

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

---

---

# REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

---

## Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Marcelo Dias Varella

Ardyllis Alves Soares

Editores convidados:

Gustavo Cerqueira

Patrícia Perrone Campos Mello

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 17	n. 1	p. 1-452	abr	2020
--	----------	-------	------	----------	-----	------

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Programa de Mestrado e Doutorado em Direito**  
Centro Universitário de Brasília

**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

**Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

**Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

**Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

**Linha editorial**

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de veiculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas, que foi dividida em dois periódicos (junto com a Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude do aumento do impacto e interesse dos autores em submeter artigos. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados às disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

**Editor Gerente**

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

**Editor Adjunto**

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Revista de Direito Internacional, Brasília/DF, Brasil

**Comitê editorial**

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília  
Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo  
Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne  
Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro  
Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França  
Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

**Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

**Diagramação**

S2 Books

**Disponível em:**

[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br)

**Circulação**

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 17, número 1 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

**Endereço para Permuta**

**Biblioteca Reitor João Herculino**

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: [biblioteca@uniceub.br](mailto:biblioteca@uniceub.br)

# Sumário

<b>PARTE I - O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS: QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?</b> .....	<b>1</b>
<b>EDITORIAL</b> .....	<b>3</b>
“Tudo o que precisamos fazer é ter certeza de que continuaremos conversando”.....	3
Gustavo Cerqueira e Patrícia Perrone Campos Mello	
<b>DIREITO COMPARADO E METODOLOGIA</b> .....	<b>6</b>
<b>COMPARAÇÃO JURÍDICA E IDEIAS DE MODERNIZAÇÃO DO DIREITO NO INÍCIO DO SÉCULO XXI....</b>	<b>8</b>
Gustavo Cerqueira	
<b>1 Introdução</b> .....	<b>9</b>
<b>2 A comparação jurídica como suporte das ideias de modernização</b> .....	<b>10</b>
2.1 Suporte à adaptação do direito às sensibilidades do tempo.....	11
2.1.1 Ilustração: o casamento homossexual na França.....	11
2.1.2 A insuficiência do suporte.....	12
2.2 Suporte à adaptação do direito à concorrência internacional das ordens jurídicas.....	13
2.2.1 O objetivo de atratividade jurídica .....	13
2.2.2 O impasse da atratividade jurídica.....	15
<b>3 A comparação jurídica como ato de prudência diante das ideias de modernização</b> .....	<b>17</b>
3.1 Razões da prudência .....	17
3.1.1 “Verdade aquém dos Pirenéus, erro além” .....	17
3.1.2 “O mito do legislador estrangeiro” .....	18
3.2 Critério da prudência .....	19
3.2.1 O fator do critério: o progressismo .....	19
3.2.2 O critério proposto: o conservadorismo .....	20
<b>Referências</b> .....	<b>21</b>
<b>Decisões</b> .....	<b>23</b>
<b>O DIREITO COMPARADO: ESFORÇO DE RESGATE HISTORIOGRÁFICO E DE PROBLEMAS METODOLÓGICOS</b> .....	<b>25</b>
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Gustavo Ferreira Ribeiro	
<b>1 Introdução</b> .....	<b>26</b>

2 Os pais fundadores do direito comparado .....	26
3 Os sucessores comparatistas no século XX .....	30
4 Perspectivas atuais do direito comparado .....	37
Considerações finais .....	38
Referências.....	38
<b>DIREITO COMPARADO E POLÍTICA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS .....</b>	<b>42</b>
Raphael Carvalho de Vasconcelos e Deo Campos Dutra	
1 Introdução .....	42
2 O Direito Internacional, o Direito Comparado e a Política .....	44
3 Harmonização, Uniformização e Política no Direito Comparado .....	48
4 Considerações finais .....	52
Referências .....	52
<b>DIREITO COMPARADO NO BRASIL .....</b>	<b>55</b>
<b>L'ORIGINALITÉ DU DROIT BRÉSILIEN ET LE DROIT COMPARÉ.....</b>	<b>57</b>
Arnoldo Wald	
1 Introduction .....	58
2 Le Brésil, son droit et son monde juridique .....	58
3 la signification et l'objet du Droit Comparé .....	59
3.1 La nature scientifique du droit comparé .....	60
3.2 L'objet du droit comparé.....	61
4 Le Droit Comparé dans la formation et les réformes du Droit Brésilien.....	62
5 Un critérium économique pour une classification complémentaire en Droit Comparé .....	66
6 Le Droit Comparé dans la formation et dans la pratique des juristes au Brésil .....	68
7 Le Droit Comparé dans la pratique du Droit au Brésil.....	70
7.1 Le droit comparé et la jurisprudence brésilienne .....	70
7.2 Le droit comparé et la pratique des avocats .....	72
8 Les activités de Droit Comparé au Brésil.....	73
9 Conclusion .....	75
Bibliographie .....	75
<b>LEI DA BOA RAZÃO E COMPARATISMO JURÍDICO NA DOCTRINA CIVILISTA BRASILEIRA DE 1850 A 1880.....</b>	<b>79</b>
Alan Wruck Garcia Rangel	
1 Introdução .....	80

2 Comparatismo jurídico e ideologia do progresso .....	84
3 Comparatismo jurídico e sistema de fontes subsidiárias .....	85
4 Considerações finais .....	89
Referências .....	90

**O STF EM REDE? QUANTO, COMO, COM QUE ENGAJAMENTO ARGUMENTATIVO O STF USA PRECEDENTES ESTRANGEIROS EM SUAS DECISÕES? .....** **93**

