo regime no qual foram educados), foi pensado e interpretado como uma norma de encerramento, quase – se diria – encouraçamento do código, que vinculava o juiz a encontrar a solução entre as malhas daquela rede potencialmente, ainda que não formalmente, completa que é justamente o Código.

E pensou-se, desde então, na evolução do ordenamento como uma série de preenchimentos de vazios no interior de alguma coisa que se colocava – de per si – como estrutura completa. E o legislador apressou-se a fixar critérios para colmar aqueles "poucos" vazios e procurou, quase sempre com previsões de simples endointegrações, controlar a integridade do processo, como é no art. 3.º das disposições preliminares ao primeiro Código Unitário italiano de 1865 o no asfixiante art. 12 daquelas disposições preliminares ao Código vigente de 1942.

É necessário parar de pensar na ordem jurídica como alguma coisa compacta e, de conseqüência, completa, que mostra somente algumas "lacunas"; é necessário desembaraçar-se da percepção do grave e complicado nó problemático do contínuo atualizar-se do direito como um problema de um pequeno e magro vazio que se apresenta ali e acolá no complexo de previsões identificadas e estabelecidas por aquele grande profeta (e, como todo profeta, infalível) que é o legislador.

O problema do devir da ordem jurídica é deformado e encolhido e torna-se – como por duzentos anos o foi – "o problema das lacunas do ordenamento jurídico", assim bem fixado naquela fiel imagem do positivismo jurídico italiano do início do século XX que é o livro de Donato Donati de 1910 que porta justamente como título as palavras colocadas em aspas; sim, deformado e encolhido, porque continua a trazer antes de tudo uma visão estatalista e fechada, surda em perceber a complexidade do universo jurídico e, portanto, incapaz de ordená-la adequadamente.

Só para formular alguns exemplos correntes nestes últimos tempos, *leasing*, *factoring*, *franchising*, assim como tantas outras invenções da prática contemporânea do comércio, não são lacunas do direito privado positivo italiano, finalmente preenchidas, mas são somente um futuro que se faz presente, como é da natureza de todo corpo vivente; um futuro – além do mais – que se faz muito rápido presente, como é típico de uma ordem jurídica que corre na tentativa de deixar para trás aquela praxe cotidiana – aquela atual – que supera todos os dias a si mesma na invenção de

instrumentos eficazes a tutelar os operadores econômicos na regulamentação dos próprios interesses ou a seguir o desenvolvimento técnico em contínuo e clamoroso progresso inovativo.

Continuar a pensar o ordenamento como um invólucro fechado que traz no seu interior algumas possíveis lacunas, mais ou menos como o fazia Donato Donati há quase cem anos, é ingênuo, artificioso e anti-histórico. O que se deve fazer é desembaraçar-se do muito inconveniente art. 12 das disposições preliminares ao Código de 1942, claramente contrastantes com os valores pluralísticos da Constituição republicana e mandar ao porão não somente os paleolíticos critérios hermenêuticos depois propostos, mas também aquele princípio de hierarquia das fontes que não corresponde mais nem ao estado da nossa hodierna refinadíssima consciência jurídica, nem ao estado atual das nossas fontes projetadas numa realidade pluridimensional, em que a dimensão legislativa nacional e estatal se reduz justamente, sempre mais, a fontes – ademais – colocadas profundamente em crise pelos sempre mais virulentos e eficazes canais de produção extra-estatal sumariamente reconduzíveis ao sintagma hoje muito corrente de "globalização jurídica".

Nem se diga que o art. 12 foi superado ou evitado pelas reflexões da doutrina mais sensível. Claro que o é, mas aquele artigo deve ser eliminado como a relíquia mais fascista que restou entre as brechas do nosso excelente Código Civil, testemunha de um absolutismo jurídico surdo e obtuso que deve ser expulso de uma lei ainda hoje viva e vital e à qual se pode muito bem augurar vida longa. Deve ser expulso sobretudo para não incentivar a tradicional preguiça intelectual do intérprete-aplicador e para não fornecer cômodos refúgios à surdez dos doutrinadores e dos juízes. De resto, se aquele artigo é ali ainda intacto sem suscitar protestos, sem que um jurista italiano tenha protestado escandalizado por uma relíquia inaceitável, é sinal que o jurista italiano continuou a senti-lo como algo em perfeita consonância com algumas de suas crenças profundas.

6. A expropriação total – que, com relação à produção do direito, se completou nos últimos duzentos anos a favor do legislador e contra outras forças vivas e historicamente protagonistas como doutrina e jurisprudência – provocou, como mais acima se acenava, um induvidoso empobrecimento: perdeu-se a dimensão plural do ordenamento jurídico e, condenando ao exílio fontes dúcteis e plasticíssimas em favor de uma só fonte rigidíssima e formal, precluiu-se uma conexão natural entre sociedade e direito, entre cultura e direito; aquela conexão que a ciência no velho *ius commune* e a jurisprudência no *common law*, de outra parte, sempre garantiram.

Nem é excessivamente consoladora a constatação de que, na elaboração das grandes leis (por exemplo, de um Código Civil como aquele italiano vigente a partir de 1942), o pensamento jurídico tem a sua relevância, porque ali este pensamento de

mestres e de juízes perde aquilo que sempre foi e é o seu privilégio objetivo, ou seja, a plasticidade, a disponibilidade a identificar-se no futuro em formação, e portanto a modificar-se e a transformar-se no encontro com as coisas. As opiniões dos mestres e dos juízes – uso com prazer um termo que circula impregnado no mundo do direito comum, mundo marcado e dirigido por *opiniones* –, abertas pela sua natureza, são encerradas no casulo da lei e separadas do fluxo histórico que continua a escorrer.

Hoje, momento nada fácil para o jurista, é, porém, para ele também o tempo do desempenho de um papel renovado e intenso. A crise das fontes, ou seja, do sistema tradicional das fontes, assim como nos foi entregue pela dogmática constitucional do *Rechtsstaat*, tira certezas, provoca instabilidade, mas também move e abre a paisagem jurídica, desenterra dos sepulcros (onde aquela dogmática os havia condenado) precisamente os juristas, velhos protagonistas da história jurídica até o auge da era moderna, e os desenterra graças ao seu saber científico, como personagens – não importa se teóricos ou práticos – que conhecem o direito, chamados a ordenar com suas categorias e com suas invenções técnicas os reclamos de um mundo econômico já habituado a espaços virtuais, que não se importa com os Estados, com suas soberanias, com suas fronteiras limitadas, com suas leis viciadas por um intolerável particularismo territorial e também por uma substancial incapacidade de seguir e regular uma mudança frenética.

É um momento nada fácil, porque empenha todas as forças do jurista (a sua cultura, sua capacidade sistematizadora e construtora, mas antes de tudo sua capacidade de percepção e intuição; vem-me a vontade de dizer: sua imaginação). Empenha-o a uma fundamental mudança de psicologia, a abandonar a proverbial preguiça que o viu por tanto e demasiado tempo satisfeito e contente à sombra do legislador, e a armar-se de coragem.

Não um jurista transformado (e desnaturado) em um político, mas sim um jurista que desfruta plenamente todas as potencialidades daquela arma – até recentemente não usada adequadamente, mas que é uma arma tipicamente sua – que é a interpretação, interpretação da norma oficial e formal à luz dos sinais dos tempos, sendo ele insubstituível mediador entre a imobilidade do *texto* e a mobilidade da *sociedade*, herdeiro legítimo do *iurisperitus* romano e medieval como também do *common lawyer*.

O absolutismo jurídico pertence a um passado a ser contemplado como definitivamente contido na urna dos dois séculos que acabaram de transcorrer, se não se quer sacrificar o direito dentro de uma armadura que o sufoque e o relegue a um exílio estéril. Devo corrigir-me: será esta a sorte do direito oficial, enquanto a sociedade continuará a ordenar-se juridicamente além e contra as formas restritivas, uma vez que o direito (aquele sem qualificações limitativas) pertence às suas raízes mais profundas e sabe desvincular-se também dos laços mais opressivos, tais como aqueles inventados e colocados em ação por ocasião da imobilização jurídico-burguesa.

NOTAS

****** Professor do departamento direito privado e do programa de pós-graduação em direito da UFPR. Pesquisador do CNPq.

1 A iniciativa foi o congresso, projetado e idealizado por Berti, sobre "Autorità, consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche", que se deuocorreu em Milão nos dias 26 e 27 de outubro de 1984, e cujos "'anais"' foram publicados em *Jus*, XXXII (1985). No congresso, para o qual tinha sido afetuosamente convidado, não pude participar. Procurei atenuar o lamento do amigo organizador, decepcionadíssimo com minha ausência, prometendo fazer a recensão dos "'anais"' assim que fossem publicados, o que foi feito nos *Quaderni Fiorentini* (17, ano 1988) com um amplo "'a propósito de"': "Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di um convegno milanese e allá ricerca di segni".

Paolo Grossi

Professor Ordinário de História do Direito Medieval
e Moderno da Universidade degli Studi di Firenze.
Membro efetivo da Accademia dei Lincei, Roma.

REFLEXÃO: POR UM DIREITO COMUM...

Michelle Ratton Sanchez

RESENHA

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum* (tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2004, 306 p..

Após dez anos de sua publicação na França (em 1994), a editora Martins Fontes lançou no Brasil a tradução do livro *Por um direito comum,* de Mireille Delmas-Marty. Uma contribuição grande para a literatura e o ensino das ciências sociais no Brasil, apesar deste significativo lapso temporal. Tal obra está, com certeza, dentre as principais de Delmas-Marty, e espelha a teoria e os confrontos da primeira metade da década de 90. Uma época que – suspiramos – contava com o otimismo, bastante escasso nos dias atuais. Por isso, é fundamental contextualizar a obra no momento histórico de sua publicação original e dentre os trabalhos da autora.

Na seqüência de *Por um direito comum*, Delmas-Marty lançou na França, em 1998, *Três desafios para um direito mundial* (no Brasil, Editora Lumen Iuris, 2003). Nesse e noutros trabalhos publicados, a autora manteve a preocupação central da obra de 1994. Apesar da mudança de contextos, os novos exemplos e suas análises permitem Delmas-Marty recolocar suas perguntas e redimensionar sua tese. Essa continuidade das reflexões demonstra a seriedade com que a autora desenvolve seus trabalhos e instiga o leitor a acompanhá-los.

ESTRUTURA DO LIVRO E COMENTÁRIOS

Por um direito comum está dividido em três partes (Livros) principais: *Recomposição de uma paisagem, Pensar o múltiplo* e *Reinventar o direito comum*. As análises nas três partes dirimem-se pela seguinte preocupação central: como coordenar a atual profusão de normas "jurídicas"? Jurídicas com aspas porque Delmas-Marty está claramente vinculada ao reconhecimento de fontes estatais e não-estatais; portanto, vai além daquelas tradicionalmente reconhecidas pelo direito centralizado e quase que identificado com o Estado. Delmas-Marty propõe-se, então, a reiventar um "direito comum" que possibilite a conciliação da multiplicidade do que podemos conceber como sistemas jurídicos. Isso na tentativa de encontrar uma nova lógica harmônica para o sistema; nas palavras da autora, uma paisagem em ordem (*paysage ordonné*).

Ao reconhecer que "o que está em jogo é o conteúdo das normas e não a existência delas" (p. 8), a autora organiza as três partes do livro com base em três clássicas perguntas existenciais: *o que* são os novos movimentos das normas, ou melhor, do que essa desordem está composta; *como* organizá-la; e, por fim, *para que* organizá-la.

Portanto, uma premissa importante do trabalho é: apesar de a ordem jurídica clássica ter-se desestruturado, isso não significa o seu fim. Assim, o uso da nomenclatura "direito comum" não é insensato. Está relacionado ao método aplicado por Delmas-Marty, para a reconcepção do sistema jurídico. O objetivo da autora é identificar um direito que "não seja imposto de cima como verdade revelada (....) mas consagrado de baixo como verdade compartilhada, portanto relativa e evolutiva" (prefácio).

Deve-se alertar os menos informados que a identidade ortográfica do "direito comum" não se reduz, no entanto, a uma simples tradução de *common law* nem de *jus commune*. A autora evidencia essa distinção no prefácio do livro, sem que a retome de forma explícita ao longo de sua análise. Contudo, na leitura, pode-se notar que o livro *Por um direito comum* é mais do que uma mera paráfrase...

A autora aponta que o método clássico, fundado na pirâmide de normas de Hans Kelsen, é insatisfatório para explicar a complexidade dos movimentos atuais. O desafio que se coloca é, então, como definir novos métodos que coordenem a pluralidade de normas e que não se subvertam à lei do mais forte. A autora considera que somente se essa pluralidade for ordenável, pode permanecer como "jurídica". Nesse sentido, convoca a imaginação e a criatividade jurídica para evitar a desordem.

Na primeira parte do livro (Livro I), Delmas-Marty compromete-se a indicar a retirada dos marcos teóricos e a mudança dos paradigmas para o direito. Para tanto, baseia-se em exemplos do direito penal[1] – área de concentração da autora – e do direito civil, sob as combinações e incoerências na aplicação de seus conceitos e identificação de competências para decidir. Após analisar esses pontos em decisões proferidas pelos tribunais franceses, a autora conclui que

novas fontes estatais e não-estatais emergiram e permeiam hoje a lógica jurídica, ao mesmo tempo em que algumas fontes tradicionais ficam cada vez mais enfraquecidas. Formam-se, assim, as *pirâmides inacabadas* e *hierarquias descontínuas* – nas palavras da autora – quando se tenta aplicar o método clássico. Daí, a necessidade de pensar o múltiplo.

Para trabalhar o *como*, na segunda parte do livro, a autora parte da metodologia de Gérard Timsit sobre predeterminação, co-determinação e sobredeterminação, entendidos como elementos para *prescrever, interpretar* e *legitimar* o direito. A partir dessa seção, inicia-se o maior desafio do livro que é, para além do descritivo, apresentar uma leitura normativa. Qual o novo método para relacionar as atividades de predeterminação, co-determinação e sobredeterminação do direito? Como aplicá-lo?

Breve e sucintamente, Delmas-Marty afirma que o trabalho de predeterminação ou prescrição foi reduzido, permitindo, assim, que o de co-determinação conquistasse destaque. A autora, a seguir, reconhece que a juridicidade da co-determinação depende do processo de sobredeterminação, isso é, a interpretação da norma depende da sua legitimidade (entendida pela autora como relação com um código cultural comum).

À predeterminação, segundo Delmas-Marty, restou o papel de facilitar a internormatividade, em especial entre os diferentes níveis. Para evidenciar essa afirmação, a autora traz exemplos de como mecanismos do sistema nacional adotam, em suas interpretações, conceitos do direito internacional e agregam a esses outros conteúdos, permitindo assim uma reinterpretação daquelas disposições, por vezes, mais abrangente. Ao mesmo tempo, os mecanismos internacionais também se apropriam das disposições de um sistema nacional "A" que poderá ser aplicado para um Estado "B" (conforme evidenciado pelos exemplos das decisões da Corte Européia de Direitos Humanos). A interpretação, assim, precisa ter referenciais mais seguros. A autora propõe a determinação de critérios, entre os quais o do princípio democrático (referido na Convenção Européia de Direitos Humanos), aliada à introdução da lógica da gradação. Esses dois pontos também não são suficientemente explorados no livro. Isso deixa ao leitor perguntas basilares: do que se compõe o princípio democrático? qual o procedimento mínimo para defini-lo? As definições desses elementos na segunda parte do Livro II apóiam-se em nomenclaturas vagas que parecem aportar definições circulares.

O que também dificulta a leitura desta parte do livro é que, quando passa a analisar a sobredeterminação ou o processo de legitimação, Delmas-Marty retoma a descrição e quase que abandona por completo sua análise normativa. A autora justifica a escolha ao afirmar que a legitimidade do sistema repousa em "verdades impossíveis de demonstrar". – Como assim? – Por essa razão, apenas demonstra como o processo de sobredeterminação sofreu mudanças nos últimos anos, mais uma vez, sob o exemplo dos direitos do homem na experiência da Corte Européia de

Direitos Humanos (CEDH). Ao tomar esse exemplo, Delmas-Marty classifica os direitos humanos como um "direito dos direitos" e retoma a análise normativa. Essa oscilação, especificamente no item 3 do Livro II, faz com que não fique claro para o leitor a configuração integral da nova lógica ou o novo método.

Em toda a passagem, a autora não deixa de reforçar a necessidade de combinação entre lógicas, já que novos métodos de sobredeterminação não podem desconsiderar a lógica clássica (apoiada basicamente na teoria de Hans Kelsen) – que não desaparece por completo. Esse dado é importante para seguir a leitura, que se adentra na busca de como reiventar o direito comum.

No Livro III, em uma certa medida, a autora reconhece a dificuldade do método quando esclarece que o maior obstáculo na busca de um direito comum é a ambigüidade que embasa o procedimento para sua definição (pp. 209-10). Na busca de reinventar o "direito comum", Delmas-Marty, em referência a obstáculos a serem vencidos, justifica *para que* um direito comum.

Primeiro desafio: o "direito comum" tem que ser um direito acessível (a todos). Por essa razão, é preciso que se torne um direito para além da comunidade de especialistas e que supere as especificidades-obstáculo de cada uma das áreas do direito. Segundo desafio: que as práticas específicas (no caso é dado o exemplo da Europa) do pluralismo jurídico reconheçam-se como parte de um desafio planetário (e em alguma medida influenciem outras práticas). Terceiro e último desafio: transpor esse raciocínio para a escala planetária. *Para que*? Em busca de ordem!

Para Delmas-Marty, o risco seria de, em sua escala planetária, a ordem adquirir um perfil totalitário. Por isso, a procura de um método ou procedimento que iniba o exercício do unilateralismo e mantenha o pluralismo exercitável. Assim, a autora funda sua tese no conceito do irredutível humano, retomando o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Extrai da análise que a proibição de crimes contra a humanidade abre a possibilidade de construir princípios comuns para pensar um "direito dos direitos", que aproxime os diferentes sistemas jurídicos. Nesse ponto, mais uma vez, a autora traz o exemplo e deixa vaga a perspectiva de como desenvolver o "direito comum".