Patrícia Perrone Campos Mello e Felipe Meneses Graça

<b>1 Introdução .....</b>	<b>94</b>
<b>2 Modelos comportamentais sobre o uso de precedentes estrangeiros.....</b>	<b>95</b>
2.1 Modelos de comportamento quanto ao uso do direito estrangeiro .....	95
2.1.1 Modelo de resistência.....	95
2.1.2 Modelo de convergência.....	98
2.1.3 Modelo de engajamento argumentativo .....	99
2.1.4 Modelo híbrido ou ambivalente .....	100
2.2 Elementos que influenciam o recurso a precedentes estrangeiros .....	100
<b>3 O Uso de Precedentes Estrangeiros pelo STF .....</b>	<b>102</b>
3.1 Condicionantes jurídicas e culturais .....	102
3.1.1 Cláusula de incorporação dos tratados de direitos humanos.....	103
3.1.2 Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.....	104
3.1.3 Bacharelismo, beletismo e colonialismo .....	104
3.2 Estudo empírico do comportamento do STF quanto ao uso de precedentes estrangeiros .....	105
3.2.1 Metodologia.....	105
3.2.2 Resultados .....	108
3.2.3 Análise .....	109
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>111</b>
<b>Referências.....</b>	<b>111</b>
<b>Anexo A - Lista de Retrospectivas que Formaram a Base de Dados.....</b>	<b>114</b>
<b>Anexo B – Citações com nível 1.....</b>	<b>115</b>
<b>Anexo C – Citações com nível 2.....</b>	<b>122</b>
<b>Anexo D – Citações com nível 3 .....</b>	<b>123</b>
<b>Anexo E – Citações com nível 4 .....</b>	<b>124</b>

**SUPREMA IMPRECISÃO: A METODOLOGIA EM DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO E AS DEFICIÊNCIAS EM SEU USO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....** **126**

Alonso Freire e Hugo Sauaia

<b>1 Introdução .....</b>	<b>127</b>
---------------------------	------------

2 Da pesquisa em Direito Constitucional Comparado: relevância e metodologia .....	127
3 Análise empírica do comportamento do Supremo Tribunal Federal quando da utilização de Direito Comparado .....	134
4 Considerações finais .....	137
Referências.....	137

**DIREITOS COMPARADOS ..... 143**

**COMPARANDO LA CULTURA JURÍDICA DESDE EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN BRASIL Y CHILE ..... 145**

Juan Jorge Faundes e Fabien Le Bonniec

1 Introducción.....	146
2 La cultura jurídica, concepto y perspectivas .....	148
3 El derecho fundamental a la identidad cultural configurado por la Corte IDH.....	149
4 Enfoques metodológicos para la comparación de la cultura jurídica .....	150
4.1 Cultura jurídica, en perspectiva metodológica de derecho comparado.....	151
4.2 Delimitando las “unidades” para la comparación de culturas jurídicas .....	152
4.3 Metodologías para estudiar la cultura jurídica desde las ciencias sociales .....	154
4.4 Metodología aplicada para el estudio comparado de la cultura jurídica en los campos jurídicos de Chile y Brasil .....	155
5 Investigación comparada en Chile y Brasil .....	157
5.1 Cultura jurídica y dimensión positiva constitucional .....	157
5.2 Dimensión normativa hermenéutica .....	159
5.3 Estudio de la cultura jurídica en los campos jurídicos de Brasil y Chile .....	162
5.3.1 La Cultura jurídica chilena y contexto en relación al derecho a la identidad cultural: .....	162
5.3.2 La Cultura jurídica brasileña y contexto en relación al derecho a la identidad cultural: .....	164
5.3.3 La percepción de la cultura jurídica y el derecho fundamental a la identidad cultural desde los operadores jurídicos .....	167
5.3.3.1. La percepción de la cultura jurídica y el derecho fundamental a la identidad cultural desde los operadores jurídicos en el caso chileno (entrevistas):.....	167
5.3.3.2. La percepción de la cultura jurídica y el derecho fundamental a la identidad cultural desde los operadores en el caso brasileño (entrevistas): .....	170
6 Conclusiones .....	173
Referências Bibliográficas .....	175

**O DIVINO E O RACIONAL NO DIREITO: NOTAS PARA UM DIÁLOGO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS 181**

Salem Hikmat Nasser e José Garcez Ghirardi

1 Introdução .....	182
2 O Divino e o Racional no Direito Islâmico .....	184

<b>3 O Divino e o Racional no Direito Ocidental .....</b>	<b>188</b>
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>192</b>
<b>Referências.....</b>	<b>193</b>
<b>REGULAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO: ANÁLISE COMPARADA EM PAÍSES DO SUL GLOBAL .....</b>	<b>196</b>
Jane Reis Gonçalves Pereira, Renan Medeiros de Oliveira e Carolina Saud Coutinho	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>197</b>
<b>2 Premissas teóricas.....</b>	<b>200</b>
<b>3 Análise comparada.....</b>	<b>202</b>
3.1 África do sul.....	203
3.1.1 Breve contextualização.....	203
3.1.2 Modelo jurídico.....	203
3.1.3 Jurisprudência.....	205
3.1.4 Análise crítica .....	207
3.2 Argentina .....	207
3.2.1 Breve contextualização.....	207
3.2.2 Modelo jurídico.....	208
3.2.3 Jurisprudência.....	209
3.2.4 Análise crítica .....	211
3.3 Colômbia .....	211
3.3.1 Breve contextualização.....	211
3.3.2 Modelo jurídico.....	212
3.3.3 Jurisprudência.....	213
3.3.4 Análise crítica .....	214
3.4 Índia.....	214
3.4.1 Breve contextualização.....	214
3.4.2 Modelo jurídico.....	215
3.4.3 Jurisprudência.....	218
3.4.4 Análise crítica .....	218
3.5 México.....	219
3.5.1 Breve contextualização.....	219
3.5.2 Modelo jurídico.....	220
3.5.3 Jurisprudência.....	221
3.5.4 Análise crítica .....	221
<b>4 Desafios e caminhos possíveis do tratamento do discurso de ódio no sul global .....</b>	<b>222</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>223</b>
<b>Referências.....</b>	<b>224</b>