Esta é a estrutura que consta das páginas de *Por um direito comum*. O importante é que a obra não se esgota aqui, permanece viva e em constante revisão nos trabalhos posteriores da autora. É possível identificar a continuidade da reflexão da autora em suas publicações recentes, bem como nas aulas ministradas pela autora no Collège de France[2].

Interlocutores de Delmas-Marty

Ao longo de sua obra, Delmas-Marty combina (i) a análise de decisões de tribunais franceses e da Corte Européia de Direitos Humanos e (ii) o diálogo com autores da *doutrina clássica* (Hans

Kelsen, em especial) e de teorias contemporâneas aliadas ao seu pensamento (com destaque para Gérard Timsit). A descrição das decisões promove o exercício indutivo que fundamenta a proposta normativa de Delmas-Marty, apresentada acima. Sob essa metodologia, os referenciais europeus (tanto em uma instância teórica como numa prática) parecem promover a lógica de como se pensar o múltiplo.

As referências da autora sugerem uma crítica recorrente em trabalhos do gênero: pretender o comum a partir do eurocentrismo. A própria autora reconhece a concentração de sua análise na experiência européia. Se, por um lado, o conteúdo do livro não consegue resistir a essa crítica, por outro, a autora instiga a questão: será que é possível confirmar suas pretensões normativas a partir de outras realidades sociojurídicas? Fica a proposta.

Em relação à doutrina, para o leitor fica a pergunta, por que Delmas-Marty não desenvolveu sua reflexão sobre o direito comum em um diálogo mais próximo das teorias do cosmopolitismo (como David Held, Jürgen Habermas e outros)? Ou mesmo daqueles buscam repensar o direito internacional hoje? Neste momento é necessário contextualizar a obra historicamente e, para melhor compreender o trabalho de Delmas-Marty, acompanhar suas publicações posteriores. Já que em *Três desafios para um direito mundial*, por exemplo, a autora dialoga com uma boa parte dessa doutrina, ausente em *Por um direito comum*.

Destaques do livro

Os méritos a serem atribuídos ao livro são muitos. Identifico, em primeiro lugar, o caráter extremamente contemporâneo – senão de prenúncia – da temática apresentada, sobretudo no início da década de 90 (na Europa, o Tratado de Maastricht havia sido assinado dois anos antes da publicação). Isso comprova a sensibilidade não apenas teórica, mas na escolha dos exemplos empíricos analisados pela autora.

Outro ponto que merece destaque é a interdisciplinariedade presente no método de análise do problema. Na análise de mecanismos jurídicos, a autora utiliza-se de elementos das ciências sociais, com destaque para teorias da filosofia e da sociologia do direito. Ainda merece destaque a relação que a autora consegue estabelecer entre diferentes áreas do direito (penal, civil e administrativo). Das teorias gerais aos direitos específicos, a autora também carrega consigo a percepção das relações internacionais e do direito internacional.

Ademais, a coordenação entre teoria e exemplos empíricos durante a obra é de notável excelência. *Por um direito comum* pode ser apontado como exemplo de como aplicar o método indutivo no direito. No caso, uma análise original é realizada por Delmas-Marty com a combinação de elementos da teoria clássica e da contemporânea e o exame sistemático e indutivo dos casos. A partir de exemplos das decisões das cortes francesas (nacionais) em relação ao direito interno e o direito comunitário europeu, a autora faz a análise de decisões da

Corte Européia de Direitos Humanos e daí retira regras gerais, sobre as quais se arrisca, inclusive, a construir uma metodologia para identificação do direito comum.

Para a área jurídica especificamente, Delmas-Marty, ao abordar o desafio da sociedade de especialistas, propõe não apenas uma revisão do direito, mas também do seu ensino e de sua prática. Isso, em nome do direito comum acessível. A recomposição no ensino, nas considerações da autora, poderia iniciar-se com a quebra das barreiras ilusórias entre o direito público e o direito privado. A prática do direito, sob o exemplo da distância promovida por preconceitos presentes na sociedade entre os universitários e os advogados, poderia ser harmonizada na reinvenção da categoria de jurista. A autora também aponta para o desafio colocado ao jurista atual quando tem que conciliar a economia e os direitos humanos, como duas ordens da globalização que interferem uma na outra e que devem ser repensadas de forma harmônica e não sob a dominação de uma sobre a outra. Os exemplos, apresentados de forma sintética, já nos permitem ponderar pontos significativos da prática do direito e dos seus profissionais (incluindo a área do ensino), também a partir do Brasil...

Pelo fato de ser uma tradução, vale aqui a menção à qualidade do trabalho da tradutora Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Foi possível constatar a precisão na tradução dos termos técnicos e também o cuidado na tradução daqueles que configuram terminologias novas, ainda não consolidadas, na área das ciências sociais, para explicar fenômenos contemporâneos.

Últimas observações

A metodologia aplicada no livro é um exemplo de como as análises "por um direito comum" podem ser traçadas a partir de diferentes experimentações hodiernas no direito. Para além do exemplo europeu, uma proposta inspiradora seria verificar como outros exemplos podem confirmar ou desconfirmar a hipótese levantada por Delmas-Marty, inclusive em relação às práticas jurídicas no Brasil. Sempre, tendo-se em conta a necessidade de manter atualizadas e revisadas leituras e interpretações sobre o mundo contemporâneo.

Com vistas a caminhar para as últimas notas, vale indicar, como exemplo de recomposição contínua de suas reflexões face aos movimentos contemporâneos, o alerta por Delmas-Marty, na abertura de seu curso *études juridiques comparatives et internationalisation du droit* (Collège de France), neste ano: "A défaut d'accord sur une 'symbolique commune' permettant de fonder, non pas un système de valeurs unifié, mais du moins quelques interdits communs juridiquement protégés, la suite est inéluctable: *après le désordre et l'impuissance, c'est la guerre*"[3] (grifos nossos).

Por fim, observa-se que as minúcias apontadas acima não desqualificam de qualquer forma a obra *Por um direito comum*. Isso porque, se considerarmos que "os grandes homens *e mulheres* não são

aqueles(as) que resolveram os problemas, mas que os descobriram" (com inclusão de gênero, a frase de Albert Schweitzer), Delmas-Marty, como *Por um direito comum* evidencia, qualifica-se entre os grandes homens e mulheres da atualidade.

NOTAS

1 Nesta área, destaca-se a recente publicação no Brasil da obra de Mireille Delmas-Marty A imprecisão do direito, editora Manole, 2005.

2 Quanto às publicações, reforça-se a indicação das obras anteriormente mencionadas (Três desafios para um direito mundial e A imprecisão do direito) e indica-se, entre outras, a obra coletiva Critique de l'intégration normative, PUF, 2004, bem como os artigos "A mundialização do direito: probabilidades do direito no início do século 21", Studia juridica, Universidade de Coimbra, n. 41, 1999, pp. 131-144; "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflections sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste", Revue Internationale de droit comparé, 2000, pp. 753-780. Para informações tanto sobre as publicações como sobre os cursos e palestras ministrados, v. <http://www.college-de-france.fr/site/int_dro> (última consulta em novembro de 2005).

3 Uma tradução livre desse trecho, do francês para o português: Na incapacidade de se atingir o consenso sobre um 'simbolismo comum' que permita definir, não um sistema de valores único, mas ao menos alguns limites juridicamente protegidos, a conseqüência é inevitável: após a desordem e a incapacidade, tem-se a guerra. Para acesso ao resumo da aula inaugural, v. <http://www.college-de-france.fr/site/int_dro/p1048509291586.htm>. O conteúdo do curso e desta aula contam com a previsão de publicação pela Editora Seuil, em 2006.

Michelle Ratton Sanchez
Professora da Direito GV
Pesquisadora no CEBRAP e no IDCID

A JUSTIÇA RESTAURATIVA DE JOHN BRAITHWAITE: VERGONHA REINTEGRATIVA E REGULAÇÃO RESPONSIVA

Juliana Cardoso Benedetti

RESENHA

BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. New York: Cambridge University, 1999.

BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and responsive regulation*. New York: Oxford University, 2002.

Em meio ao crescente volume de obras dadas ao tema da Justiça Restaurativa que inundam, hoje, a discussão sobre modelos alternativos de justiça penal, o trabalho de John Braithwaite, professor da Australian National University (ANU), em Canberra, destaca-se, comparativamente, por revestir-se de um grau de elaboração teórica um tanto mais elevado. Em um cenário em que são escassas as formulações que logram ultrapassar a mera apologia militante e a simples descrição de experiências concretas, John Braithwaite assume o desafio de conferir fundamentação mais sólida à Justiça Restaurativa. Isso porque, embora não deixe, a exemplo dos demais autores que cuidam do assunto, de se preocupar com a enunciação genérica de valores e princípios de índole restaurativa, Braithwaite encara a Justiça Restaurativa, sobretudo, como um método mais eficaz de controle do crime do que a justiça penal tradicional, referida, via de regra, como Justiça Retributiva. Por esse motivo, lança-se à tarefa pragmática de arquitetar uma Justiça Restaurativa calcada em conceitos que, realmente, assegurem um adicional de eficiência na persecução

penal em relação ao sistema penal atual. A contribuição original de Braithwaite na construção da Justiça Restaurativa repousa sobre dois pilares, a "vergonha reintegrativa" e a "regulação responsiva", conceitos responsáveis, precisamente, pelo satisfatório funcionamento de um modelo de justiça de cunho restaurativo. Além, é claro, de apresentar essas noções em suas linhas gerais, cumpre-nos aqui compreender de que modo elas se articulam entre si e, juntas, compõem a visão bastante particular de John Braithwaite sobre a estruturação da Justiça Restaurativa. Atentando para a articulação entre a "vergonha reintegrativa" e a "regulação responsiva", será possível, a seguir, identificar algumas das repercussões da Justiça Restaurativa esboçada por John Braithwaite a respeito da responsabilidade penal.

Na obra *Crime, shame and reintregration* (1999), publicada originalmente em 1989, Braithwaite, a partir da conjugação de diversas teorias criminológicas, propõe um novo método de controle do crime, fundado na noção de "vergonha reintegrativa", segundo a qual o ato de inculcar vergonha no indivíduo teria o condão de, ao mesmo tempo, coibir o crime e promover a reintegração do ofensor. Na análise das várias correntes criminológicas realizada por Braithwaite, merece destaque o *labeling approach*, ou teoria do etiquetamento, consoante a qual, em apertada síntese, a estigmatização de um indivíduo ocasionada pela sua definição como criminoso precipita a sua desviação secundária, eis que o indivíduo tende a incorporar à sua identidade o rótulo que lhe é conferido e, assim, assumir em definitivo o papel social de criminoso. A intervenção penal, força motriz do perverso processo de etiquetamento, é, então, refutada pelo *labeling approach*, que reputa menos prejudicial a "prudente não-intervenção". Braithwaite acredita que o ato de inculcar vergonha no indivíduo, por meio de sinais de reprovação social indutivos de um sentimento de culpa, é um potente mecanismo de controle do crime e, nesse sentido, identifica como uma falha do *labeling approach* o fato de essa perspectiva ter se ocupado somente da face negativa da vergonha presente no processo de etiquetamento e, assim, não haver vislumbrado outra solução que não a simplista não-intervenção. Em oposição à estigmatização apontada pelo *labeling approach*, a qual identifica como uma forma de "vergonha desintegrativa", que tende a isolar o indivíduo da comunidade e induzi-lo ao crime, ele propõe uma "vergonha reintegrativa", na qual a manifestação de reprovação social é seguida de atos de reaceitação, que interrompem a assimilação do papel social de criminoso e, por via de conseqüência, impedem a reincidência. Conforme Braithwaite, uma vez posta em prática, a "vergonha reintegrativa" pode atuar até mesmo de forma preventiva, em vista da função pedagógica exercida sobre os indivíduos da comunidade que presenciem experiências de "vergonha reintegrativa" protagonizadas por outrem, moldando a consciência coletiva de modo a inibir a detonação do crime.

Existem, no entanto, circunstâncias que condicionam a efetividade da "vergonha reintegrativa". Ainda no esforço de distanciar-se do *labeling approach*, a fim de apontar para uma nova direção, Braithwaite refuta a visão conflitual da sociedade subjacente à teoria do etiquetamento, para presumir a existência de um consenso social em torno da reprovação de determinados delitos. Conforme o *labeling approach*, o crime não tem existência autônoma, isto é, independente da intervenção das instituições de controle social. Por assim dizer, um comportamento só pode ser tido como um crime quando for assim definido pelas instâncias de reação social ao crime, de acordo com regras estatuídas em um processo político, em que diversos interesses entram em confronto. Braithwaite despreza tal conflito, defendendo que o elemento preponderante para a compreensão do crime não é a definição, resultante do embate político, atribuída pelas instâncias de controle do crime a um dado comportamento, mas, na verdade, o consenso impregnado na sociedade quanto à criminalização de certas condutas. Segundo ele, o indivíduo sabe bem que cometeu um crime mesmo quando a sua conduta não chega ao conhecimento das instâncias de reação social e não é, assim, por elas processada como tal. Isso porque existe, para Braithwaite, um consenso, do qual também partilha o ofensor, em torno da reprovação de determinados comportamentos, independentemente da definição a eles reservada pelos órgãos de controle social. Há, no entanto, crimes em que tal consenso é mais evidente que em outros: os chamados "crimes predatórios", identificados como aqueles em que o ofensor ataca uma pessoa como a uma presa e associados, em termos legais, aos crimes contra a pessoa e contra a propriedade. Para que a "vergonha reintegrativa" seja exercida regularmente pela comunidade, é preciso que esteja bem sedimentada entre os seus membros a reprovabilidade social da conduta praticada, o que só ocorre, justamente, no que toca aos "crimes predatórios". Não havendo consenso em torno da reprovabilidade da conduta, as eventuais e débeis manifestações de desaprovação serão insuficientes para o recalque da vergonha e, conseqüentemente, para a ignição do ritual de reaceitação. Daí o próprio John Braithwaite reconhecer que a validade de sua teoria sobre a "vergonha reintegrativa" está circunscrita a essa categoria de crimes em que o consenso encontra-se mais decantado, ou seja, aos denominados "crimes predatórios".

Também se colocam como fatores imprescindíveis para o satisfatório funcionamento da "vergonha reintegrativa" a *interdependência*, qualidade dos indivíduos que integram redes sociais em que se estruturam relações de dependência recíproca, e o *comunitarismo*, qualidade da comunidade que contém redes de interdependência densas e conectadas por valores de auxílio e confiança mútuos. Embora possa o Estado exercer um papel importante na detonação da "vergonha reintegrativa", quando

persegue criminalmente um indivíduo e dá sinais, pela dosimetria da pena, do grau de reprovação do crime, é nas mãos da comunidade que se encontra a maior responsabilidade, pois é dela que verdadeiramente emana o consenso em torno da desaprovação. Ademais, é ela quem se incumbe da reaceitação do ofensor. Tanto é assim que, embora venha a reformular sua proposta posteriormente, dentro da moldura da "regulação responsiva", Braithwaite chega a sugerir um procedimento no qual, depois de realizado o processo formal do Estado, seja o caso devolvido à comunidade, dando-se espaço à sua participação na solução do problema.

Na obra *Crime, shame and reintegration* (1999), Braithwaite não trata especificamente da Justiça Restaurativa. Mas, na proposição da "vergonha reintegrativa" como método mais eficaz de controle do crime do que a pretensão retributiva da mera punição, conclui pela necessidade de um modelo de justiça direcionado a soluções que envolvam a comunidade, aproximando-se, assim, das diretrizes restaurativas. É na obra *Restorative Justice and responsive regulation* (2002), no entanto, que John Braithwaite, debruçando-se de modo mais imediato sobre a Justiça Restaurativa, retomará a sua teoria da "vergonha reintegrativa" para caracterizá-la como um subsídio consentâneo à operacionalização de mecanismos restaurativos de justiça, engatando a "vergonha reintegrativa" à Justiça Restaurativa ao elencá-la entre as teorias que explicam por que a Justiça Restaurativa funciona.

A teoria da "vergonha reintegrativa" não é, porém, como faz crer Braithwaite, uma mera *explicação* para a eficácia da Justiça Restaurativa. Ela é sua própria *condição de efetividade*. Essa relação fica clara quando, examinada a noção de "regulação responsiva", percebe-se que ela apenas pode ser sustentada se presentes os pressupostos da "vergonha reintegrativa".

Na obra *Restorative Justice and responsive regulation*, Braithwaite sugere que ao Estado seja dada a possibilidade de modular a sua atuação de acordo com a necessidade de uma resposta mais ou menos interventiva para a coibição do crime no caso concreto. A essa discricionariedade de decisão quanto à resposta a ser imposta, Braithwaite chama de "regulação responsiva", opondo-a ao "formalismo regulatório" hoje vigente, que determina de antemão as respostas cabíveis em cada situação, sem atenção às circunstâncias concretas. A partir da idéia de "regulação responsiva", Braithwaite constrói uma pirâmide regulatória, que espelha a gradação das formas de reação estatal possíveis, das menos às mais interventivas. Na base da pirâmide está a *persuasão*, momento mais aberto e receptivo da regulação, em que a solução é deliberada pelas partes envolvidas, incluindo o ofensor, a vítima, a comunidade e o Estado. É no estágio da persuasão que tem lugar a Justiça Restaurativa. A persuasão deve sempre ser o ponto de partida, devendo-se ascender a respostas mais interventivas somente nas situações em que ela não obtiver êxito, à exceção dos casos em

que, pela sua gravidade, seja aconselhável valer-se desde logo de medidas mais severas. Procede-se, a seguir, ao próximo nível da pirâmide, a *dissuasão*, que corresponde a iniciativas mais incisivas na coibição, englobando, geralmente, a maior parte das sanções administrativas e civis, além, talvez, das criminais não privativas de liberdade. Caso falhe também a dissuasão, chega-se ao cume da pirâmide regulatória, com a *incapacitação*, que abrange medidas como a prisão e a revogação de licenças, por exemplo. Se o insucesso de uma determinada reação ocorre quando as vantagens auferidas com a violação excedem as desvantagens impostas pela resposta legal, é necessária a escalada da pirâmide até que a obediência seja a opção mais racional. Dessa maneira, os recursos necessários a uma resposta mais interventiva, e mais custosa, são resguardados para uma minoria de casos em que ela é realmente imperiosa e, ademais, a intervenção é tida como mais legítima, pela oportunidade de participação na estipulação da solução mais adequada, quando da deliberação ocorrida na base da pirâmide.

A escalada na pirâmide regulatória é acompanhada pela idéia de *inexorabilidade*. A justiça penal há de ser permeada pela noção de invencibilidade, o que importa que a intervenção estatal, seja qual for a modalidade tentada, imponha-se como certa e inescapável. A prática de um crime deve implicar, invariavelmente, a abertura da ante-sala da persuasão, seguida da convicção de que, uma vez fracassada, sucederão, implacáveis, os estágios da dissuasão e da incapacitação.

A compreensão do modo pelo qual estão acoplados "vergonha reintegrativa" e "regulação responsiva" na edificação da Justiça Restaurativa de John Braithwaite passa, necessariamente, pelo exame dos componentes que conformam o conceito de responsabilidade, com vistas a investigar de que forma tais componentes foram realocados no interior desse conceito pelas noções apresentadas pelo teórico australiano. Vale, aqui, remontar à definição de responsabilidade de Klaus Günther (Responsabilização na sociedade civil. Tradução de Flávia Püschel. *Revista Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 63, p. 105-118, jul. 2002), segundo o qual a responsabilidade é a vinculação de uma dada ação ou omissão a um sujeito determinado, realizada por outrem ou perante outrem. Desse conceito extraem-se um componente individual, que Günther chama de "estrutura formal", consistente na imputação de um fato a um indivíduo específico que suporta as suas conseqüências, e um componente social, que Günther denomina "função social", eis que a imputação é sempre levada a cabo pela sociedade ou, mesmo quando é realizada pelo próprio indivíduo, dá-se, invariavelmente, perante o grupo social (2002, p. 108). Dada essa dupla dimensão, a responsabilidade, para Günther, opera, via de regra, de modo pendular, pelo qual a imputação oscila entre indivíduo e sociedade, recaindo ora sobre o sujeito, ora sobre elementos externos a ele, sejam as circunstâncias, o acaso, pessoas outras ou a sociedade mesma.

A fim de que a responsabilidade não sobrecarregue nem o indivíduo,

vinculando-o ilimitadamente a toda sorte de eventos, nem a sociedade, concentrando-se nela por meio da negação da autonomia humana, com a exclusão da possibilidade de qualquer forma de imputação individual, Günther sugere uma "responsabilidade pela responsabilização" (2002, p. 112). Cuida-se de uma proposta segundo a qual os indivíduos avocam para si a atribuição de estipular as condições e a medida da imputação, chegando a uma decisão coletiva sobre a responsabilidade, alcançada de maneira deliberativa, como produto de um processo comunicativo.

O caráter eminentemente dialógico da Justiça Restaurativa, cujo esteio reside, precisamente, na abertura de uma via de comunicação entre vítima, ofensor, comunidade e Estado, parece, à primeira vista, consentâneo com uma tal proposta de "responsabilidade pela responsabilização". De fato, a introdução de uma etapa de persuasão na base da pirâmide regulatória de Braithwaite, viabilizando uma situação de encontro, cria o *locus* perfeito para uma decisão partilhada sobre a atribuição da responsabilidade, que se afaste das soluções antípodas centradas ora no indivíduo, ora na sociedade.

Entretanto, embora seja dada ao indivíduo e à sociedade como um todo, representada pela vítima, pela comunidade e, em última instância, pelo Estado, a possibilidade de discutir a resposta mais adequada ao caso concreto, como supõe a prática de uma "regulação responsiva" ancorada na idéia de pirâmide regulatória, é necessário, para que o canal de diálogo seja aberto e para que, assim, seja exercitado o estágio da persuasão, que o indivíduo seja previamente responsabilizado, isto é, demonstre alguma disposição de vincular-se ao fato, por meio da assunção das conseqüências que a partir dele forem deliberadas. Por assim dizer, ao se submeter à persuasão, o indivíduo fica, tacitamente, obrigado a suportar o acordo que resultar do processo deliberativo, ainda que conte com a vantagem de poder influir sobre ele, vinculando-se ao fato perante outrem sem a necessidade de quaisquer considerações ulteriores a respeito das categorias tradicionais de culpa e dolo.

Portanto, não obstante abra espaço para a flexibilização do *alcance* da responsabilidade, ou seja, permita a discussão das conseqüências deriváveis de uma dada ação ou omissão, a Justiça Restaurativa, fundada em uma idéia de "regulação responsiva", não põe em pauta a *determinação* da responsabilidade, a qual está dada desde o início pela aceitação do indivíduo em submeter-se à persuasão. Por trás dessa aceitação, encontra-se o espectro da inexorabilidade da intervenção, que há de ocorrer a qualquer custo, consinta ou não o indivíduo. Se no seio do sistema tradicional de Justiça Retributiva a responsabilidade é o produto de um processo realizado em contraditório, no qual a imputação e a não-imputação digladiam-se até que uma se sobreponha sobre a outra, na Justiça Restaurativa, a responsabilidade é alçada como condição *sine qua non* da realização do próprio processo restaurativo, que não chega a se desenrolar se

não há prévia vinculação do sujeito ao fato perante outrem, nos termos de Günther. Assim, a discussão a respeito da determinação da responsabilidade, isto é, se é ou não possível haver imputação no caso concreto, é excluída da deliberação, eis que premissa do início do próprio processo deliberativo. A submissão de um indivíduo, ainda que voluntária, a um processo restaurativo, embora possa passar ao largo da questão da culpa – tal como ocorre também nos modelos inspirados no *nolo contendere* (o "não quero litigar") –, significa, implicitamente, a aceitação de alguma forma de responsabilidade, a qual fica fora da esfera do deliberável.

Nesse ponto, então, o pêndulo da responsabilidade inclina-se sobre o indivíduo. Se, pela inexorabilidade latente à intervenção, a imputação é indispensável para a ignição dos mecanismos restaurativos de justiça e se ela é dada pela submissão do indivíduo à persuasão, é preciso, para a efetividade de uma Justiça Restaurativa estruturada na base da pirâmide regulatória, que esse indivíduo esteja disposto a ser o artífice da própria responsabilização. Faz-se necessário, então, que o pendor para a auto-imputação seja internalizado pelo sujeito, o que na teoria de Braithwaite é promovido justamente pela "vergonha reintregrativa". A vergonha incrustada no ânimo do indivíduo, na qual vem embutido um desejo de reintegração, é que conduz à aceitação de alguma forma de responsabilização. De modo análogo, a "vergonha reintegrativa" também se mostra indutiva da auto-imputação no exercício de sua função pedagógica, quando estimula o indivíduo a replicar os exemplos de "vergonha reintegrativa" que já presenciou.

O consenso pressuposto por Braithwaite como condição de efetividade da sua teoria sobre a "vergonha reintegrativa" igualmente recai sobre o indivíduo. Se a sociedade não é conflitual – ao contrário, está imersa em um consenso inquebrantável, sobre o qual se funda a reprovabilidade dos chamados "crimes predatórios" –, então a dimensão problemática da situação há de ser buscada não na sociedade, perfeitamente coesa, mas no indivíduo, que, com sua atitude isolada, fratura a harmonia social. A intervenção centrada unicamente no indivíduo, adquire assim justificação.

A "vergonha reintegrativa", portanto, não se integra à Justiça Restaurativa simplesmente como uma teoria que explica o seu êxito. Dela depende a própria efetividade da "regulação responsiva" sobre a qual se assenta a Justiça Restaurativa de John Braithwaite, à medida que predispõe o indivíduo a consentir com a vinculação necessária à abertura do canal da persuasão. A articulação entre "vergonha reintegrativa" e "regulação responsiva", enfim, tem repercussões bastante significativas sobre a maneira pela qual se encara a responsabilidade penal. Se examinada com cuidado, uma das construções mais bem acabadas sobre a Justiça Restaurativa, como é a de John Braithwaite, pode precipitar efeitos bastante perversos sobre a responsabilidade penal, inviabilizando a discussão sobre a

sua *determinação* e sobrecarregando o *indivíduo*. É válido aproveitar, no entanto, as potencialidades do modelo restaurativo de Braithwaite no que toca à possibilidade de deliberação quanto ao *alcance* da responsabilidade e ao papel da *comunidade*, tomando-se esses méritos como pontos de partida para uma teorização verdadeiramente emancipadora da Justiça Restaurativa.

Juliana Cardoso Benedetti

Assistente de Pesquisa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV)

Pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do Cebrap

HUGO GROTIUS: O DIREITO DA GUERRA E DA PAZ

Carlos Eduardo de Abreu Boucault

RESENHA

GROTIUS, HUGO, *O DIREITO DA GUERRA E DA PAZ*, (TRAD. CIRO MIORANZA), FLORIANÓPOLIS, EDITORA UNIJUÍ-FONDAZIONE CASSAMARCA, 2004, 2 VS.

Trata-se de obra, inaugural da cientificidade moderna dos fundamentos jurídicos e políticos do Direito Internacional Público, que, nesta nova co-edição, a cargo da Editora Unijui, e da Fondazione Cassamarca, Itália, contém apresentação do Professor Arno Dal Ri Júnior, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, introdução do Professor Antonio Manuel Hespanha, catedrático da Universidade Nova Lisboa e traduzida por Ciro Mioranza.

O valor intelectual das idéias e da visão cosmopolita de Hugo Grotius patenteia-se em seu questionamento fundamental e primeiro sobre a comoção religiosa e humanista em que se digladiava a cristalização filosófica próxima do Racionalismo: "O que é a guerra? O que é a paz?", que inaugura as páginas desse legado imprescindível à compreensão do mundo e da saga humana, nas recessões bélicas e atrocidades existenciais.

Grotius vivenciou a ambientação da Escola do Direito Natural e procurou inoculá-la no cenário internacional, defendendo possibilidades da institucionalização de um "ius gentium" estruturado pela convivência entre Estados, proscrevendo o recurso à guerra, limitando-a a imperatividade dos princípios

da defesa territorial e da resistência à agressão externa. Sua proposta teórica e ideológica vislumbra a prática dos tratados, como medida racional e jurídica de mediar e prevenir a variedade de conflitos que bordeja a tessitura dos flagelos internacionais.

O significado desta obra, já traduzida em outros idiomas, expressa o valor da iniciativa deste projeto editorial da coleção "Clássicos do Direito Internacional", a cargo da faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em regime de co-edição da Fondazione Cassamarca e da Cátedra aberta mantida por essa instituição italiana junto à Universidade Federal de Santa Catarina, coordenada pelo Professor Arno Dal Ri Júnior. Compõem o universo de colaboradores deste projeto a Editora Unijuí, da Universidade Regional do Nordeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí e o tradutor Ciro Mioranza.

Como registra o Professor Arno, em seu texto de apresentação desta reedição, o Brasil encerra uma literatura inexpressiva no campo do Direito Internacional, como se sua participação no contexto das Nações não merecesse por parte de juristas brasileiros a dedicação à produção de obras jurídicas significativas para a comunidade científica. Causa estranheza ao se examinarem os Pareceres da Consultoria do Ministério das Relações Exteriores, de recente publicação, a cargo do Professor Antonio Paula Cachapuz de Medeiros*, verificar a excelência do conhecimento em Direito Internacional Público e Privado destilado nos fundamentos exarados nos pareceres referidos e a ausência de uma reflexão consolidada nas concepções doutrinárias contemporâneas, até pela própria situação curricular das disciplinas nos cursos de graduação no Brasil. O desprestígio acadêmico em relação ao Direito Internacional desmotiva a pesquisa e o estudo sistemático, razão pela qual, obras clássicas como "O Direito de Guerra e da Paz" sequer figura entre as obras da bibliografia básica dos cursos em geral, resumida à cultura mercadológica da "manualia".

A partir dessa lamentável constatação, pode-se aquilatar a grandeza dessa iniciativa para o alunato da graduação e para os pesquisadores dos cursos de Pós-Graduação em Direito, pois a obra de Grotius evoca o nome de juristas que muito contribuíram para a sedimentação dos princípios do Direito Internacional, tais como Alberico Gentili, Pasquale Mancini, Samuel Von Pufendorf e, talvez, o mais importante e revolucionário, Francisco de Vitória, ao reagir às formas dominadoras do colonialismo europeu com relação aos povos indígenas das Américas.

Como ressalta Antonio Hespanha, no texto introdutório, Hugo Grotius foi considerado o pai do Direito Internacional, mas esse título não é revelador de sua originalidade de imaginar uma sociedade de culturas, que, em sua diversidade ideológica e ritualística, expressasse suas relações na "leitura da natureza humana". Embora questionamentos sobre a existência de Deus não traduzissem vanguarda à época de

Grotius, seu pensamento vigoroso articulou os meandros do Direito Natural e a prática das relações internacionais, particularmente na comunicação do sistema de comércio, a partir de sua experiência pessoal e profissional, razão de seu cosmopolitismo diplomático e teórico.

A obra, originalmente publicada em três volumes, nesta reedição, apresenta-se em dois volumes, contendo títulos que tratam da guerra, os deveres dos Estados, da aquisição de bens em período de conflito armado, tratados, direitos de Embaixadas, penas da guerra justa, da situação jurídica dos povos vencidos, dos prisioneiros de guerra, a conquista de soberania, tópicos em que Grotius expande a interpretação dos princípios da Guerra justa e conduz mecanismos para a garantia da paz e do direito humanitário, traço indefectível da atualidade de suas concepções.

*** REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Pareceres das Consultores Jurídicos do Itamaraty – 3 volumes; Organização – Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros; Coleção – Brasil 500 anos; Gráfica do Senado Federal – Brasília - 2000

Carlos Eduardo de Abreu Boucault
Professor da Faculdade de Direito da UNESP

O CONTRATO, DE ENZO A VINCENZO

Rafael Vanzella

RESENHA

ROPPO, Enzo. *Il contratto*. Bolonha: Il Mulino, 1977. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. Cit. *O contrato*.

ROPPO, Vincenzo. Il contratto. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Tratatto di diritto privato*. Milão: Giuffrè, 2001. Cit. *Il contratto*.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*. Turim: Giappichelli, 2002. Cit. *Il contratto del duemila*.

O que os reduz à unidade? O fato de que todos os três contribuem, cada qual de um específico ponto de vista, para traçar o quadro dos fatores de "crise" da tradicional figura e disciplina do contrato e (de modo todo embrionário) as linhas de um novo paradigma contratual, as quais emergem sobretudo da legislação setorial dos anos 90 do século XX: aqueles "dez anos que subverteram o contrato" e que nos consignam, nos albores do séc. XXI, um instituto em larga medida remodelado a respeito dos esquemas da tradição (da tradição mais longínqua, mas também daquela relativamente vizinha). Eis então o título: "O contrato do séc. XXI" *[Il contratto del duemila, IX]*.

No crepúsculo dos anos 70 do século XX, Roppo firma-se como um autor fundamental (cf. Orlando Gomes. A função do contrato. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 101-109) para se compreender as transformações

do direito dos contratos. Este, segundo o próprio autor, consiste em um conjunto historicamente mutável de regras e princípios, os quais exercem um duplo papel: de um lado, conformam o contrato, funcionalizando-o às operações econômicas efetivamente praticadas [*O contrato*, 9, 11]; de outro lado, moldam essas mesmas operações econômicas, submetendo-as a um certo arranjo e aos interesses que, no âmbito de tais operações, busca-se tutelar e prosseguir. Chegava Roppo, assim, à sua definição de contrato: é, por um lado, a formalização jurídica da operação econômica, a qual, se constitui seu substrato imprescindível, pode e deve ser regulada pelo direito (dos contratos); por outro, a construção da categoria científica idônea para tal fim, ou seja, o conceito (jurídico) elaborado para dotar a linguagem de um termo capaz de resumir uma disciplina jurídica complexa [*O contrato*, 7, 11].

Nesse emaranhado das noções de direito (positivo), economia e instituto jurídico (contrato), não se poderia manifestar senão a demonstração de que o direito (dos contratos) consiste menos em normas ditadas pela razão e mais na intervenção positiva e deliberada das forças políticas que exprimem o (os três poderes do) Estado, satisfazendo certos interesses e sacrificando outros que lhes sejam conflitantes [*O contrato*, 22]. Em poucas palavras, o direito dos contratos é produto de uma decisão política, a qual lhe imputa objetivos políticos; inevitavelmente, as mudanças daquela decisão determinam as transformações do direito dos contratos [*O contrato*, 23, 24]. É, enfim, a passagem de um direito dos contratos que persegue (é posto por um Estado que tem) objetivos (políticos) liberais para um direito dos contratos que persegue (é posto por um Estado que tem) objetivos (políticos) sociais que constituíam o cerne das preocupações do jovem Roppo: o Roppo da década de 70 do século XX, quando então se apresentava à comunidade acadêmico-jurídica como "Enzo".