Agradecimientos .....	228
-----------------------	-----

**PARTE II - OUTROS TEMAS ..... 229**

**LA OTRA CARA DE LA MONEDA: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA, EL EMPRENDIMIENTO Y LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE Y COLOMBIA ..... 231**

Juan Pablo Díaz Fuenzalida e Juan Sebastián Villamil Rodríguez

<b>1 Introducción: derecho constitucional de la empresa, del emprendimiento y a libre competencia ¿Será justiciable? .....</b>	<b>232</b>
<b>2 Presencia constitucional de la empresa y justiciabilidad del emprendimiento. ....</b>	<b>235</b>
2.1 El caso colombiano. La acción de tutela.....	235
2.2 El caso chileno. La acción o recurso de protección y el recurso de amparo económico.....	240
<b>3 Derecho constitucional a la libre competencia y su justiciabilidad.....</b>	<b>245</b>
3.1 El caso colombiano: constitucionalidad e institucionalidad para su protección .....	245
3.2 El caso chileno ¿Constitucionalidad o legalidad para su protección? Acciones constitucionales y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. ....	247
<b>4 Conclusiones y perspectivas de futuro. De libertad de emprender a un derecho justiciable, pero siempre en armonía con otros. ....</b>	<b>250</b>
<b>Referências.....</b>	<b>251</b>

**THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISION ON THERE 'BURQA BAN' AND THE CRITICAL ANALYSIS OF THE PRAGMATIC EXPERIMENTAL LOGIC ..... 258**

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e George Browne Rego

<b>1 Introduction .....</b>	<b>259</b>
<b>2 The Pragmatic Doubt against the Belief on the Deductive Logic Argument on Court Adjudication</b>	<b>260</b>
<b>3 The grounds of the Philosophical Pragmatism and the fallacies related to the Court's argument on "stimulation social interactions" in an open democratic society. ....</b>	<b>262</b>
<b>4 The pragmatic methodology of Dewey's instrumentalism and the heritage of Charles Sanders Peirce .....</b>	<b>264</b>
<b>5 Peirce and Dewey's fallibilism under a comparative view.....</b>	<b>265</b>
<b>6 Outlines of the concepts of continuity, interaction and fallibilism in the social philosophy of John Dewey .....</b>	<b>266</b>
<b>7 Dewey's integrated view of religious and democratic beliefs .....</b>	<b>267</b>
<b>8 Dewey pragmatic method and law; religious and democratic implications .....</b>	<b>269</b>
<b>9 Conclusive remarks.....</b>	<b>270</b>
<b>References.....</b>	<b>270</b>

**DIREITOS HUMANOS DAS DESLOCADAS AMBIENTAIS E OS IMPACTOS DA USINA DE BELO MONTE: DA EXPLORAÇÃO AMAZÔNICA À SUBJUGAÇÃO FEMININA .....273**

Thais Silveira Pertille e Letícia Albuquerque

1 Introdução .....	274
2 As fronteiras internacionais de justiça: devastação de mulheres e ambientes.....	275
3 Colonização e desenvolvimento: da exploração amazônica à subjugação feminina .....	280
4 Considerações finais .....	288
Referências.....	289

**SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM ACORDOS DE INVESTIMENTO: AS EXPERIÊNCIAS DO CPTPP, CETA E DOS ACFIs .....293**

Fábio Morosini, Vivian Daniele Rocha Gabriel e Anastacia Costa

1 Introdução .....	294
2 Dados sobre Investimento Estrangeiro e Solução de controvérsias .....	295
3 O modelo de solução de controvérsias da Parceria Transpácífica .....	297
4 O modelo de solução de controvérsias proposto no CETA .....	300
5 O modelo brasileiro de solução de controvérsias proposto nos ACFIs .....	304
6 Considerações finais .....	307
Referências.....	308

**50 ANOS DOS “DIREITOS DA CRIANÇA” NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A HISTÓRIA DO ARTIGO 19 ..... 311**

Sven Peterke e Paloma Leite Diniz Farias

1 Introdução .....	312
2 A irritante brevidade e vagueza do artigo 19 .....	312
3 O artigo 19 no contexto da codificação internacional dos direitos da criança .....	313
3.1 Antes do advento da CADH.....	313
3.2 Depois da CADH .....	316
4 A interpretação do artigo 19 pela comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ..	317
4.1 Primeiras referências ao Artigo 19 .....	317
4.2 A fundamentação dogmática, iniciada em 1999.....	318
4.3 A Opinião Consultiva nº 17/2002 e sua implementação .....	319
5 Considerações finais .....	321
Referências .....	321

**EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: COMPARTILHANDO VALOR E RESPONSABILIDADES .....325**

Melina Girardi Fachin

<b>1 À guisa de introdução .....</b>	<b>326</b>
<b>2 Premissas subjacentes .....</b>	<b>328</b>
2.1 Quais direitos?.....	328
2.2 Quais empresas? .....	329
2.3 Por quê? .....	330
<b>3 Desafios desta nova realidade: superação .....</b>	<b>334</b>
3.1 Superação da ideia do Estado como único responsável.....	334
3.2 Retomada da responsabilidade individual e coletiva: EU + UM + UM.....	336
<b>4 Breves notas conclusivas.....</b>	<b>337</b>
<b>Referências.....</b>	<b>337</b>