Passados mais de vinte anos – e, neste intervalo, atento a outras tantas mudanças dos objetivos políticos do Estado e, por conseqüência, do direito dos contratos –, Roppo, já não tão jovem, desloca o centro de suas atenções para o que denomina "novo paradigma contratual": por trás dele, a transferência de funções do Estado para o mercado [*Il contratto del duemila*, 5] e o correspondente ordenamento jurídico cada vez mais informado pela lógica de privatização e liberalização [*Il contrato del duemila*, 38]. O Roppo da década de 70 do século XX vai sendo, dessarte, superado pelo Roppo do século XXI, o que se deflagra alegoricamente pela mudança de seu prenome, ao menos no seio de suas obras, para "Vincenzo". Com isso, seu livro *Il contratto* daqueles anos 70 é substituído por outro homônimo, mas muitíssimo alterado tanto no plano de exposição e na extensão do texto quanto nos temas abordados. Feito tomo do *Trattato di diritto privato* cuidado por G. Iudica–P. Zatti, o novo *Il contratto* é acrescido pelo pequeníssimo volume *Il contratto del duemila*, publicado pouco depois, cujos três ensaios servem como sua introdução. O que fica de Enzo é a

mesma preocupação com o substrato socioeconômico em relação às normas jurídicas postas, seus mútuos influxos, o mesmo modelo de compreensão do instituto jurídico contratual lastreado no devir histórico, com sérias reservas à linha da continuidade acrítica, tão comum a alguns civilistas. Mas o enfoque das transformações dos objetivos políticos do direito dos contratos deixa de ocupar o primeiro plano de sua análise para ceder lugar ao estudo imediato de questões dogmáticas advindas de um modo diferente de regulação jurídica, que redefine o direito dos contratos e o próprio instituto contratual. Que esta regulação pressupõe certos objetivos políticos, isso Roppo não descarta. A ênfase agora se dá, entretanto, nas conseqüências que o desarranjo do Estado-nação provoca nas técnicas contratuais tradicionais, tanto as forjadas no contexto do Estado liberal quanto no do Estado social.

Bastaria lembrar, nesse sentido, da crescente influência que as diretivas da Comunidade Européia exercem tanto no ordenamento jurídico interno quanto na cultura jurídica italiana. Com efeito, ao passo em que as leis especiais dos anos 70 e 80 do século XX – material empírico dos trabalhos de Enzo – embasavam as reflexões sobre descodificação e microssistema, o último decênio deste século assiste a um salto de qualidade da legislação: as "leis especiais de última geração" têm origem no ambiente supranacional e comunitário e se referem, outrossim, à disciplina de determinados setores do mercado, predispondo regras sobre a relação entre seus protagonistas institucionais, quais sejam empresários e consumidores. São exemplos as leis sobre cessão de créditos da empresa, contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais, contratos bancários e de crédito ao consumo, contrato de venda e compra de pacotes turísticos, contratos de seguro de vida e de danos, contratos relativos à prestação de serviços financeiros, contratos para venda de multipropriedade, contratos de subfornecimento, contratos a distância, entre outros [*Il contratto del duemila*, 9-11]. Além disso – e por isso –, os modelos normativos, frutos do labor científico alienígena, passam a ser internamente adotados de modo acelerado e violento, sem assimilação cultural, na medida em que deixam de experimentar o trabalho intelectual para serem impostos pela decisão política incorporada nas diretivas [*Il contratto del duemila*, 12].

Mas, na verdade, para tratar do "contrato do século XXI" sob a efeméride do desarranjo do Estado-nação, Vincenzo vai muito além. Traça, como de rigor e sem olvidar das novidades, a relação entre contrato e fonte do direito: se por um lado reforçam-se, no início do século XXI, as evidências empíricas do contrato como norma jurídica – tendência já apontada por Enzo nos fenômenos da estandardização e dos contratos normativos [*O contrato*, 331-326] – configurando, com nítidas diferenças para com a anterior, uma nova *lex mercatoria* [*Il contratto del duemila*, 6-7], por outro a sociedade e a economia globalizadas exigem um contrato cuja

flexibilidade superponha-se aos valores de certeza e estabilidade [*Il contratto del duemila*, 7]. Reaparece, revigorada pela análise econômica do direito, a teoria da *efficient breach*: o contrato não mais constitui obrigação de adimplir, senão um poder (formativo) de escolha entre adimplir e não-adimplir/ressarcir; respeitar ou violar os deveres (relativos) contratuais torna-se indiferente do ponto de vista axiológico, mas relevante se se aprecia sua conveniência econômica, pois neste caso é privilegiada a opção que garanta a melhor alocação de recursos [*Il contratto del duemila*, 7].

Seria o fim do corolário do direito dos contratos *pacta sunt servanda*, em que o aspecto moral se sobressai? Enzo não chegou a enveredar sua análise nessa direção; deteve-se no significado ideológico – e nas alterações – dos temas da liberdade de contratar, da igualdade jurídica dos contratantes, da autonomia da vontade, da teoria da vontade. Não deixou de afirmar, porém, que a descoberta do sentido oculto em tais dogmas do direito contratual liberal levava à admissão de que o contrato (e os dogmas do direito dos contratos) não passava de mecanismo objetivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema econômico [*O contrato*, 25]. A própria noção de autonomia privada, sucedânea à noção de autonomia da vontade, já indicava que a supremacia da vontade individual cedera lugar à legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir no lucro ou de atuar segundo as conveniências de mercado. As transformações no direito dos contratos caminhavam, pois, menos na linha de uma adaptação ética do que naquela da necessidade de torná-lo mais funcional às novas condições do capitalismo [*O contrato*, 310-311]. Todavia o corolário *pacta sunt servanda* não era relativizado, senão reforçado, porquanto revelava que o respeito aos compromissos assumidos seria pressuposto para que as operações econômicas se desenvolvessem conforme uma lógica própria, de modo a viabilizar e não frustrar os cálculos dos agentes econômicos [*O contrato* 24-25].

Para Vincenzo, porém, não precisamente o fim, mas sim a relativização do *pacta sunt servanda* é o cerne do "novo paradigma contratual". Como Enzo, também em tema de proteção do contratante mais fraco, assume esta como um dado normativo imposto não somente por questões de eqüidade e justiça, mas sobretudo pela tutela do próprio funcionamento do mercado: empresários eficientes devem prevalecer não pelo abuso de posição dominante, e sim pelo melhoramento da qualidade e diminuição do preço dos produtos, pela inovação tecnológica, pela redução dos custos internos e pela racionalização dos processos produtivos e distributivos [*Il contratto*, 904]. Entretanto, a noção de proteção do contratante débil, por ter origem na força expansiva do regime dos contratos do consumidor, implica um modelo ao qual um número cada vez maior de situações fáticas pode ser reconduzido. Da proteção à posição (institucional) de consumidor passa-se à proteção à posição (institucional) de contratante débil, independentemente

do papel que o agente econômico desempenha no mercado [*Il contratto del duemila*, 27, 52-53]. Não é mais a qualidade socioeconômica do contratante, mas sim a circunstância concreta na qual ele se encontra que determina a incidência de regras protetivas. No suporte fático destas, não as qualidades subjetivas, não uma debilidade definida legalmente *ex ante*, e sim a *assimetria de poder contratual*. E esse modelo, que tem por base os poderes (formativos) de denúncia da relação contratual pelo simples arrependimento e de decretação da nulidade do contrato por requisitos de validade que extrapolam o rol do direito comum, apresenta uma certa unidade das conseqüências de sua aplicação, qual seja o enfraquecimento do vínculo contratual e também do princípio da intangibilidade do equilíbrio contratual [*Il contratto del duemila*, 27, 34]; vale dizer, do corolário *pacta sunt servanda*.

O que isso significa exatamente? Em primeiro lugar, que o regime dos contratos do consumidor derroga a disciplina do direito comum dos contratos [*Il contratto del duemila*, 34]. Em segundo lugar, que esse regime apresentou, na prática, uma força expansiva, a ponto de mesmo os princípios Unidroit consagrarem a proteção do contratante débil [*Il contratto del duemila*, 55]. Em terceiro lugar – e é aqui que se delineia o novo paradigma contratual –, a contemplação do modelo de assimetria de poder contratual, caracterizado pela circunstância de um dos contratantes estar em situação de desequilíbrio por não poder exercer seu poder (formativo) de estabelecer o clausulado contratual, o qual é fixado unilateralmente pela outra parte contratante [*Il contratto del duemila*, 56].

Neste ponto se identifica o novo Roppo. Enzo, conquanto conteste a fórmula "do contrato ao *status*" [*O contrato*, 26-27] – inversa portanto àquela de H. S. Maine –, não deixa de se referir às posições de superioridade ou inferioridade econômica e social das partes contratantes [*O contrato*, 327], o que é muito próximo da idéia de classe e de *status*. Roppo não havia, então, se livrado das amarras de um modelo que considera as características subjetivas dos contratantes, tanto que privilegia um controle da liberdade contratual *ex ante*, por meio de ações neutralizadoras do legislador [*O contrato*, 327-334]. Vincenzo rompe com esse vacilo e, na verdade, reajusta a dogmática do direito contratual à fórmula de H. S. Maine, desprezando por completo a idéia de posição socioeconômica dos contratantes. O fundamental, no modelo de Vincenzo, é a assimetria de poder contratual verificada em concreto, apreciável com maior ou menor discricionariedade caso por caso pelo juiz [*Il contratto del duemila*, 44].

Uma última questão permaneceria, contudo, a tirar o sono dos leitores de Roppo. Como diz Vincenzo, a noção de vínculo contratual – que, reitere-se, se lastreia no corolário *pacta sunt servanda* – cumpre uma função que acaba por determinar o caráter institucional do contrato: se o contrato não estabelecesse vínculo, ninguém poderia contar com a certeza e a efetividade das próprias posições jurídicas subjetivas ativas contratuais, ligadas à

estabilidade dos efeitos contratuais, pois todos os contratantes estariam sujeitos ao arbítrio da contraparte [*Il contratto*, 533]. Assim, a nada serviria o contrato. Estar-se-ia, então, com o enfraquecimento do *pacta sunt servanda*, diante do definitivo declínio da figura do contrato, idéia repelida por Enzo nos anos 70 do século XX [*O contrato*, 335-348]?

Não, certamente. Às previsões apocalípticas, Roppo – ambos aliás – objeta sempre com tendências outras do próprio sistema, aparentemente contraditórias, mas que, em verdade, acabam por redefinir o contrato, de modo não a sucumbi-lo, e sim a revalorizá-lo. Em primeiro lugar, caberia afirmar que não é em todos os contratos que se apresenta assimetria de poder contratual. Em segundo lugar, aponta Vincenzo que as próprias nulidades com que se sancionam contratos econômica ou normativamente desequilibrados ou que, ainda, violem deveres secundários são, em sentido atécnico, "relativas": tanto subjetivamente, pois só o contratante débil pode invocá-las, quanto objetivamente – quando "contamina" somente uma parte do contrato, apenas das cláusulas nulas é que se decreta a invalidade, cabendo a suplementação *ex lege* da lacuna com base em parâmetros normativos pró-contratante débil [*Il contratto del duemila*, 32-33]. Ocorre, destarte, uma contenção das conseqüências da invalidade, em função da preservação do vínculo contratual. E, em terceiro e último lugar, conforme já no século passado sustentou Enzo – quem não é, absolutamente, desprezado por Vincenzo –, verifica-se, cada vez mais constantemente, a "recuperação da contratualidade": em diversos fenômenos assume o contrato a função de instrumento de mediação social, retomando para sua lógica situações que nela ingressariam só de forma distorcida se não fossem as modificações do próprio direito dos contratos, e, outrossim, conquistando espaços novos [*O contrato*, 337]. Reaparece o problema da relação entre contrato e fonte do direito. E quanto a isso chama a atenção Vincenzo para um fato que passa constantemente despercebido no contexto da *market regulation*, baseado nas autoridades administrativas independentes: ditar normas para a regulação de um determinado setor do mercado implica não raro a edição de normas para regular – e assim também eleger como instrumento mediador da regulação – os próprios contratos celebrados no âmbito daquele setor [*Il contratto del duemila*, 20; *Il contratto*, 903-904]. Leis e regulamentos cedem lugar, pois, ao contrato, até mesmo no sentido de que, segundo Enzo, são cada vez mais "contratados": as ações legislativas e administrativas não são mais do que formalizações de "acordos" ou "entendimentos" de partes políticas interessadas às quais subjazem *lobbys* extremamente poderosos [*O contrato*, 338]. Volta à baila a tormentosa relação entre política e direito dos contratos, conquanto esse ponto já não seja tão crucial a Vincenzo. Seria por que o novo Roppo destaca com mais facilidade o contrato dos domínios da política e da economia, vendo agora com uma certa autonomia o direito dos contratos?

Em última análise, a leitura dos dois Roppo por meio de suas obras *Il contratto* de Enzo, *Il contratto* e *Il contratto del duemila*, ambas de Vincenzo, revela seu assento comum: uma sofisticada dogmática do direito contratual feita compatível com a compreensão do instituto mediante um método interdisciplinar e que privilegia o devir histórico. No século XXI, a advertência de Enzo sobre este ponto se mantém inalterada e, mais do que isso, é – e precisa ser – reforçada [*O contrato*, 347-348]:

> Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma "essência" do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjetivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo – o que é duvidoso – que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma "essência" histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade de suas formas históricas e das suas concretas transformações.

Rafael Vanzella
Pesquisador da Direito GV

MUNDUS NOVUS: POR UM NOVO DIREITO AUTORAL *

Joaquim Falcão

1 Dos navegadores de ontem aos internautas de hoje

Houve um momento, na década de 60 do século passado, em que o mundo acreditou estar entrando em novo período de descobertas, de expansão geofísica, aliás, astrofísica. O século XX, tudo indicava, seria um novo século XV. A grande aventura civilizatória seria a corrida espacial, a exploração dos ares, novos mares nunca dantes navegados. As naves espaciais seriam as novas caravelas. Em vez de Índias e Américas, agora seria a vez de Lua, Vênus e Marte. Yuri Gagarin e Neil Armstrong, argonautas ou astronautas, sucederiam Cristóvão Colombo, Pedro Álvares Cabral, Vasco da Gama e Américo Vespúcio. Seriam os navegadores do galáctico mundo novo.

O começo do século XXI não confirmou esta crença. A conquista do espaço permanece como importante projeto de países líderes da civilização contemporânea. Mas perdeu muito de sua força. Não se impôs ao século XX, como as descobertas marítimas se impuseram aos séculos XV e XVI. É, no mínimo, aventura adiada. Paradoxalmente, porém, o imenso esforço para chegar ao espaço sideral acabou nos levando a outro espaço.

Tal como os ventos e tempestades desviaram Cabral do caminho das Índias e o fizeram chegar ao Brasil, ocorreu agora imprevisto desvio de rota. Fomos conduzidos ao ciberespaço em vez do espaço sideral. Um subproduto do projeto espacial norte-americano – o processamento de dados computadorizado – resultou talvez maior do que o próprio projeto. A partir daí, outra grande aventura civilizatória se impôs: a criação do ciberespaço. Este, sim, o novo mundo novo.

A cibernética pode não nos ter levado à Lua, mas com certeza nos levou a

nós mesmos. Influencia e molda decisivamente o século XXI. A caravela não se transmudou em nave espacial, mas em computador. Os *softwares* são as novas cartas, mapas e roteiros, difusores da informação, produtores do conhecimento e condutores da navegação. Os heróis não são Gagarin e Armstrong, são William Gates, Linus Torvalds e Tim Berners Lee.[1] Os navegadores de hoje, em vez de astronautas, são internautas. Em vez de navegar os céus, navega-se a Internet.

É neste contexto comparativo entre duas grandes aventuras da civilização contemporânea – as descobertas marítimas do século XV e a criação do espaço virtual do século XX – que colocamos uma questão que, embora aparentemente menor, remete-nos a problema decididamente maior.

Tanto ontem como hoje, um livre fluxo de informações é indispensável para o intenso processo de inovação acumulativa característico desses períodos de expansão do conhecimento. Essa inovação acumulativa é de interesse público por excelência. Tudo indica que existe uma correlação entre a produção do conhecimento necessário para as grandes descobertas e um múltiplo e descentralizado acesso a informações, ainda que rudimentar, como existiu entre Lisboa, Florença, Gênova, Flandres, Sevilha e outras cidades de então. Este fluxo que ampliou o mundo ontem é, mais do que nunca, fundamental para o mundo de hoje. Como conciliar hoje esse interesse público com o direito do autor?

No século XV, inexistia um direito formal que regulamentasse tal fluxo. Reinava grande liberdade. O controle do acesso e a propriedade das informações eram, sobretudo, de ordem política – o interesse dos reinos –, ou de ordem tecnológica – a inexistência de meios de comunicação apropriados. Hoje, o acesso diz mais respeito às regras jurídicas, nacionais e internacionais, que podem estimular ou dificultar a aventura do conhecimento. Criar e implementar um processo global de inovação acumulativa é o desafio maior. A intensidade e rapidez desse processo e seu eventual benefício para o conjunto da humanidade dependerão em muito da regulamentação jurídica do fluxo de informações. A válvula decisiva na regulação do fluxo é o direito autoral. Um direito autoral de cunho privatista, forjado no século passado, é condizente com a globalização e o desenvolvimento tecnológico de hoje? Analisar o que se passou no século XV pode ajudar a melhor enfrentar o desafio-mor: o que é e o que deve ser o direito autoral no século XXI?

2. Das cartas

No século XV, o fluxo de informação necessário ao viver e sobreviver, à expansão do próprio conhecimento, viajava de duas maneiras principais. Ou através do relato e do contato pessoal, da história oral, da narração de enviados e viajantes que, ao voltarem, contavam o que viram e ouviram aos que não tinham ido. Por sua vez, estes recontavam o que lhes diziam aos que nada tinham visto e ouvido.

Ou então o conhecimento viajava através de mapas, diários, roteiros e

cartas, de manuscritos artisticamente elaborados, feitos à mão, um a um, linha a linha, letra por letra. Iluminuras a iluminar o conhecimento. Os navegadores, ao voltarem de suas viagens marítimas e a partir de observações diariamente anotadas, escreviam cartas como relatórios, prestação de contas a seus reis e financiadores. Assim, o mundo se comunicava e caminhava e, ao se conhecer, expandia-se.

Estas cartas, que passavam de corte em corte, de nobre em nobre, mercador em mercador, não raramente eram reproduzidas, multiplicadas, sobretudo pelos monges. Ao contrário dos livros de hoje, para os quais uma edição se mede aos milhares de exemplares, a edição de uma carta manuscrita se contava nos dedos. As poucas, pouquíssimas cópias iam para as bibliotecas de religiosos, ricos e poderosos. Algumas, entretanto, transformavam-se em panfletos de feitos romanceados, histórias aventuradas, quase literatura, tipo cordel, lidas nas feiras e cantadas nas tabernas (Bueno, 2003, p. 10). Assim, o novo chegava também aos artistas e ao povo. Disseminava-se.

As informações veiculadas nas cartas foram fundamentais para o processo das descobertas. Cumpriram pelo menos três funções. Primeiro, se constituíram no verdadeiro motor a instigar a aventura do conhecimento, identificada como a aventura do descobrimento marítimo. Estimularam a ambição, a imaginação e o desejo. Possibilitaram a substituição dos dogmas da Idade Média pela curiosidade do Renascimento. Abriram os cofres. Canalizaram para os mares as fortunas dos mercadores, o poder dos reis, a coragem dos capitães-mores, a força dos marinheiros, a juventude dos grumetes, a ciência dos cartógrafos e astrônomos. Instruíram ferreiros e marceneiros. Aguçaram a concorrência entre reinos, cidades e navegadores.

As polêmicas narrações de Marco Pólo sobre sua viagem à Ásia, por exemplo, descrevendo os palácios de ouro, as ruas de mármore, o inédito e o luxo asiáticos, despertaram o desejo de muitos em correr riscos, descobrir o novo, novas fontes de riqueza e poder. O Infante Dom Enrique e Américo Vespúcio teriam sido fortemente influenciados por Marco Pólo. Foram documentos fundacionalmente mobilizadores. Como serão depois as cartas de Colombo e do próprio Vespúcio.

Foi de caráter científico a segunda função destas cartas. Funcionaram como relato de experimentos técnicos. No fundo, cada viagem era também, como diz Antonio Luiz Porto e Albuquerque, uma missão científica, um experimento controlado de navegação (Albuquerque, 1999, p. 12). O mar era o grande laboratório. As cartas informavam sobre a dança dos astros – indispensável para que se forjasse a navegação astronômica, que substituiu a navegação por rumo e estima e permitiu aos navegadores se afastarem das costas e se jogarem mar adentro. Ensinavam como calcular latitudes e manipular o astrolábio. Corrigiam mapas e cartas náuticas. Olhavam as marés. Descreviam a resistência e a fragilidade das caravelas nas tempestades. Verdadeiros relatórios de pesquisa.[2]

A produção do conhecimento mudara radicalmente. O Renascimento não mais procurava a verdade na religiosidade da Igreja. A Inquisição abusara de todos os limites do divino. De uma centralizadora, católica e dogmática produção do saber, a Europa se abria lenta, mas permanentemente para uma nova produção empírica laica, descentralizada e acumulativa. O conhecimento dependia da observação, e não mais da fé. Assim, inauguramo-nos a nós mesmos. O livre fluxo das informações contidas nas cartas foi fundamental neste processo de empiricização, descentralização e diversificação do progresso (Albuquerque, 1999, p. 12 e 30).[3]

Ao lado de diários, relatos, mapas e livros de pilotagem, as cartas forneceram a matéria-prima empírica que, analisada, comparada, estudada e sistematizada, fundamentou manuais de navegação. O Regimento do Astrolábio e do Quadrante, o primeiro deles, data de 1509 (Albuquerque, 1999, p. 24-26). Circulavam nas escolas de navegação em conexão com a Casa da Índia de Lisboa e a Casa de la Contratación de Sevilha, onde Vespúcio teria inclusive colaborado (Albuquerque, 1999, p. 27). Por isto, dizemos que foram cartas fundacionais do conhecimento tecnológico marítimo. Documentos do saber de experiência feito, sem os quais navegadores não existiriam, descobertas não se fariam.

Finalmente, estas cartas tiveram também uma função constitutiva. Fácil perceber. Ao mesmo tempo em que descreviam as descobertas – os novos continentes, os novos povos, a nova fauna e a nova flora, as novas maneiras de viver e de conviver –, estas cartas as construíam também. Inventavam o que fora apenas descoberto. Davam significados bem estabelecidos aos significantes ainda muito ignorados.

Como inexistia fotografia ou mesmo pintura (o primeiro quadro sobre as Américas – *Vista de Itamaracá* – só vai ser pintado por Franz Post em Recife e Olinda por volta de l637), as gravuras com as primeiras imagens do novo mundo fundamentaram-se nas descrições interpretativas dos navegadores em suas cartas. Retratavam fenômenos observados e imaginados ao mesmo tempo. Sínteses de realidade e fantasia. Com as informações das cartas, a Europa cunhou um mundo novo, feito de imaginação e realidade. Muito mais a imaginação da barbárie, do que a realidade da diferença. Muito mais o descobridor do que a descoberta. Até hoje.

Quem quer que analise uma gravura do século XVI mostrando índios, antropofagia e natureza, não deixará de perceber este processo. Sem acesso à imagem real dos índios, os artistas os imaginavam a partir de descrição sempre subjetiva e incompleta das cartas. Assim, desenharam igrejas e palácios tropicais de telhados íngremes, prontos para receber a neve que nunca veio.[4] Desenharam índios e índias de feições, proporções e musculaturas européias. Rituais antropofágicos praticados por índios europeizados. Produziu-se um bizarro etnocentrismo gráfico. Séculos depois, este etnocentrismo vai se repetir com sinal invertido nos desfiles de escola de samba do Rio de Janeiro: mestiços vestidos de dourado numa coreografia de minuetos, tamborins e pandeiros.

O melhor exemplo desta função constitutiva são as cartas de Américo Vespúcio (ver Vespúcio, 2003). A partir de uma de suas cartas, o mundo novo é batizado e recebe o nome de América. Identificou a nova terra. Ajudou a inventar América, até hoje sinônimo de mundo novo. "Viemos ao mundo para dar nome às coisas: dessa forma nos tornamos senhores delas ou servos de quem as batizar antes de nós", diz com razão Lya Luft (2004, ed. 1.862).

A identidade de um país ou mesmo de uma pessoa dificilmente se desassocia de seu nome, de sua denominação. Quanto mais a de um continente. O factualmente correto – mas impensável hoje em dia – seria nos chamarmos Colômbia: Colômbia do Norte, Colômbia Central e Colômbia do Sul. Seríamos outro. A carta de Vespúcio foi decisivamente constituinte.

Dificilmente o século XV teria sido o século das descobertas sem o livre fluxo de informações destas cartas. A carta de Vespúcio é nosso estudo de caso. Que direito autoral incidiu sobre as cartas nas quais descrevia o Novo Mundo? Acompanhando seu processo de criação e difusão, poderemos extrair algumas idéias para a eventual regulamentação jurídica do direito autoral e do mundo cibernético de hoje.

3. Do erro de atribuição de autoria

Américo Vespúcio nasceu na cidade certa: Florença, uma das principais cidades-país da Europa.[5] No século certo, no final do século XV, quando a aventura humana se refazia, encontrava seu renascimento. Na rica família certa. Não foi aluno esforçado. Mas, ensinado por seus tios Giorgio Antonio e Guido Antonio, sabia falar e escrever a língua certa – o latim, inglês de sua época. Conhecia a diplomacia, a mercancia, mapas e astros.

Melhor ainda, teve o protetor certo: o florentino Lorenzo de Médici. Não, não foi Lorenzo, o Magnífico, de quem se dizia ser "tirano muito agradável" (Hibbert, 1993, p. 130). O melhor que se poderia ter então. Seu protetor foi outro, seu homônimo. Foi seu primo mais jovem e talvez até mais rico: Lorenzo di Pierfrancesco dei Médici. Exatamente aquele que encomendara a Sandro Boticelli duas de suas maiores obras-primas: *A primavera* e *O nascimento da virgem*. Imagens até hoje paradigmáticas da elegância e da sensualidade das mulheres. Aliás, os esvoaçantes cabelos desta virgem de Boticelli vão reaparecer nos esvoaçantes cabelos das índias nada virgens que ilustram a carta *Mundus Novus*, em outro primoroso exemplo de etnocentrismo gráfico.

No momento certo, jovem ainda, Américo Vespúcio foi para Sevilha, como comerciante e banqueiro, representante de Lorenzo. Ali tinha de estar. Na península Ibérica se multiplicava o mundo. Portugal e Espanha colhiam os maiores e melhores frutos do estratégico Projeto de Sagres – ou Projeto de Portugal, como gosta de chamar, e com razão, Luiz Fernando de Souza Pinto.[6] Iniciado por D. João I e sua mulher, a inglesa Filipa de Lancaster, e consolidado por seus

cinco infantes: D. Pedro, D. Fernando, D. João I, D. Duarte e D. Henrique, este projeto está na origem dos caminhos das Índias e do avançar pelo mar oceânico. Fez de Lisboa o *Silicon Valley* e o *Cape Canaveral* de então.

Nos dias de Vespúcio, na Ibéria, sob os efeitos do Projeto de Sagres, D. Manuel, o Venturoso, e os reis católicos de Castela e Aragão, Isabel e Fernando – ela muito mais rainha do que ele rei – arriscavam a fortuna e o poder. Arriscaram até mesmo as jóias da coroa. Financiavam descobertas. Competiam. Completavam o mundo. Inventavam o futuro.

Ainda, no momento certo, Vespúcio trocou de profissão. Em Sevilha encontrara o desafio das descobertas. Não resistiu. Escolheu uma nova profissão, a profissão certa, de riscos maiores dos que a dos próprios banqueiros. Aliou-se à nova tecnologia que começava a revolucionar o mundo: a caravela latina e a navegação astronômica. Foi ser navegador. Hoje os navegadores singram mares virtuais. Ontem, Vespúcio foi singrar mares oceânicos. Navegadores e internautas, gêneros da mesma espécie, os aventureiros das inovações tecnológicas.

Mas não bastou Américo Vespúcio ter nascido na família certa, na cidade certa, no século certo, deixar a profissão certa na hora certa e escolher nova profissão certa. Foi preciso mais para que ele ficasse famoso, conhecesse a glória e chegasse aos dias de hoje. Pelo menos um erro lhe foi indispensável: o erro do monge Martin Waldeseemuller, concedendo-lhe, e não a Colombo, a autoria do descobrimento da América (Fernández-Armesto, 1992, p. 186). Desta falsa atribuição de autoria nasceram América e a imortalidade de Américo. O que mais pode um mortal desejar? Sem este erro, morreria errado e usado, incompreendido, quase falido, como o próprio Colombo e dezenas de outros navegadores.

Com recursos de D. Manuel, Fernando e Isabel, Lorenzo ou de amigos como Gianetto Berardi, Vespúcio cruzou o Atlântico três ou quatro vezes.[7] Foi a Venezuela, Salvador, Haiti, Cabo Frio, Cabo Verde, passando pela ilha de Fernando de Noronha, que lhe impressionou pela exuberância das aves e peixes e mar e rochas. Quase paraíso.

Sempre que voltava a Europa, prestava contas aos seus patrocinadores. Escrevia seus relatórios, memorandos, *e-mails* de viagem. O que relatavam estas cartas, precioso depositório de informações a correr o mundo civilizado?

Contavam de tudo. Dos céus e dos mares. Das tempestades e da bonança. Das estrelas que guiavam e das estrelas que confundiam. Dos ventos a desviar e dos ventos a aproveitar. Das novas terras, dos mares e dos rios. Animais e peixes nunca vistos. Vespúcio comunicava o espanto e a admiração. A perda de fôlego, diante de tudo, nunca dantes visto.

Falava de homens e mulheres, da nova raça, de pele vermelha, carnes duras – mulheres de peitos rígidos como não se imaginaria numa européia, confessa. Das terras incertas. Falava dos hábitos, da culinária, da doçura, da cordialidade, da traição, da bravura. Falava e se espantava com a antropofagia dos novos povos. Comiam-se uns aos outros, carnes saborosas,

guardadas penduradas e salgadas com despudor. Alguns destes índios viviam até 150 anos! (Vespúcio, 2003, p. 45.)

Suas cartas de fluxo livre ajudaram a tecer a rede das comunicações do século XVI. Moldavam e influenciavam investimentos, jogos do poder, artes e ciências. Forjavam a pauta do futuro, a agenda do amanhã. Subsidiavam a dúvida renascentista na sua batalha contra a fé medieval. Retiravam da Igreja a tarefa de dizer a geografia do mundo. Entre seus leitores, além dos financiadores, os pensadores que fizeram o Renascimento: Erasmo de Rotterdam, Michel de Montaigne, Michelangelo Buonarroti, Leonardo Da Vinci, Rabelais, Sandro Botticelli, Maquiavel e Thomas Morus. Neste, dizem, suas cartas teriam tido tão decisiva influência que serviram de base para seu maior livro – *Utopia* – de 1509. É provável (Bueno, 2003, p. 61).[8]

O próprio Morus, ao descrever seu personagem principal, Rafael Hitlodeu, explicitamente revela sua fonte: "(...) desejoso de conhecer o mundo, [Rafael] juntou-se a Américo Vespúcio em três de suas quatro viagens, cujo relato hoje se lê em quase toda a parte" (2001, p. 18). Vejam a semelhança entre os habitantes descritos por Vespúcio e os da ilha inventada por Morus, que viviam sem muitas leis e sem advogados.[9]

> Não têm bens próprios, mas todas as coisas lhes são comuns. Vivem ao mesmo tempo sem lei nem comando, e cada um é senhor de si mesmo. [...] Além do mais, não têm nenhum templo, não têm nenhuma lei, nem são idólatras. Que mais direi? (Vespúcio, 2003, p. 42.)

A ilha Utopia, que Morus romanceou e a Europa sonhou, era aqui.

Depois de lidas por seus destinatários – os patrocinadores –, as cartas navegavam livremente de mão em mão, de corte em corte, de cidade em cidade anunciando o espanto. Pouco a pouco se multiplicavam, copiadas nos conventos, assumiam novos formatos, pequenos, 11x13, chegavam ao povo nas feiras, nas ladeiras, nas ruelas e nas tabernas.

Atribui-se a Vespúcio pelo menos cinco cartas. Três seriam autênticas. As cartas de Sevilha, de Cabo Verde e de Lisboa. Duas seriam apócrifas, de autenticidade não comprovada: as cartas *Mundus Novus* e Quatro Navegações. A carta de Lisboa servirá de base para a *Mundus Novus*. Entendendo sua construção e circulação, seguindo seu rastro e paradeiro, entendemos o erro de atribuição de autoria e avaliamos suas conseqüências para os dias de hoje, diante do desafio de regulamentar o fluxo de informações por meio do direito autoral. O que o século das descobertas tem a ensinar aos legisladores do século do virtual?

4. Da carta como cultura livre

O percurso e mistérios de *Mundus Novus* são narrados com excelência por Eduardo Bueno. Carta apócrifa, de autoria incerta. Talvez do próprio Américo Vespúcio. Ninguém sabe. Tinha a atração da fraude irresistível. Não importa. Veiculou

informações inéditas retiradas da carta de Lisboa. Esta sim, de autoria certa: o próprio Vespúcio (Bueno, 2003, passim).

Vespúcio escreveu a carta de Lisboa para seu protetor Lorenzo di Pierfrancesco dei Médici em Florença. Carta fundacional, corrigiu erro decisivo. Interpretou corretamente o que Colombo interpretara erroneamente. Colombo chegara ao novo continente, mas se acreditava nas Índias. Enganou-se e perdeu. Vespúcio acreditava ter chegado na quarta parte do mundo. Viu, escreveu e venceu. E isso basta.

> [C]omo disse, de Lisboa, de onde partimos – que dista 39 graus e meio da linha equinocial – navegamos mais 50 graus para além da linha equinocial; os quais, somados, fazem cerca de 90 graus. Como tal soma atinge a quarta parte do grande círculo – segundo a verdadeira razão de medida legada a nós pelos antigos –, é manifesto que navegamos a quarta parte do mundo. [...] E essas coisas sobre cosmografia são suficientes (Vespúcio, 2003, p. 50-51).

A Europa ansiava. Esta informação decisiva foi retomada, argumentada e enfatizada pela apócrifa *Mundus Novus*.

> [...] procuramos e encontramos [regiões], as quais é licito chamar de Novo Mundo, porque nenhuma delas era conhecida de nossos maiores; porque é coisa novíssima para todos os que ouviram [falar] delas; e porque isso excede a opinião de nossos antepassados, pois a maior parte deles diz que além da linha equinocial para o meridiano não há continente, mas apenas mar, que chamam de Atlântico [...]. Todavia, essa minha última navegação constatou que essa opinião é falsa e totalmente contrária à verdade já que encontrei naquelas partes um continente habitado por mais numerosos povos e animais do que a nossa Europa, Ásia ou África (Vespúcio, 2003, p. 33-34).

Contra fatos não há argumentos. Nem mesmo opiniões de antepassados. O diário de Colombo era o passado; a carta de Vespúcio, o futuro. *Mundus Novus* informa a vitória, por um, dos sonhos e cobiça de muitos reinos. Desfaz um dogma estruturante da religiosa geografia da Idade Média. Confirma uma esperança agora observável.

Não foi simples a elaboração e circulação da carta. Não foi escrita num mesmo momento, numa única cidade, por um só autor. Foi construída em vários momentos, em várias cidades, por vários autores. Mudava na medida em que navegava. Obra aberta, coletiva e acumulativa. Aí seu segredo e sucesso. Navegou tal qual um *software* livre. Vejam só.

Ter-se-ia originado de um desconhecido manuscrito em italiano. O título inicial era: "Máximas saudações de Américo Vespúcio a Lorenzo di Pierfrancesco

dei Médici". Convenhamos: assim, era difícil, senão impossível, circular pela Europa. Título inodoro, numa língua restrita. Foi preciso traduzi-la do italiano de poucos para o latim de muitos. A edição original teria aparecido em Paris por volta de 1503, já em latim, traduzida possivelmente por um tal de Giocondo (Bueno, 2003, p. 30).[10] Ganhou maior audiência e circulação.

Foi preciso também novo título. Em Veneza, em 1504, uma nova edição descarta as burocráticas "Máximas Saudações" e surge: *Mundus Novus*. Nada mais adequado. Título sintético, fácil de gravar, atraente, instigante, atemporal. Moderno até hoje. Com um *recall* insuperável. Melhor impossível. O mundo novo não era mais exclusivo de Lorenzo. Pertencia a todo e qualquer leitor.