**CONTEMPORARY RESPONSES TO BUSINESSES' NEGATIVE HUMAN RIGHTS IMPACT ..... 341**

Andres Felipe Lopez

<b>1 Introduction .....</b>	<b>342</b>
<b>2 Business negative impact on human rights and the legal challenge .....</b>	<b>343</b>
<b>3 International legal initiatives on businesses' responsibility for human rights .....</b>	<b>346</b>
3.1 United Nation Guiding Principles (UNGPs) .....	347
3.1.1 State Duty to Protect.....	348
3.1.2 Corporate Responsibility to Respect .....	349
3.1.3 Effective Remedies .....	352
3.2 National Action Plans (NAPs) .....	353
3.3 Treaty on BHR.....	354
<b>4 Conclusion .....</b>	<b>359</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>359</b>
<b>Tables and figures .....</b>	<b>361</b>

**HUMAN RIGHT TO LABOR PROTECTION IN UKRAINE: CURRENT SITUATION AND THE PROSPECTS OF IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL RULES .....363**

Nina Daraganova

<b>1 Introduction .....</b>	<b>364</b>
<b>2 Human right to labor protection in Ukraine - analysis of the current situation .....</b>	<b>365</b>
2.1 Official information on the status of occupational injuries .....	365
2.2 The current state of human rights for labor protection in Ukraine .....	366
2.3 Reasons for the absence of completeness of information in the official sources on the cases of injuries in the workplace .....	367

<b>3 The role of the national labor inspection in the implementation of international labor standards.....</b>	<b>368</b>
<b>References.....</b>	<b>370</b>

**INTERNATIONAL REGULATION AND GLOBAL GOVERNANCE: THE EU INFLUENTIAL METHOD IN TIMES OF NORMATIVITY CHANGE .....373**

Gabriela Hühne Porto, Paula Wojcikiewicz Almeida e Juliana Maia F. A. Netto

<b>1 Introduction .....</b>	<b>374</b>
<b>2 The shift of authority beyond the state: the multiplicity of agents and interests in contemporary international law-making.....</b>	<b>375</b>
2.1 The normative contribution of NSAs .....	375
2.2 The normative challenges of NSAs’ exercise of public authority.....	377
2.2.1 Legitimacy .....	377
2.2.2 Accountability .....	379
<b>3 The evolution of EU Governance: from gradual reforms towards an articulated method of governance .....</b>	<b>380</b>
3.1 EU good governance principles.....	381
3.2 The European multilevel governance approach.....	383
<b>4 Conclusion .....</b>	<b>385</b>
<b>References.....</b>	<b>386</b>
Books .....	386
Articles.....	387
International Documents .....	388

**TECNOLOGIAS DIGITAIS E O COMÉRCIO DE BENS E SERVIÇOS NA OMC/DIGITAL..... 391**

Umberto Celli Junior

<b>1 Introdução .....</b>	<b>392</b>
<b>2 Produto/Comércio digital .....</b>	<b>393</b>
<b>3 Impressão em 3D: GATT ou GATS?.....</b>	<b>394</b>
<b>4 Blockchain .....</b>	<b>398</b>
4.1 Blockchain e o GATS .....	399
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>402</b>
<b>Referências .....</b>	<b>403</b>

**LOS FUERTES HACEN LO QUE PUEDEN: EXPONRIENDO LOS LÍMITES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....406**

Cristián D. González-Ruiz e Víctor M. Mijares

<b>1 Introducción.....</b>	<b>407</b>
----------------------------	------------

2 Análisis Cualitativo Comparado .....	409
3. Interpretación de resultados .....	412
4 Conclusiones .....	414
Referencias.....	415
<b>HUMAN RIGHTS, HUMANITARIAN LAW AND STATE POWER.....</b>	<b>418</b>
Renata Nagamine e João Roriz	
1 Introduction .....	419
2 Drawing humanitarian lines in the 19th century .....	420
3 Humanitarian law meets human rights.....	423
4 From limits to authorization?: state action in legal indeterminacy .....	425
5 Final remarks .....	429
References.....	430
<b>REGIONAL INTEGRATION IN THE SOUTH PACIFIC: CHALLENGES FOR PUBLIC GOVERNANCE ....</b>	<b>433</b>
Joanna Siekiera	
1 Introduction .....	434
2 South Pacific integration.....	434
3 Legal and extrajudicial obstacles.....	437
4 Reason for the weak democracies.....	439
5 Final conclusions .....	440
References.....	440
<b>PARTE III - RESENHAS .....</b>	<b>443</b>
<b>RESENHA DA OBRA</b>	
<b>“DEMOCRACIA E POLICENTRISMO DO PODER”, DE MURILO GASPARDO.....</b>	<b>445</b>
Angela Limongi Alvarenga Alves	
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>450</b>
Envio dos trabalhos:.....	451
<a href="http://www.rdi.uniceub.br">www.rdi.uniceub.br</a> .....	452

## **PARTE I**

**O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?**

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Editorial**

Gustavo Cerqueira  
Patrícia Perrone Campos Mello

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

## Editorial

### “TUDO O QUE PRECISAMOS FAZER É TER CERTEZA DE QUE CONTINUAREMOS CONVERSANDO”

Gustavo Cerqueira\*

Patrícia Perrone Campos Mello\*\*

Há muito a comparação jurídica moderna deixou de ser puro exercício de erudição acadêmica. Legisladores, bem como julgadores – judiciais, administrativos ou arbitrais –, utilizam-na no cumprimento de suas respectivas missões. Advogados, mediadores e notários tampouco são insensíveis a soluções e práticas jurídicas estrangeiras e mobilizam-nas cada vez mais em suas atividades. Organizações internacionais, notadamente aquelas com função normativa, fundam muitas de suas ações em estudos comparativos.

Certo, a ênfase é seguidamente colocada sobre a dimensão escolar do direito comparado. Com efeito, grande parte das análises comparativas provém de acadêmicos e se desenvolve no seio das faculdades de direito. Ninguém se surpreenderá, inclusive, com a integração progressiva do direito comparado como disciplina autônoma nos currículos universitários em todos os continentes. A esse respeito, lembremos que há 60 anos nascia em Luxemburgo a mítica *Faculté internationale de droit comparé* para ensinar, em Estrasburgo, o direito comparado e os principais sistemas jurídicos contemporâneos aos estudantes de todos os horizontes.

Porém, a dimensão acadêmica do direito comparado não mais se limita a dotar o jurista de cultura jurídica ou a alimentar debates e controvérsias no campo teórico. Volta-se também hoje – e cada vez mais – para transformações do direito positivo. Com efeito, inúmeros são os estudos acadêmicos contendo proposições de *lege ferenda*, formuladas com base em análises comparativas e inspiradas muitas vezes no direito estrangeiro.

Nesta perspectiva, a comparação jurídica alimenta a reflexão dos atores que formulam soluções jurídicas. O fenômeno não é novo, sabe-se. Da Grécia platônica à China comunista, que se dota, em 28 de maio de 2020, de um código civil romanista, o direito comparado sempre foi mobilizado pelos artesãos do direito. Emblemático a esse respeito, foi o advento, em 18 de agosto de 1769, da lei portuguesa conhecida como Lei da Boa Razão, promulgada para modernizar o direito português, através entre outros da aplicação subsidiária, para assuntos políticos, econômicos, comerciais e marítimos, das leis das nações cristãs, iluminadas e cultivadas. Ao conceder, assim, aos juizes lusitanos, a possibilidade de fazer comparações jurídicas para justificar suas decisões e, conseqüentemente, modernizar o direito português à luz das novas abordagens europeias do direito da época, a Lei da Boa Razão reconheceu no direito comparado um argumento de razão que justifica politicamente seu emprego.

Embora hoje não mais disponhamos de um marco normativo tão simbólico e autorizador, como foi a Lei da Boa Razão para a transformação do direito positivo a partir das experiências estrangeiras, o recurso ao direito

\* *Agrégé des Facultés de droit*. Professor Titular de Direito Privado e Ciências Criminais na Universidade de Nîmes, França. *Docteur en droit* pela Universidade de Strasbourg e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Presidente das Secções América Latina e Metodologia comparada do direito civil da *Société de législation comparée*. Membro do *Comité français de droit international privé* e do *Institut des usages*. E-mail: gustavo.cerqueira@unimes.fr

\*\* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado e da Graduação do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: pcampomello@uol.com.br

comparado nem por isso deixa de ser fortemente mobilizado para este fim. Todavia, se a comparação jurídica se tornou um exercício habitual para legisladores, juízes e advogados, parece apropriado questionar o uso que cada um desses atores faz dela, bem como sua finalidade.

A fim de oferecer alguns elementos de resposta a essas questões, a *Revista Brasileira de Direito Internacional* lançou, ainda em 2019, uma chamada para o presente dossiê especial, consagrado ao direito comparado e seus protagonistas. O momento não poderia ser mais propício. Além da atualidade da problemática, 2019 aparece como uma data significativa no direito comparado moderno: ele marcou os 250 anos de promulgação da Lei da Boa Razão e os 150 anos da fundação da *Société de législation comparée*, primeira sociedade erudita voltada para a difusão e estudo dos direitos estrangeiros com vistas à modernização do direito francês.

Incumbidos, pois, da honrosa tarefa de coordenar este ambicioso volume, elaboramos um edital convidando autores nacionais e estrangeiros a refletir sobre o tema, segundo uma grade analítica disposta em torno de três eixos.

O primeiro eixo destinou-se à questão “o que comparar?”. Por um lado, interessa o problema da definição do objeto de comparação e de seu escopo. Surge então a questão de saber como o comparatista deveria defini-los. Por exemplo, deve a abordagem ser restrita a instituições jurídicas ou deve incluir modelos políticos, sociológicos e/ou antropológicos? Essas escolhas implicam justificar os critérios empregados para realizá-las, inclusive quando a análise se restringir a um determinado período histórico. Por outro lado, surge a questão do pluralismo jurídico. O pluralismo jurídico pode ser caracterizado, notadamente, por uma diversidade de concepções do direito e por diferentes manifestações concretas sobre suas fontes e seu conteúdo. Não raramente, o estudo de uma instituição jurídica estrangeira é mal sucedido por ignorar a doutrina e a jurisprudência sobre o assunto. Em alguns casos, o pluralismo jurídico interferirá no entendimento dos institutos jurídicos, como atesta a experiência da elaboração do Direito da União Europeia. Interessa então saber quais são as dificuldades que os protagonistas enfrentam quando seu objeto de comparação é plural e/ou afetado pelo pluralismo jurídico.