As mudanças não pararam por aí. Em 1505, em Augsburg, Johann Froschauer acenderá de vez a curiosidade do público leitor. Acrescenta imagem ao texto. A nova edição é ilustrada com a primeira xilogravura sobre o novo continente. Nela, os índios têm barba de nobre, porte de capitão-mor e nariz de El Greco. As índias são acariciadas nos seios mais rígidos do que os de uma européia. De agora em diante, *Mundus Novus* é imagem e texto. Ler e ver. Permitia-se ao leitor acreditar no inenarrável. Acende a imaginação de todos. Por exemplo, em Cárceres, na Espanha, no ano de 1575, o bispo manda esculpir ao lado da imagem da Ásia – um velho homem de olhos rasgados – a imagem da América, uma jovem índia de seios pontiagudos: seios profanos na fachada de seu próprio palácio episcopal!

As edições se multiplicam livremente. A informação da descoberta do quarto continente, o sonho de Sagres, desconhece fronteiras. Possui a Europa. Estima-se ter havido pelo menos 41 edições antes de 1506. Traduzida para o alemão, publicou-se em Basel, Augsburg, Munique, Leipzig, Nuremberg e Estrasburgo. Foi um sucesso, como bem afirma Eduardo Bueno (2003, p. 29):

> Mundus Novus é um panfleto, um cordel. Foi vendido em praças e feiras. Foi lido por nobres e plebeus. Tinha a brevidade de uma novela e a urgência de um anúncio. Era simultaneamente simples e sofisticado. Misturava sangue, selvageria e ciência, investigação filosófica e ação rocambolesca, visões do paraíso e dantescas cenas de antropofagia. Era ligeiro sem deixar de ser profundo, analítico sem ser tedioso. Só podia ser um sucesso.

O erro de Colombo lhe condenou à glória amarga. O acerto de Vespúcio lhe deu todos os tempos futuros. *Mundus Novus* ajudou a criar o clima propício pró-Américo. O golpe final será dado no mosteiro de São Deodato do século XVII, numa pequena cidade da França. Ali o monge Martin Waldeseemuller, provavelmente sob efeito de outra carta apócrifa

de Vespúcio, elabora simples raciocínio:

> Atualmente estas partes do mundo (Europa, Ásia e África) têm sido muito exploradas, e uma quarta parte foi descoberta por Americus Vesputius, como veremos adiante. Uma vez que a Europa e a Ásia receberam nomes de mulheres, não vejo razão para não chamarmos esta outra parte de "Amerige", ou seja, a terra de Americus, ou América, depois da descoberta de Americus. Estamos muito bem-informados a respeito da situação e dos costumes dos seus povos graças às quatro viagens de Americus (Apud Fontana, 1994, p. 67).

Ato contínuo, desenha no mapa o nome América nas desconhecidas terras do outro lado do mar oceano, o Atlântico. Os mapas se multiplicaram. Imortalizaram o erro. A Europa acreditou na denominação historicamente equivocada da interpretação geograficamente correta. O erro de atribuição de autoria nos faz nascer americanos.

A ampla liberdade do fluxo de informações permitira o erro decisivo e formatara o melhor e maior produto do século do descobrimento: a América. O mercado leitor – financiador, navegador e científico – comprou avidamente o erro. Aderiu. Era de uma plausibilidade irresistível. Era a ambição satisfeita. Quando Martin se deu conta e quis voltar atrás, foi impossível.[11] O mercado não permitiu. A identidade do novo já estava definida por todos os séculos.

Estes são os fatos. Esta é a história. Daqui em diante, vêm a reflexão e a proposta. Como regular o direito autoral no século XXI?

5. A regulamentação jurídica da cultura

Quando comparamos a aventura das descobertas marítimas com a da criação do espaço virtual, a analogia se impõe. Sozinhos, a caravana latina, o astrolábio, o quadrante ou a balestilha (os *hardwares*) não foram suficientes para conduzir os navegadores aos novos continentes. Da mesma forma, computadores e *laptops* sozinhos não nos levam ao novo mundo virtual. São condições necessárias, mas não suficientes.

As cartas, roteiros, diários de bordo e mapas são a condição suficiente. Foram as rudimentares matrizes que forjaram e permitiram a navegação das informações e a produção do conhecimento. Atuaram como verdadeiros *softwares*. Estabeleceram redes de comunicação e diálogo e debate entre matemáticos, astrólogos e cosmógrafos. Criaram comunidades. Estimularam o processo de inovação. Viabilizaram descobertas. Conectaram o Velho e Novo Mundo. Construíram o século.

Da mesma maneira, hoje. Sem o *software* não saímos do porto digital, não adentramos no mar oceânico. Sem ele, inexiste navegação, rede de comunicação, produção e partilha do conhecimento. Sem o partilhar, o mundo virtual

não o é. O *software* nos constitui enquanto agentes e usuários. Mais do que descobridores, nos faz criadores de nós mesmos. No século XXI, ao contrário do século XV, inovar não é descobrir o existente mundo longínquo. É criar o inexistente mundo. O fluxo das informações necessárias para esta criação vai muito depender de como se regule o grau de livre navegação do *software* de hoje: o direito autoral e as patentes.

Até que ponto a função social, o interesse público global no desenvolvimento de um processo de produção acumulativa de conhecimento, será ou não limitado pelo interesse privado do proprietário? Como definir a propriedade do *software*? Mais ainda, até que ponto um controle legal é tecnologicamente eficaz, nivelem âmbito local e global, capaz de impedir ou dificultar a utilização "ilegal" do *software*? Diante do novo mundo virtual, estamos no limiar de repensar um novo direito de propriedade, donde um novo direito de autor.

O que provavelmente teria acontecido com a carta de Vespúcio se, no século XV, prevalecesse o direito autoral restritivo e privatista que hoje ainda regulamenta o *software?* Ou mesmo as patentes, como querem alguns?

Não é difícil constatar duas das principais características jurídicas do uso desta carta. Primeiro, a ampla, geral e irrestrita liberdade com que *Mundus Novus* e suas informações fluíram livremente por toda a Europa. Nos reinos e cidades, entre cientistas e artistas, em todas as classes sociais. O relato "está em toda parte", constatava Thomas Morus. Inexistiam barreiras jurídicas, de direito público ou de direito privado, de direito nacional ou de direito internacional. Foi de fato livre o uso global.

Segundo, a carta não foi um *datum,* mas um *constructum*. Em vez de monopólio autoral, foi – ao contrário – aberta obra coletiva. Traduzida livremente por uns, ilustrada livremente por outros, intitulada livremente por terceiros, editada livremente por muitos. Passo a passo, mão a mão, num período de pelo menos cinco anos, foi obra de vários: Américo, Giocondo e Johann Froshauer, pelo menos. Reproduzida livremente por vários editores, em várias cidades: Paris, Veneza, Augsburg. A carta não era objeto de propriedade privada. Foi antes uma não-propriedade. Um *commons*, diria Lawrence Lessig (1999), onde todos podiam estar. Foi obra coletiva.

Imaginemos, porém, que *Mundus Novus* tivesse sido escrita por Vespúcio hoje. Ao tomarem conhecimento das sucessivas alterações, traduções e das múltiplas edições não expressamente autorizadas, advogados de Vespúcio tentariam proteger os direitos autorais de seu cliente. Como?

As possibilidades legais abertas aos advogados seriam basicamente duas. Denunciar a violação criminosa de direitos autorais e impedir a divulgação e as edições da carta, ou cobrar pelas autorizações que viessem a conceder. Mesmo com o risco de diminuir drasticamente as edições e a circulação das informações vitais para o desenvolvimento das descobertas.

É o que permitem os dispositivos da lei de direito autoral e do Código Penal. Vejam só.

Lei 9610/1998
(Lei de Direito Autoral):
Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:
I – a reprodução parcial ou integral;
II – a edição;
III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;
IV – a tradução para qualquer idioma;
VI – a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;
VIII – a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:
a) representação, recitação ou declamação [...].

Código Penal:
Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.
§ 1.º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual [...].
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
§ 2.º Na mesma pena do § 1.º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma [...].

Com base nesses e em outros dispositivos, os advogados poderiam, por exemplo, iniciar um processo cautelar de busca e apreensão, com pedido de liminar para retirar de circulação todas as edições feitas sem a expressa concordância de Vespúcio.[12] O número de edições naquela época era muito limitado; se a ação fosse intentada logo no início da produção e divulgação dos manuscritos, os oficiais de justiça não teriam muita dificuldade em apreender todos ou a maior parte dos exemplares.

Poderiam também pedir que se proibisse judicialmente a transformação das cartas em histórias, em cordéis, a serem contadas e cantadas pelos trovadores nas tabernas e nas ruelas das cidades.[13] Ciosos da proteção ao direito do autor das cartas, os juízes talvez concedessem uma tal medida e, assim, impedissem a disseminação ilegal.

Os advogados poderiam, com base na jurisprudência pátria, ingressar em juízo acusando o autor de *Utopia* de plágio – comparável ao crime de contrafação, segundo algumas decisões judiciais – e pleiteando indenização por danos morais e materiais.[14] Afinal, é patente que muitas das descrições da ilha de *Utopia* foram retiradas das cartas de Vespúcio sem a devida citação. Se desejasse comercializar de alguma forma as cartas sobre o novo continente, Vespúcio poderia ainda alegar concorrência desleal da

parte de Morus, já que suas informações não seriam mais inéditas.[15]

Os advogados poderiam também ter impedido a tradução e a inserção de ilustrações não autorizadas.[16] Talvez Vespúcio considerasse as gravuras inseridas por Johann muito diferentes do espírito de suas cartas – quem sabe até ofensivas ao seu direito moral de autor. Não seria difícil conseguir condenar o ilustrador a pagar uma indenização por danos morais, além de impedir a circulação da obra com as figuras. Sem tradução e sem ilustração, o público-leitor das cartas diminuiria. Seria impossível ver o sonho.

Os advogados provavelmente teriam sucesso em seus pleitos. Mas qual seria o resultado deste sucesso? Na verdade, teríamos dois diferentes resultados: resultados em relação aos direitos do autor e resultados referentes ao avanço das descobertas marítimas.

Com relação ao autor, Américo Vespúcio provavelmente morreria muito mais rico. Não somente indenizações seriam devidas, como contratos de edição com pagamento de *royalties* teriam sido firmados. Sem falar que, para sua satisfação, poderiam ter ido para a cadeia o tradutor Giocondo, o ilustrador Johann, o prefaciador Martin e muitos outros, por violação criminosa de direito autoral.

Américo teria pago mais impostos. Deixado herança maior. Mas com certeza teria morrido quase anônimo. As cartas teriam tido menos edições. O erro de atribuição de autoria de Martin provavelmente teria sido evitado. Américo não teria "descoberto" a América. América se chamaria Colômbia, em homenagem justamente ao seu maior concorrente. Paradoxalmente, a proteção de seu direito autoral não o teria levado a conquistar o que mais desejara em vida: "alcançar a fama por muito tempo". Teria protegido seus direitos, ganhado dinheiro e perdido a glória.

As conseqüências para o século das descobertas seriam negativas. O número de leitores teria sido bem mais reduzido. Talvez Montaigne, Boticelli, Da Vinci, Erasmo e outros navegadores e potentados não tivessem lido Vespúcio. O livro *Utopia* talvez tivesse sido retirado de circulação. Não chegado até nós. A imaginação européia teria sido menor. Thomas Morus seria menos. No máximo, um plagiador. E, se assim ficasse para a posteridade, não teriam ingressado no mundo da cultura obras intelectuais tão distintas quanto a *Nova Atlântida*, de Bacon, as *Viagens de Gulliver*, de Swift – obras diretamente inspiradas pelo relato de Morus. A própria palavra "utopia", por ele inventada, poderia não existir.

Teriam tido acesso legal às cartas apenas seus financiadores: D. Manuel, Gianetto, Fernando e Isabel, Lorenzo. Talvez o rumo das descobertas tivesse sido outro. A mobilização de financiadores, navegadores, marinheiros, grumetes e cientistas teria sido menor. Europa ainda por algum tempo teria acreditado em Colombo. A geografia ficaria subordinada por mais tempo aos desejos da crença, em vez dos resultados da observação. Mais Inquisição e menos ciência.

A analogia jurídica fundamental que *Mundus Novus* coloca está clara agora. Existe uma correlação necessária, nem

sempre evidente, entre o direito de propriedade intelectual, enquanto criação privada, e o processo de inovação incremental do conhecimento, enquanto criação pública. Ambos interdependentes e de relação circular. Como então conciliar um direito autoral privatista do século passado, que ainda pretende controlar este processo, com a gigantesca pulverização da inovação que a tecnologia do século XXI possibilita e estimula?

Atenção. É engano pensar que estamos diante de uma simplória dicotomia interesse privado do autor *versus* interesse público do avanço do conhecimento. A defesa do interesse privado se legitima como um interesse público também.

O atual direito autoral foi construído a partir da premissa de que é do interesse público proteger e fortalecer o processo de inovação. Este fortalecimento, por sua vez, seria realizado por meio da capitalização do autor. Capitalização fundamentada em duas premissas: a inovação necessita de mais e mais capital, e os interesses pessoais do autor também dependem da capitalização. Essas premissas, válidas ontem, são verdadeiras ainda hoje?

Elas enfrentam dois tipos de críticas. Primeiro, o que distingue a era virtual da era industrial ou da era das descobertas é justamente o fato de que o navegador de hoje não depende tanto do capital financeiro como dependeram ontem Colombo, Cabral, Américo e Vasco da Gama. Estes só puderam navegar depois de encontrar o capitalista, seja em D. Manuel, seja em Isabel de Castela. Mas Bill Gates em sua garagem ou Linus Torvalds em seu quarto, não. Iniciaram suas aventuras basicamente sem capital. Dependeram do acesso ao conhecimento, mas não necessariamente do acesso ao capital. Esta a diferença fundamental.

Segundo, a atual legislação tende a exagerar a capitalização do autor, muitas vezes em detrimento do interesse público da inovação descentralizada e acumulativa. Temos visto, por exemplo, o sistemático prolongamento do prazo de anos a decorrer antes da entrada da obra em domínio público, muito além de uma remuneração razoável.

Walt Disney pôde se beneficiar em muitas de suas criações do fato de a obra de Hans C. Andersen já estar em domínio público (cf. Lessig, 1999, passim). Na época, o prazo legal para saída do domínio privado era de 32 anos após a morte do autor, se os direitos pertencessem a pessoa física. Este prazo chegou a 70 anos. Mas a nova legislação americana, ao estender em mais 20 anos o domínio privado sobre as obras existentes[17] – o novo prazo é de 90 anos –, não permite que outros se beneficiem da mesma forma das criações de Disney.[18] Com a nova legislação, o interesse público foi adiado em 58 anos!

A tendência legislativa de prolongar o prazo de proteção dos direitos autorais termina por desequilibrar a balança em que são sopesados os interesses de capitalização do autor e a demanda de toda a coletividade por acesso às obras intelectuais – indispensável ao processo de inovação.

No Brasil, o prazo geral de proteção das obras intelectuais é de 70 anos, a

contar do falecimento de seu autor.[19] Na prática, esse dispositivo cria um prazo de proteção que, na maior parte das vezes, supera o período de um século. É isso mesmo. Se levarmos em conta que, de acordo com o último censo realizado pelo IBGE, a expectativa de vida do brasileiro é de 68 anos, basta que o autor nacional crie a sua obra aos 38 anos de vida para que, caso o mesmo venha a falecer aos 68 anos, o prazo de proteção de um século se concretize. Ou seja, de meia geração para geração e meia.

É evidente que 100 anos de proteção é tempo demais para que a obra intelectual fique sujeita à exploração exclusiva do autor e, depois de seu falecimento, de seus herdeiros. A capitalização que a lei visa a garantir para o autor pela criação – com o conseqüente estímulo para continuar a criar – ultrapassa em muitos anos o que uma remuneração "justa" pela criação ou os recursos necessários para a próxima criação. Há que se ter um limite razoável.

Essa situação se revela ainda mais inadequada quando observamos que o prazo de proteção do *software* é de "cinqüenta anos, contados a partir de 1.º de janeiro do ano subseqüente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação". Quando este prazo expirar, já não haverá qualquer interesse tecnológico ou científico na utilização do *software* em questão. Tudo estará ultrapassado pela rapidez da invenção tecnológica. Como conseqüência do exagerado prazo de proteção, associado à posição majoritária no mercado de *softwares* "fechados" (sem acesso ao código-fonte), o fluxo de informações e o próprio desenvolvimento tecnológico são retardados.

Assim, o mundo hoje se pergunta: o atual direito autoral, de forte conotação privatista, deve ou não se flexibilizar diante do interesse público por um acelerado desenvolvimento do novo mundo virtual?

De resto, a capitalização não é necessariamente a única maneira de estimular, mobilizar e satisfazer o criador. São múltiplos os motivos pelos quais um navegador participa de uma aventura. Nem Colombo nem Américo foram ser navegadores apenas para enriquecer. É bem verdade que precisaram de financiadores – esses, sim, participantes da aventura com vistas a aumentar sua riqueza. É verdade também que Colombo pretendeu conseguir para si 10% de todas as riquezas encontradas nas novas Índias. Mas foi também o desejo do poder político que o fez exigir o título de governador. Foi sobretudo o desafio do conhecimento que o fez lutar contra o obscurantismo da Inquisição. A mesma multiplicidade de fatores influenciou Vespúcio, cuja grande pretensão era "a fama por largo tempo". A religiosidade do Oriente está aí para mostrar que o interesse financeiro não é o único fator que move montanhas e singra os mares. Reduzir a remuneração do autor unicamente à sua satisfação financeira é reduzir a própria natureza humana. É reificar monetariamente o sonho. Nem todos concordam.