O segundo eixo proposto disse respeito ao objetivo da comparação jurídica. Por um lado, sugerimos a investigação sobre o uso retórico do direito comparado. Nesta perspectiva, convidamos os interessados a refletir sobre as funções retóricas da comparação de diferentes sistemas (heurística, pedagógica, hermenêutica, persuasiva). O que leva à questão de saber se a missão do protagonista em causa exerce um papel particular na escolha de uma destas funções. Por outro lado, quisemos também que fosse abordado o problema do desenvolvimento do direito através de algumas questões relativas aos propósitos da comparação, a saber: o direito comparado pode proporcionar, ao comparatista, uma melhor compreensão do direito? Pode inspirar seu desenvolvimento? Deve ser utilizado por legisladores, juízes, advogados e/ou estudiosos com esta finalidade? Em que circunstâncias? Segundo quais critérios? Quais os limites para os transplantes legais e para a migração de ideias entre diferentes sistemas? Quais são os problemas e cuidados a serem observados? Como compatibilizar a modernização de um direito, notadamente o direito nacional, por meio do direito comparado, com as exigências da legitimidade democrática?

O terceiro eixo dedicou-se, enfim, aos métodos de comparação. Por um lado, o clássico debate sobre a metodologia comparativa não poderia ser ignorado. Com efeito, os estudos comparativos utilizam uma variedade de métodos, tais como funcionais, analíticos, estruturais, contextuais, históricos, análise econômica, sociologia-jurídica. Cada um deles enfatiza aspectos distintos ou pretende responder a questões diferentes. Daí a importância de identificar os aspectos positivos e negativos de sua utilização, bem como questionar sobre a existência de um método único, considerado como o mais adequado para a comparação jurídica. Sobre este último ponto, resta saber se a resposta dependeria, aqui também, da natureza da missão do protagonista e/ou das razões para a comparação. Por outro lado, parece oportuna a questão da instrumentalização do direito comparado nos embates ideológicos. Assim, a possibilidade de “judicialização das ideologias” deve levar os críticos a questionar os critérios utilizados para a escolha do objeto e dos sistemas a serem comparados, e a avaliar quando essas escolhas são motivadas por propósitos ideológicos e em que magnitude.

Trata-se do problema da utilização do direito comparado como meio de migração das ideologias e/ou como suporte ideológico para as escolhas legais. Além disso, surge a questão de saber em que medida a missão do protagonista em causa explicaria este fenômeno. Para além de tais questionamentos, resta saber se os métodos comparativos podem evitar ou evidenciar o uso ideológico do direito comparado e das experiências estrangeiras.

As contribuições que compõem este volume dão assim conta do grau de ambição de nossa proposta, ao mesmo tempo que das diferentes e inesgotáveis maneiras como ela pode ser apreendida. A diversidade dos temas tratados e das abordagens privilegiadas pelos autores ilustram-nos perfeitamente.

No conjunto, as contribuições parecem confirmar que a comparação é, em sua essência, um meio de acesso ao conhecimento da natureza e do valor das coisas. Conhecimento que se adquire através de um exame das relações de semelhança e diferença entre uma coisa e outra; através de paralelos traçados entre duas ou mais coisas para medir o valor de uma em relação ao valor da outra; através do estabelecimento de uma certa analogia entre dois objetos dissimilares. Nesta perspectiva, a comparação apresenta-se como um meio de comunicação, nem sempre operada em uma mesma linguagem. Em sua pretensão construtiva, a comunicação evoca naturalmente a noção de diálogo. Diálogo que, nesta expectativa, torna-se indispensável. Senão, como construir o impossível?

Neste estágio, a pergunta emancipa-nos do direito e converte-se liricamente em versos pinkfloydianos:

*Speech has allowed the communication of ideas,  
enabling human beings to work together to build the impossible.  
Mankind's greatest achievements have come about by talking.  
Our greatest hopes could become reality in the future.  
With the technology at our disposal, the possibilities are unbounded.  
All we need to do is make sure we keep talking.<sup>1</sup>*

Face à intolerância intelectual que prospera exponencialmente, continuar se comunicando torna-se vital para evitar a barbárie.

<sup>1</sup> 'Talkin' Hawkin', David Jon Gilmour/Richard William Wright, album : *The Endless River*, 2014, texto inspirado em propaganda publicitária da British Telecom, veiculada em 1993 na Inglaterra.

**DIREITO COMPARADO E METODOLOGIA**

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Comparação jurídica e ideias  
de modernização do direito no  
início do Século XXI**

**Comparative Law and early 21st  
Century Ideas of Modernisation  
of Legal Orders**

Gustavo Cerqueira

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

**O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?**

# Comparação jurídica e ideias de modernização do direito no início do Século XXI\*

## Comparative Law and early 21st Century Ideas of Modernisation of Legal Orders

Gustavo Cerqueira\*\*

### Resumo

Duas ideias parecem animar a modernização do direito no início deste Século XXI: adaptação do direito às sensibilidades do tempo e adaptação do direito à concorrência internacional entre diferentes ordens e sistemas jurídicos, concorrência motivada exclusivamente por exigências econômicas. Quando mobilizado para modernizar o direito, o direito comparado poderá se ver a serviço de uma ou de outra dessas duas ideias. Em face dos desafios postos pelas ideias atuais de modernização do direito, a comparação pode revelar-se uma excelente ocasião de reflexão sobre a pertinência das soluções estrangeiras e de sua eventual transposição alhures. Nessa perspectiva, a comparação jurídica apresenta-se de forma ambivalente: ela justifica e, ao mesmo tempo, interpela a modernização projetada. Se, todavia, o direito comparado intervém, tradicionalmente, no discurso político como argumento de potencial impacto para justificar a modernização do direito — quer pelo legislador, quer pelo litigante, quer pelo juiz, quer pela doutrina —, raramente interfere como contra-argumento no momento de sopesar a pertinência e a oportunidade da modernização à luz do direito d'alhures. Por essa razão, como um dos suportes das atuais ideias de modernização do direito, a comparação jurídica pode emergir como um ato de prudência diante das ideias propulsoras da modernização almejada.

**Palavras-chave:** comparação jurídica – modernização do direito – individualismo – concorrência normativa – atratividade jurídica – prudência – progressismo (ideologia) – conservadorismo (método).

### Abstract

Two ideas seem to encourage the modernisation of law in the beginning of 21st century: adapting the law to the sensitivities of the current times and adapting the law to the international competition amongst different legal orders and systems, competition motivated exclusively by economic requirements. When mobilized to modernise law, comparative law may be at the service of one or other of these two ideas. In view of the challenges posed by the current ideas of modernising the law, such comparison can reveal itself as an excellent opportunity to reflect on the relevance of foreign solutions and their possible transposition elsewhere. From this perspective,

\* Editor Convidado/Guest Editor

Este artigo retoma o essencial da conferência ministrada no colóquio A função modernizadora do direito comparado – 250 anos da Lei da Boa Razão, realizado nos dias 19 e 20 de Agosto de 2019 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e organizado pela Seção América Latina da Société de législation comparée e pelo Centro de Estudos Europeus e Alemães, sob a direção de Gustavo Cerqueira e Cláudia Lima Marques. Os atos desse colóquio serão publicados em 2020 pela YK Editora. O estilo oral foi, em grande parte, conservado.

\*\* *Agrégé des Facultés de droit*. Professor Titular de Direito Privado e Ciências Criminais na Universidade de Nîmes, França. *Docteur en droit* pela Universidade de Strasbourg e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Presidente das Secções América Latina e Metodologia comparada do direito civil da *Société de législation comparée*. Membro do *Comité français de droit international privé* e do *Institut des usages*. E-mail: gustavo.cerqueira@unimes.fr

legal comparison presents itself in an ambivalent way: it justifies and at the same time challenges the projected modernization. If, however, comparative law traditionally intervenes in political discourse as an argument of potential impact in order to justify the modernization of law — whether by the legislator, the litigant, the judge or the scholars — it rarely interferes as a counter-argument at the moment of weighing up the relevance and opportunity of modernization in view of the law elsewhere. That is why, as one of the basis of the current ideas of modernizing the law, legal comparison may emerge as an act of prudence in the face of the ideas that drive the desired modernization.

**Keywords:** legal comparison – modernisation of legal orders – individualism - regulatory competition – legal attractiveness – prudence – progressivism (ideology) – conservatism (method).

## 1 Introdução

O recurso à comparação jurídica para enriquecimento do processo de modernização do direito não tende a ser relegado no Século XXI<sup>1</sup>. Pelo contrário, será cada vez mais presente nesse processo, que convém definir. Segundo o dicionário da Academia francesa, *modernizar* consiste em organizar, de forma moderna, adaptar-se aos gostos ou necessidades modernas. Nessa última perspectiva, modernizar o direito implicaria adaptá-lo aos gostos ou às necessidades de nosso tempo.

<sup>1</sup> A orientação da comparação jurídica *ad legem ferenda* é muito antiga. De Licurgo e Sólon à Montesquieu, passando por Platão e Aristóteles e mesmo pelos *decemviri* romanos, o direito comparado sempre serviu a considerações de política legislativa. Mais perto de nós, os Séculos XIX e XX consolidaram um amplo movimento, iniciado por Montesquieu, de racionalização do estudo das legislações estrangeiras para melhor formular a *lei*, tomada como “la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre” (*De l'esprit des lois*, t. 1, présentation par V. Goldschmidt, Paris: GF Flammarion, 1979, p. 128). Com esse objetivo foi fundada em 1869 a *Société de législation comparée*, cujos Estatutos determinam “l'étude et la comparaison des lois et du droit des différents pays ainsi que la recherche des moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de la législation” (art. 1º, al. 1). Sobre a relação entre o direito comparado e a política legislativa, v. M. Ancel, “Politique législative et Droit comparé”, *Mélanges Maury*, t. II, Paris: Dalloz-Sirey, 1960, p. 9-23. Sobre a atualidade do direito comparado, v. I. Aguilar Vieira, “A atualidade do direito comparado ou o direito comparado no fio do tempo”, in I. Aguilar Vieira (org.), *Estudos de direito comparado e de direito internacional privado (tomos I e II)*, pref. A. Wald, Curitiba: Juruá, 2011, p. 279-320.

*Aos gostos..., às necessidades...* a modernização do direito poderia assim responder a diferentes exigências: adaptar-se aos gostos para satisfazer sensibilidades e não a justa razão, apreciada coletivamente; adaptar-se às necessidades, o que implica submeter-se àquilo que é absolutamente obrigatório, indispensável, imprescindível, que é assim conforme a justa razão.

Essas duas ideias parecem animar a modernização do direito no início deste Século XXI. Quando mobilizado para modernização do direito, o direito comparado poderá se ver a serviço de uma ou de outra dessas duas ideias.

Isso não quer dizer que, nos séculos precedentes, essas duas ideias não estivessem presentes e entremeadas nas reformas modernizadoras do direito. Todavia, a modernização do direito no início do Século XXI parece apresentar contornos diferentes.