Começamos esta reflexão com o navegador Américo Vespúcio, terminaremos com outro navegador (ou o aeronauta, como gostava de se chamar): Santos

Dumont. O verdadeiro inventor do avião se recusou a patentear o *Demoiselle* – primeiro avião oferecido ao público de todo o mundo. Considerava-o um presente para a humanidade. Como várias vezes afirmou, preferiria terminar seus dias na pobreza a negar aos outros o privilégio de fazer experimentos aéreos a partir de seu invento (Hoffman, 2004, p. 250).[20]

Os irmãos Wright se escondiam do público para patentearem seus inventos. Dumont, não. Entendeu os inventores como aqueles "que quase se esqueciam da vida, por muito se lembrarem de seu sonho" (Santos-Dumont, 2000, p. 15). Um dos sonhos era vir a saber, no futuro, que "um aeroplano partido do Novo Mundo foi ter ao Velho [Mundo] em talvez um dia" – o mesmo trecho que Colombo levara 70 dias para percorrer (Santos-Dumont, 2000, p. 120). Como inventor do aeroplano, Dumont pretendeu ser apenas "um colaborador na felicidade dos homens" (Santos-Dumont, 2000, p. 15).

Eis aí o maior desafio em jogo nesta nova aventura da humanidade: a construção do *Mundus Novus* virtual. Como romper com a ambição monopolista de um direito do autor em que só a capitalização do autor por meio do mercado assegura a continuidade da criação e de inovação? Como não estigmatizar como ilegais as formas alternativas de direito autoral que surgem na prática? Como não extingui-las antes mesmo que possam ser?

A construção do conhecimento indispensável à construção do novo *Mundus Novus* será tanto maior, mais rápida e mais globalmente democrática, quanto maior e mais livre for o privilégio de cada um fazer experimentos para todos a partir dos inventos de todos. O novo *Mundus Novus* está a exigir um novo direito autoral, capaz de avançar a aventura civilizatória. Capaz de proteger e flexibilizar a iniciativa individual ao mesmo tempo em que estimula um processo de inovação plural, descentralizado e livre que a tecnologia hoje permite, estimula, mobiliza e faz inevitável.

Concluindo, o século XXI depende, como dependeu o século XV, de um intenso processo de inovação acumulativa. Este processo, que se constitui no interesse público por excelência, depende, por sua vez, de um cada vez mais livre e descentralizado fluxo de informações. Este fluxo de informações varia de acordo com o direito que regula sua propriedade e acesso.

A ausência de uma estrita e formal regulamentação jurídica – sobretudo privatista – foi fator decisivo para que o século XV se transformasse no século das descobertas. A trajetória da Carta *Mundus Novus* de Vespúcio ilustra essa tese e, ao mesmo tempo, ajuda a explicitar algumas das questões fundamentais do século XXI, o século da navegação na Internet: o público e descentralizado processo de inovação acumulativa do conhecimento, que o desenvolvimento tecnológico já viabiliza, *versus* o estímulo à inovação centralizada e individualizada do ainda prevalecente do direito autoral.

NOTAS

***** Agradeço a Diego Werneck, Carlos Affonso, Horácio Falcão, Ronaldo Lemos e Antonio Sáenz de Miera pela leitura prévia e sugestões.

1 Criador da Web.

2 Neste ponto, vale registrar a interessante a comparação feita por Gerd Bornheim entre a figura do navegador moderno e a dos antigos peregrinos: "O peregrino perseguia aquilo que ele já sabia, a confirmação absolutória de um Absoluto desde sempre creditado, ele nunca se desprendia das fronteiras de uma verdade que se exauria em exigir a sua própria confirmação, ainda que, e mesmo principalmente, através de milagrosas penas sequiosas de redenção. (...) Já o nosso sagaz navegador moderno cultiva a astúcia da descoberta do outro. Ao cabo de cada viagem, qual a paisagem, qual o novo paraíso, que tipo estranho de homem outro, e mesmo, e muito, que nova riqueza, que novas promessas de riqueza?" (Bornheim, 1998, p. 32).

3 Em que se lê: "Ainda assim, não se pode deixar de reconhecer que mais uma vez deixava-se de lado o antigo argumento da autoridade para buscar-se, pela observação, um conhecimento próprio, construído mais solidamente, porque feito de dentro para fora, pelo convencimento que a realidade aparente pode dar a cada um que a vê e estuda".

4 Pode-se mencionar como exemplo o quadro Morte do Padre Filipe Bourel, de autoria desconhecida ("Escola Portuguesa" – Acervo do MNBA), que, pintado por volta de 1700, ainda ilustra índios com porte europeu e, ao fundo, retrata com detalhes dois verdadeiros castelos medievais sediados no litoral do Nordeste brasileiro.

5 Como disse João Moreira Salles (2003), "Florença inventou a Renascença, a Renascença inventou o mundo moderno".

6 "Portugal, com seu Projeto de Sagres, mudou o destino do homem ocidental e do mundo. Uma extraordinária construção estratégica, operacional, técnica e econômica. Quantos países tiveram esse privilégio? Não muitos, com certeza. Essa foi a sua saga" (Pinto, 2000, p. 319).

7 Segundo Eduardo Bueno, "[E]stá provado que Vespúcio só participou de três expedições ao Novo Mundo. Sua 'primeira navegação', supostamente realizada em 18 de maio de 1497, a outubro de 1498 (que, se tivesse ocorrido, o transformaria no descobridor do novo continente, já que então Colombo visitara apenas as ilhas do Caribe), não aconteceu. Documentos encontrados pelo barão Humboldt comprovam que, entre abril de 1947 e maio de 1498, Vespúcio andava na Andaluzia, no sul da Espanha. (...) Restam três navegações – estas são reais" (Bueno, 2003, p. 60).

8 Referindo-se à carta Quatro Navegações, que incorpora a Mundus Novus.

9 Referindo-se à carta Mundus Novus, Darcy Ribeiro observa: "Sua descrição dos povos indígenas, seus modos, sua sexualidade, seus costumes, é a primeira boa etnografia com que contamos. Tendo conhecido muitos índios pôde avaliar suas diferenças de línguas e seus diferentes costumes. Guardou e perpetuou de todos uma imagem tão viva de gente bela e solidária, que foi o principal inspirador das utopias que se escreveriam a seguir" (Ribeiro, 1992, p. 120). Em outra passagem, comenta o autor (1992, p. 103): "O texto de Vespúcio ajudou a mudar a visão do globo terrestre e provocou uma enorme produção complementar, não só de cosmógrafos e cartógrafos, mas, também, de filósofos, teólogos e intelectuais do Renascimento, entre os quais se poderia, provavelmente, citar Thomas Morus".

10 Segundo Riccardo Fontana, o opúsculo Mundus Novus é atribuído a um tal "Jocundus Interpres" ("alegre tradutor e fantasioso falsário"), possivelmente o veronense Giuliano di Bartolomeo di Giocondo (Fontana, 1994, p. 124).

11 Quem narra o episódio é Felipe Fernández-Armesto (1991, p. 186-187) em sua biografia de Cristóvão Colombo: "Only a year after Columbus's death, Martin Waldeseemüller proposed that the new continent be named in honour of Amerigo Vecuppi whom he proclaimed a geographer equal to Ptolomy; six years later, he retracted the sugestion and restored Columbus to the honour of the Discovery. In the meantime, however, the new name had begun to stick. It is pointless to call it a misnomer, but it is important to realize that it has to be justified, if at all, by Vespucci's effectiveness as a publicist, not a discoverer".

12 A atual Lei de Direitos Autorais assim determina em seu art. 103: "Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe a o preço dos que tiver vendido".

13 Conforme o já citado art. 29, VIII, a, da Lei de Direitos Autorais.

14 Nesse sentido, cf. o acórdão do STF no RE-94201, Rel. Min. Aldir Passarinho, e o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Cível 2000.001.18234.

15 Conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento das Apelações Cíveis 1991.001.00612 e 1993.001.00092.

16 Nos termos dos incisos III e IV art. 29 da Lei de Direitos Autorais.

17 Por intermédio do Sonny Bono Copyright Term Extension Act (USA 1998).

18 No caso de direitos que pertençam a pessoa jurídica, o prazo da legislação americana foi ampliado de 75 para 95 anos.

19 Conforme o art. 41 da Lei 9.610/1998.

20 Uma opção que aparentemente une os dois navegantes ao longo dos séculos, já que, "apesar das posições políticas e das restrições culturais de Portugal da época (impostas pela política do segredo), ele [Vespúcio] sentia necessidade e prazer de descobrir, compreender, interpretar e divulgar os frutos das próprias intuições como elevado exemplo da projeção universal do renascimento italiano" (Fontana, 1994, p. 71).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Antonio L. P. *Os descobrimentos portugueses e o encontro de civilizações*. Rio de Janeiro: Nórdica, 1999.
BETANZOS, Miguel. *Américo Vespucio*. Barcelona: Edhasa, 2002.
BORNHEIM, Gerd. A descoberta do homem e do mundo. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A descoberta do homem e do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
BUENO, Eduardo. Apresentação. VESPÚCIO, Américo. *Novo Mundo*: as cartas que batizaram a América. São Paulo: Planeta do Brasil, 2003.
FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Columbus*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
FONTANA, Riccardo. *O Brasil de Américo Vespúcio*. Tradução de Edílson Alkmin Cunha e João Pedro Mendes. Brasília: UnB, 1994.
HIBBERT, Christopher. *Ascensão e queda da casa dos Médici*. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
HOFFMAN, Paulo. *Asas da loucura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of Cyberspace*. Basic Books, 1999.
LUFT, Lya. A força das palavras. *Veja*, São Paulo, edição 1.862, 14 jul. 2004.
MORUS, Thomas. *Utopia*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2001.
PINTO, Luiz Fernando da Silva. *Sagres*: a revolução estratégica. Rio de Janeiro: FGV, 2000.
RIBEIRO, Darcy. Introdução. In: ————; MOREIRA NETO, Carlos de Araújo (Org.). *A invenção do Brasil*: testemunhos. 1500 – 1700. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 120.
SALLES, João Moreira. Ao pé do chão. *No Mínimo,* 25 dez. 2003.
SANTOS-DUMONT, Alberto. *O que eu vi. O que nós veremos*. São Paulo: Hedra, 2000.
VESPÚCIO, Américo. *Novo Mundo*: as cartas que batizaram a América. Apresentação e notas de Eduardo Bueno. São Paulo: Planeta, 2003.

Joaquim Falcão
DIRETOR DA FGV - DIREITO RIO

O DIREITO NA ARTE DE CHAPLIN E KAFKA: ENSAIO DE COMPARAÇÃO DE *TEMPOS MODERNOS* COM *NA COLÔNIA PENAL*

Roberta e Carlos Ari Sundfeld

1 Estabelecendo a comparação

Este texto formula um paralelo entre o filme *Tempos modernos*, de Charles Chaplin, e o conto *Na colônia penal*, de Franz Kafka, identificando suas possíveis referências ao tema dos direitos fundamentais da pessoa humana. Trata-se de um experimento quanto à possibilidade de as obras de arte servirem à reflexão sobre o Direito e sua aplicação.

Podemos falar em arte de inspiração jurídica para mencionar obras cujo objeto explícito seja o mundo do Direito. Casos evidentes são os filmes ou livros de Tribunal e as caricaturas de advogados, recriações do ambiente formado pelas profissões e estabelecimentos jurídicos. É o caso também quando, apesar da ausência desses elementos mais visíveis da realidade do Direito, a obra propicia uma visão crítica das instituições.

O texto de Kafka se enquadra nessa última categoria, pois seu personagem principal é uma solução, engenhosa e cruel, para a eficácia do Direito: uma máquina de execução de sentenças. Não há o incômodo e demora dos julgamentos, que foram suprimidos; um Oficial se inteira dos fatos e dá a sentença, sem participação, defesa ou ciência do envolvido. Mas isso não parece um problema, pois os veredictos são invariáveis: culpado, sempre. Não há proporção entre infração e sanção, ao menos no sentido em que os modernos a entendem: o que a máquina faz, em todos os casos, é ir gravando no corpo do condenado, até a morte, o texto mesmo da norma violada. Paradoxalmente, a trama do conto é o julgamento não declarado da própria máquina. Um explorador, de passagem pela Colônia quando de mais uma execução, ouve um detalhado relato sobre a

máquina e seu funcionamento – o bastante, ao ver do Oficial, para a defesa de suas virtudes. Mas isso não parece capaz de seduzir o estrangeiro, que se recusa a agir, perante o Comandante da Colônia, de qualquer modo que sugira aprovação. Essa recusa é tomada como um veredicto, imediatamente executado segundo a lógica do sistema ali vigente: o próprio Oficial submete-se à máquina, agora programada para escrever a norma "seja justo"; no procedimento, perecem o equipamento e o Oficial.

Já na comédia *Tempos modernos* a relação com o Direito é talvez menos óbvia, pois este em geral só aparece implicitamente, como moldura das situações sociais representadas. O personagem principal é o Carlitos de sempre, agora atrapalhado com a sociedade de massas. O vagabundo tenta se enquadrar no trabalho industrial e no mundo do consumo, mas estes não têm lugar para ele. Levado pelas circunstâncias, sem decidir fazê-lo, está sempre contrariando as regras. Por isso, acaba preso ou em fuga. No filme, a mais forte alegoria da sociedade industrial é o maquinário da indústria, com o qual Carlitos evidentemente não consegue se entender.

Aí está a mais clara relação entre as criações de Kafka e de Chaplin: o emprego da máquina como símbolo do poder e da opressão, como instrumento moderno de negação da liberdade humana. Em *Na colônia penal*, a máquina é uma versão automática do poder político, enquanto em *Tempos modernos* é do poder econômico que se trata. São perturbadoras as semelhanças entre a máquina de execução de Kafka e a máquina alimentadora testada no operário Carlitos na 1.ª parte do filme. Em ambas, a vítima, ignorante, inerte, passiva, é simples objeto da ação, conduzida mecanicamente em nome de valores transcendentes: a ordem na colônia e a produtividade na fábrica.

Nas duas tramas, a condição jurídica do homem está em jogo. Na kafkiana, o que se nega a ele são os direitos civis clássicos à legalidade, ao devido processo, à defesa, à sanção justa, à vida. A autoridade é totalitária e o indivíduo simplesmente não existe. No entanto, na comédia de Chaplin, Carlitos e seus colegas sofrem a falta de direitos sociais, típica de uma sociedade desigual: o trabalho é desumano; não há direito de manifestação e greve, ao seguro-desemprego ou à previdência para a família. Para os privilegiados, há o exercício do poder econômico e o consumo; para excluídos e insatisfeitos, há um mundo de sonho (a vida burguesa sonhada por Carlitos e sua garota, a sociedade livre e unida dos *slogans* da passeata de desempregados) que se desfaz na realidade da fome e da repressão estatal.

2 O FILME *TEMPOS MODERNOS*

O filme é um conjunto de situações cômicas praticamente autônomas. A unidade é assegurada menos pela seqüência da narrativa e mais pelo tema geral: os apertos dos excluídos pela sociedade industrial.

Embora a obra seja de 1936, quando já existe o cinema falado, Chaplin insiste em usar as técnicas do cinema silencioso, com que se consagrara. Em sua maioria,

as cenas são mudas; os diálogos, quando há, são curtos e aparecem escritos em tela escura, à moda antiga. Mas Chaplin recorre com habilidade ao som, apenas para dar voz ao *poder*, ora representado pelo presidente da fábrica (quando envia suas ordens aos operários pelo sistema interno de imagem e som), ora pela máquina (o fonógrafo, que explica as qualidades da máquina alimentadora automática). Já os trabalhadores e excluídos – entre eles Carlitos – continuam sem direito à palavra: em cada cena, o que lhes cabe é agir, não falar.

A produção se compõe de cinco partes, que poderiam ser filmes independentes, talvez com estes títulos: O operário Carlitos perde o juízo na linha de produção, Carlitos brinca com a lei, O sonho de consumo de Carlitos, Carlitos volta à fábrica, Carlitos garçom e cantor.

A ligação entre as partes – e mesmo entre episódios – é feita pela intervenção da autoridade pública. Quando, na primeira parte, o operário Carlitos perde o juízo, acaba por abandonar a linha de produção e sai perseguindo uma mulher na rua, com as ferramentas na mão, confundindo os botões da roupa feminina com as porcas que devia apertar. A perseguição é interrompida pelo encontro com um policial e Carlitos foge de volta à fábrica. O episódio seguinte terminará quando, contido por seus companheiros e pelos policiais, Carlitos for embarcado em uma ambulância, rumo ao hospício. Esse esquema essencial se repete durante todo o filme. Em 85 minutos de projeção, são 12 choques com a polícia e 5 viagens no carro de presos, para a prisão (mais uma na ambulância).

Carlitos nunca consegue se enquadrar nas regras, pois se atrapalha com as coisas e pessoas. Não há recusa em obedecer; as infrações são involuntárias (é uma pedra que voa para a cabeça de um policial, lançada por um sarrafo em que Carlitos pisou ao acaso, p.ex.) ou inconscientes (como a participação na greve, não decidida por ele, que apenas segue os companheiros). Mesmo assim, nosso herói será sempre punido com a prisão. O princípio pelo qual a autoridade age é simples: se há confusão, prenda-se Carlitos. Em nenhum caso há julgamento. A Justiça é eficiente: a prisão é sempre imediata, no calor do tumulto, com a rápida aparição do carro de polícia. Essas imagens parecem representar, de modo bem direto, o modelo de Justiça de *Na colônia penal*, explicado pelo Oficial: "O princípio segundo o qual tomo decisões é: a culpa é sempre indubitável".

No episódio que dá início à 2.ª parte de *Tempos modernos*, o caráter absoluto da presunção de culpa é afirmado com limpidez. Saindo do hospício, Carlitos enfrenta o caos urbano. Bem próximo a uma esquina, passa um caminhão e a bandeira de sinalização traseira cai. Generoso, Carlitos corre para apanhá-la, acenando com ela para avisar o motorista. Seu semblante transmite determinação e força, próprias à situação. Mas, em virada espetacular, essa atitude inocente mudará totalmente de sentido no instante seguinte, quando uma passeata proibida, até então oculta na rua transversal,

dobrar a esquina com rapidez, fixando Carlitos no pelotão de frente, involuntária e inconscientemente. A cena é composta para que não haja dúvidas: Carlitos não infringiu qualquer norma, mesmo sem querer, mas as aparências dizem o contrário: ele é o líder do protesto ilegal. É o que basta para sua prisão, pois a culpa é sempre indubitável.

Todavia, em seqüência posterior da 2.ª parte, Carlitos enfim tomará uma decisão: a de voltar para a prisão, onde havia conquistado privilégios, por impedir uma fuga de presos – evidentemente sem se dar conta do que estava fazendo. O caminho lhe parece óbvio: violar deliberadamente a lei. Embora sem dinheiro, entra em um restaurante, come com gosto e, ao dirigir-se ao caixa, convoca pela vitrine um policial para o flagrante. A estratégia parece dar certo. O policial o algema e se detém para chamar o camburão ao telefone. Enquanto isso, Carlitos aproveita para repetir a infração, agora na tabacaria ao lado. Mas ele não conseguirá ir para a cadeia. O carro chega e, pela única vez neste filme, a câmera mostrará seu interior. O ambiente não é exatamente o de um carro de presos, mas o de um ônibus lotado (ou de um bonde, analogia propiciada pela abertura posterior da carroceria, com um policial em pé no estribo), onde Carlitos encontrará e cortejará sua garota, com elegância. Mas, por iniciativa exclusiva dela, acabará fugindo, frustrando o plano de voltar às delícias da prisão. É mais uma demonstração, surpreendente, da incapacidade de Carlitos seguir as regras – ainda que em sentido contrário, para ser "beneficiado" pela sanção. Há aí, também, a reafirmação da sina de excluído, que se vê privado da prisão, quando ela lhe interessa.

Em três episódios, o filme usa o balé, fazendo de Carlitos um artista. Na 1.ª parte, ele perde o juízo na fábrica e se põe a dançar com alegria, provocando e atrapalhando os colegas. Na 3.ª parte, Carlitos e a namorada vivem a fantasia da vida burguesa ao fazerem uma exploração noturna da loja de departamentos em que ele se empregou como vigia. Ali, dançam felizes com patins. Carlitos, de olhos vendados, não vê os perigos que corre: de cair para o andar de baixo, pela falta de proteção do mezanino; de o sonho acabar em pesadelo, no outro dia. Na 5.ª e última parte, o balé é profissional: para conseguir um emprego, Carlitos canta e dança comicamente no restaurante em que acaba de fracassar como garçom. Nas duas primeiras cenas, a arte é puro escape, destacando a incapacidade de Carlitos enquadrar-se, de ser produtivo como o exige a sociedade moderna. A cena do balé no restaurante parece marcar a aceitação do destino torto: somente como artista Carlitos terá sucesso no trabalho. É também como dançarina que sua garota terá, enfim, uma oportunidade.

Mas, bem à moda dos filmes de Carlitos, o final feliz não pode ser trivial: a alegria se acaba com a entrada dos homens da lei, que vêm ao restaurante para conduzir a garota, adolescente órfã, de volta à tutela do Juizado de Menores, de que havia fugido. Essa aparição determina a imagem definitiva da lei em

Tempos modernos: a de algo que, sendo profundamente desumano, não tem legitimidade para impor-se. De fato, na seqüência final, Carlitos e a garota enganam seus perseguidores e fogem, cheios de esperança.

É bastante simplório o retrato traçado pelo filme quanto às engrenagens estatais de execução do Direito. Sua visão é a do modesto homem da rua, para quem a Justiça se confunde com a polícia e a lei com a opressão. Não há juízes e advogados, nem a dialética dos julgamentos. Há a autoridade física do policial, que persegue, prende e solta. Talvez esse esquema deva algo às limitações técnicas do cinema mudo, menos adequado para a encenação teatral dos julgamentos, mas com certeza tem muito a ver com a ótica adotada por Chaplin para a narrativa: a de seu público. Seus filmes foram sucessos estrondosos porque os sujeitos comuns eram capazes de se ver nos episódios, de reconhecer as situações, porém, durante a projeção, podiam rir de tudo, libertos do passado e do futuro – como Carlitos.

3. O conto *Na colônia penal*

Já o texto de Kafka instiga reflexões mais complexas e perturbadoras a respeito do Direito e suas engrenagens. O autor nos propõe a hipótese de um sistema jurídico de tão impressionante eficácia que pode prescindir das sanções, por ser capaz de fazer a execução direta dos próprios comandos das normas. Como? Injetando-os fisicamente nos obrigados. Nesse provocante modelo, a norma não é idéia, dirigida à razão dos homens, mas matéria, agregável ao corpo. O que Kafka descreve, para perturbar-nos, não é uma vulgar máquina de tortura; é maravilha tecnológica, que faz nos pacientes de uma espécie de hemodiálise normativa. Ela cura a insubmissão sem recorrer ao castigo, apenas impondo a norma do modo mais efetivo possível: a vivência física.

A narrativa é habilíssima. O texto começa quase como um manual de instruções, com detalhes construtivos e funcionais do equipamento. O Oficial o descreve como um técnico fascinado com o invento. Seu tom é natural e profissional, incapaz de suscitar paixões. Mas o explorador quebra a exposição, com questões impertinentes: o que o sabe o condenado? E o processo? Quais os fatos? Seco, o Oficial esclarece a irrelevância desses pontos, retornando à máquina e à operação. Nesse instante, uma atitude do condenado – aproximar-se, por demais curioso – traz os olhares para si. O Oficial o afasta, mas recomenda ao soldado: "trate-o com cuidado". Esclarece-se, assim, a natureza da cerimônia: é um tratamento, não um suplício.

A seguir, o Oficial exporá o modo de ser e a aplicação das normas. Ao contrário de outros sistemas jurídicos, no da Colônia penal elas se apresentam como figuras, não como textos, pois estes se escondem no labirinto dos floreios, desenhados em modelos de papel, que à máquina cabe transpor para o corpo dos condenados. As normas têm conteúdos claros e simples, explica o

Oficial ("Honra teu superior", p. ex.), mas eles só podem ser decifrados por meio dos ferimentos, após muitas horas de trabalho da máquina.

É inevitável que, nesse ponto da leitura, nós leitores tomemos partido quanto ao peculiar modelo jurídico descrito pelo conto. O notável é a narrativa nos conduzir ao papel de juízes sem conter qualquer acusação ou defesa do sistema. Em momento algum o Oficial formula algo parecido a uma avaliação de qualidades ou um argumento de defesa. Apenas descreve a máquina e a operação. O que, em certo ponto, ele pede que o explorador faça ao comandante é o simples testemunho da experiência. Mesmo a recusa definitiva do explorador não tem forma de censura. Ele apenas diz: "sou contra esse procedimento", como se explicasse um gosto, um jeito pessoal.

Fazendo-nos juízes, o conto manobra para negar-nos o conforto da sensação de repulsa radical e militante contra o sistema que descreveu. Identificamo-nos com o explorador e acabamos por ficar numa situação ambígua, de perturbação e estranhamento. Ficamos contra o procedimento, certo, mas sentimos faltar à nossa reação a paixão que seria necessária. Todavia, o que vem a seguir é ainda pior: quando o Oficial se sacrifica com a máquina, percebemos que fomos nós os responsáveis pelo veredicto ("O Oficial não foi justo"); fomos nós a submetê-lo à norma ("Seja justo"); fomos nós a levá-lo à morte. Afinal, sabíamos bem que, na Colônia penal – onde, estrangeiros, ingressáramos –, a culpa era sempre indubitável e acionava automática e inexoravelmente a máquina de execução. Mesmo assim não hesitamos em julgar. Teríamos sido justos?

Roberta e Carlos Ari Sundfeld

ANOTAÇÕES

FGV

CARLOS IVAN SIMONSEN LEAL
PRESIDENTE DA FGV

FRANCISCO OSWALDO NEVES DORNELLES
VICE-PRESIDENTE

MANOEL FERNANDO THOMPSON MOTTA
VICE-PRESIDENTE

MARCOS CINTRA CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE
VICE-PRESIDENTE

JOSÉ AFFONSO BARBOSA
DIRETOR GERAL

DIREITO GV

ARY OSWALDO MATTOS FILHO
DIRETOR

ANTONIO ANGARITA
VICE-DIRETOR

PAULO CLARINDO GOLDSCHMIDT
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

CONRADO HÜBNER MENDES
COORDENADOR DE METODOLOGIA DE ENSINO

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
COORDENADOR DE PESQUISAS E PUBLICAÇÕES

ADRIANA ANCONA
COORDENADORA DA GRADUAÇÃO

LEANDRO SILVEIRA PEREIRA
COORDENADOR DO GV LAW

ESDRAS BORGES COSTA
ASSESSOR DA DIRETORIA

EDITORIAL POLICY

REVISTA DIREITO GV *(FGV-SP Law Review) is a journal that publishes articles, book reviews and essays on several fields of Brazilian, international and global law. It also publishes research works and papers on theory of law, sociology of law, philosophy of law and history of law.*

This journal is opened to different theoretical and methodological approaches, including interdisciplinary papers and articles that fall into law & society and law & economics research fields. It also reviews and publishes papers concerned with techniques for teaching law and law research methods.

The 'book reviews and essays' section aims to attract readers' attention to local and foreign books and magazines thus raising critical discussions. Books of academic interest are preferred to those primarily focused on professional use. Essays are format-free, and selected by relevance and novelty. The journal only publishes articles and papers not previously published elsewhere.

REVIEW

Every article is reviewed by the Editor, who assesses whether or not it fits the journal editorial policy. The article is then sent to two anonymous referees who evaluate qualitatively its content and style in accordance with blind peer review principles. Referees take 45 to 60 days to provide their comments, that will be forwarded to the author for acknowledgment or improvement. In this latter case, a modified text can be sent to the journal to be re-evaluated. Authors will be emailed about the status of evaluation process, being able to access referees' comments on their article. Exceptionally there can be invitations for articles made by the Editor.

SUBMISSIONS

Articles, essays and book reviews must be written in Portuguese, Spanish or English, and must not have been published elsewhere.

They can be electronically sent to ***revistadireitogv@fgvsp.br****, or mailed to* ***José Rodrigo Rodriguez*** *at: Rua Rocha, 233, 7º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000. In case of submission by regular mail, author must send two printed copies, one of which with no author's identification, as well as a floppy disk with the article in Microsoft Word format (.doc).*

Articles *must have a maximum of 30 pages of 2100 characters. They must also be written according to ABNT (Brazilian Technical Norms Association) standards. Longer papers can be published subject to editor's evaluation.*

Book reviews *must have a maximum of 10 pages of 2100 characters, preferably without footnotes. They must have a title and do not need to be preceded by an abstract. Suggestions for foreign books and magazines to be reviewed can be sent to the editor by email.* ***Essays*** *must have a maximum of 15 pages of 2100 characters.*

Papers must be sent to the editor, according to the following guidelines:

Style

Paper size: ***letter (8,5 x 11 in)***
Text editor: ***Word for Windows 6.0 or higher***
Margins (left, right, top, bottom): ***2 cm***
Font: ***Times New Roman, size 12***
Paragraph: ***left aligned; space before text: 0; space after text: 12 points; line spacing: double spacing***

Text

- *Title with a maximum of 8 words, uppercase, bold, in either Portuguese and English*
- *Summary written in Portuguese (or Spanish), with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion*
- *Five keywords in Portuguese, left aligned*
- *Abstract written in English, with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion*
- *Five keywords in English, left aligned*

References *must be cited in the body of text, including author's last name, year and page of the publication. Complete bibliography must be presented in alphabetical order at the end of the text, according to NBR-6023.*

Notes *must be cut to the minimum needed and presented at the end of text, sequentially numbered, before bibliography.*

Diagrams, graphs and tables *must present title and source, and be placed at the end of text, after bibliography. Their position must be informed in the body of article, avoiding repetition of information in both chart and text.*

Complementary information *in the same file, author must inform:*

- ***Page 1:*** *Title of the article, followed by author's identification – full name, institution, position, full address, telephone and fax numbers and email.*

Authors are fully and exclusively responsible for their articles.

All rights, translation included, are reserved. Submission of a paper means the cession of copyrights to REVISTA DIREITO GV *(FGV-SP Law Review), and the permission to either publish in electronic media and copy for personal research purposes. Full reproduction of articles, book reviews and essays is prohibited. Citation of parts of text without previous solicitation is allowed provided that source is properly identified.*

LINHA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é generalista. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos sobre a dogmática das diversas áreas do Direito nacional, internacional e global, além de trabalhos de pesquisa aplicada e textos de Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e História do Direito.

A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares e artigos que se enquadrem no campo de pesquisa *Law & Society* e *Law & Economics*. Ademais, contém trabalhos sobre ensino e pesquisa em Direito.

A seção de resenhas e ensaios tem como objetivo chamar a atenção dos leitores para livros e revistas, nacionais e estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. Além disso visa a divulgar ensaios relevantes para a compreensão do Direito. As resenhas dão privilégio a títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios possuem forma livre e são selecionados por sua relevância e novidade.

AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pelo editor-chefe, verificando sua adequação à linha editorial da **REVISTA**. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *BLIND PEER REVIEW*. O prazo para a elaboração do parecer é de 45 a 60 dias. Recebido o parecer, este é encaminhado para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a revista. Será novamente avaliado em função das alterações. Os autores serão informados por e-mail sobre o andamento da avaliação. Terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pelo Editor da revista.

REMESSA DE TEXTOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês. Podem ser encaminhados pelo e-mail **revistadireitogv@fgvsp.br** ou pelo correio (aos cuidados do Editor-chefe **José Rodrigo Rodriguez,** Rua Rocha, 233, 7º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000). Caso o texto seja remetido pelo correio, pede-se que seja em duas cópias impressas, uma delas sem identificação de autoria, além de um disquete com o artigo em formato Word.

Os **artigos** devem ter até 30 laudas de 2.100 caracteres, redigidos conforme os padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). Textos mais extensos do que o padrão serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem possuir até dez laudas de 2.100 caracteres, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros e revistas internacionais a serem resenhadas podem ser encaminhadas para o e-mail da revista. Os **ensaios** devem apresentar até quinze laudas de 2.100 caracteres.

Os artigos deverão ser encaminhados para a Redação com as seguintes características:

Formatação

- Folha: **Carta (letter)**
- Editor de texto: **Word for Windows 6.0 ou posterior**
- Margens: **esquerda, direita, superior e inferior de 2 cm**
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 12**
- Parágrafo: **espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos; entre linhas: duplo; alinhamento à esquerda**

Texto a primeira página do artigo deve conter:

- Título, com, no máximo, oito palavras, em maiúsculas e negrito (português e inglês)
- Resumo em português (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em português
- Resumo em inglês, com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusões
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em inglês
- Em seguida, deve ser iniciado o texto do artigo

Referências devem ser citadas no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página de publicação. As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

Notas devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas ao final do texto, numeradas seqüencialmente, antes das referências bibliográficas.

Diagramas, quadros e tabelas devem apresentar título e fonte e ser colocados ao final do texto, após as referências. Sua posição deve ser indicada no próprio texto, constando referência a eles no corpo do artigo. Deve-se evitar a repetição de informações contidas no texto.

Informações complementares no mesmo arquivo, o autor deverá enviar:

- **página 1:** título do artigo; seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, instituição à qual está ligado, cargo, endereço para correspondência, fone, fax e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

Os direitos, inclusive os de tradução, são reservados. A remessa do texto pelo autor implica sobre este a cessão dos direitos autorais para a **REVISTA DIREITO GV**, a permissão de publicação em meio eletrônico e de reprodução para fins de pesquisa pessoal. A reprodução total de artigos, resenhas e ensaios em outra publicação é proibida. É permitido citar partes dos textos sem solicitação prévia, desde que identificada sua fonte.

v. 1 n. 2 JUN-DEZ 2005

ARTIGOS

GRUPOS SOCIETÁRIOS:
ANÁLISE DO MODELO DA LEI 6.404/1976
VIVIANE MULLER PRADO : **005**

ESTRUTURA E RESPONSABILIDADE DA EMPRESA:
O MODERNO PARADOXO REGULATÓRIO
JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES : **029**

RELATÓRIO DO GRUPO DE PERITOS DE ALTO NÍVEL
SOBRE UMA MOLDURA REGULADORA MODERNA
PARA CÓDIGO SOCIETÁRIO NA EUROPA
BRUXELAS, 4 DE NOVEMBRO DE 2002 : **069**

"UNITAS MULTIPLEX":
A ORGANIZAÇÃO DO GRUPO DE EMPRESAS COMO EXEMPLO
GUNTHER TEUBNER : **077**

JUDICIAL PROTECTION IN THE EU
NORBERT REICH : **111**

ENTRE EFICIÊNCIA E EQÜIDADE: A UNIVERSALIZAÇÃO
DAS TELECOMUNICAÇÕES EM PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO
DIOGO R. COUTINHO : **137**

JUS COGENS
AINDA ESSE DESCONHECIDO
SALEM HIKMAT NASSER : **161**

O FILÓSOFO COMO VERDADEIRO PROFESSOR
DE DIREITO (1990)
JÜRGEN HABERMAS : **179**

ABSOLUTISMO JURÍDICO
(OU: DA RIQUEZA E DA LIBERDADE DO HISTORIADOR DO DIREITO)
PAOLO GROSSI : **191**

RESENHAS

REFLEXÃO: POR UM DIREITO COMUM...
MICHELLE RATTON SANCHEZ : **201**

A JUSTIÇA RESTAURATIVA DE JOHN BRAITHWAITE:
VERGONHA REINTEGRATIVA E REGULAÇÃO RESPONSIVA
JULIANA CARDOSO BENEDETTI : **209**

HUGO GROTIUS: O DIREITO DA GUERRA E DA PAZ
CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT : **217**

O CONTRATO, DE ENZO A VINCENZO
RAFAEL VANZELLA : **221**

ENSAIO

MUNDUS NOVUS:
POR UM NOVO DIREITO AUTORAL
JOAQUIM FALCÃO : **229**

O DIREITO NA ARTE DE CHAPLIN E KAFKA:
ENSAIO DE COMPARAÇÃO DE TEMPOS MODERNOS COM NA COLÔNIA PENAL
ROBERTA E CARLOS ARI SUNDFELD : **247**

ISSN 1808 - 2432
9 771808 243005