Quanto à primeira ideia — adaptação do direito aos gostos —, ela se autonomiza da necessidade na acepção que viemos de expor para tornar-se um fundamento senão exclusivo, ao menos central das reformas. Com efeito, caracterizado por uma sociedade de “*direitos à*” — direitos dos quais indivíduos pretendem ser titulares com fundamento em direitos e liberdades fundamentais e cuja garantia e respeito buscam juntamente ao poder público —, o início do Século XXI revela a existência de países, notadamente ocidentais, onde a sensibilidade de cada indivíduo, de cada grupo, de cada identidade alcança alto valor jurídico apto a fundar regras jurídicas. É o postulado individualista, que consiste em afirmar que “cada um tem o direito que sua dor seja ouvida, porque as evoluções sociais procedem de necessidades individuais”<sup>2</sup>. Os debates em torno de questões de sociedade, como o direito ao aborto, à eutanásia, à procriação medicamente assistida, ou ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, cristalizam o fenômeno, tornando muitas vezes quase irrelevante o debate sobre a (in)dispensabilidade da modernização reclamada, bem como sobre seus termos. Em muitos casos, o individualismo tomará feições de necessidade.

Quanto a essa segunda ideia, justamente, os fortes ventos reformistas que tocam hoje diversos países têm na necessidade — seja ela política, econômica e/ou social — uma razão para justificá-los. Aqui também, o fe-

<sup>2</sup> R. Libchaber, “L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes”, *Recueil Dalloz* 2018, n.º 34, p. 1875-1883, p. 1879.

nômeno não é novo. Ao contrário, como demonstra o advento há 250 anos da lei portuguesa da Boa Razão de 19 de Agosto de 1769<sup>3</sup>, no âmbito da ampla reforma liberal pombalina durante o reinado de Dom José I. O início do Século XXI distingue-se, todavia, dos precedentes em relação aos objetivos da modernização: hoje, a modernização responde a uma necessidade nova, a atratividade econômica dos sistemas jurídicos. Com efeito, nosso tempo é marcado por uma forte concorrência internacional entre diferentes ordens e sistemas jurídicos, motivada, essencialmente, por exigências de eficiência econômica do direito. Essa concorrência é possível em razão da extensão mundial da autonomia da vontade, cujo corolário maior é liberdade de escolha da lei aplicável às relações privadas, ingrediente indispensável para o implemento e o funcionamento de uma concorrência normativa entre os Estados<sup>4</sup>. Dela resulta o forte progresso do método do reconhecimento das situações jurídicas regularmente criadas no estrangeiro a fim de restringir o emprego da regra de conflito de leis no espaço no tratamento das relações privadas internacionais<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Essa lei foi promulgada, *inter alia*, para romper com os excessos e abusos cometidos pelos tribunais portugueses na aplicação *contra legem* do direito romano (fonte de direito subsidiário conforme às Ordenações Filipinas de 1603) e pela *communis opinio doctorum* dos pós-glosadores. Para esse fim, condicionou a aplicação subsidiária do direito romano às leis do Reino à sua conformidade com a *recta ratio*, que se baseava na lei natural e no *usus modernus pandectarum* que o direito das gentes tinha unanimemente estabelecido para governar e dirigir todas as nações civilizadas. Além disso, a Lei da Boa Razão autorizou a aplicação subsidiária, para assuntos políticos, econômicos, comerciais e marítimos, das leis das nações cristãs, iluminadas e cultivadas. Assim, essa lei concedeu aos juízes a possibilidade de fazer comparações jurídicas para justificar suas decisões e, conseqüentemente, de modernizar o direito português à luz das novas abordagens europeias do direito da época. Adotada em 18 de Agosto de 1769, a Lei da Boa Razão permaneceu em vigor em Portugal até 1866 e no Brasil até 1916, datas que correspondem à de adoção de um código civil por esses dois países, respectivamente. Cf. J. H. Correia Telles, *Commentario crítico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de agosto de 1769*, Lisboa: Typografia de N. P. de Lacerda, 1824.

<sup>4</sup> V. H. Muir Watt, “Concurrence d’ordres juridiques et conflit de lois de droit privé”, *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 615-633. Sobre as concepções de concorrência utilizadas no campo jurídico, v. dentre outros, S. Harnay et J.-S. Bergé, “Concurrence entre règles juridiques et construction européenne : à propos de l’analyse économique du droit”, *Études en l’honneur du professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, p. 15-25 ; “Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen”, *Revue internationale de droit économique* 2-2011, t. XXV, p. 165-192. Globalmente, v. J. du Bois Gaudusson e F. Ferrand (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM, 2008; R. Sefton-Green et L. Usunier (dir.), *La concurrence normative, Mythes et réalités*, Paris: Société de législation comparée, 2013.

<sup>5</sup> V., em último lugar, Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? Cours général de droit international*

Nesse contexto, no qual o direito comparado é sistematicamente mobilizado<sup>6</sup>, surge, inevitavelmente, a dúvida sobre a maneira como ele servirá aos apetites reformadores do legislador, quando não àqueles do juiz. Direito e comparação compartilham uma estreita relação com a retórica. Quais são hoje as funções retóricas da comparação de diferentes sistemas jurídicos? Heurística, pedagógica, hermenêutica, persuasiva? É possível conceber a comparação jurídica sem uma finalidade crítica do direito contemporâneo?

Em causa, o bom uso — a boa razão — do direito comparado. Em face dos desafios postos pelas ideias atuais de modernização do direito, a comparação pode revelar uma excelente ocasião de reflexão sobre a pertinência das soluções estrangeiras de sua eventual transposição alhures.

Nessa perspectiva, a comparação jurídica apresenta-se de forma ambivalente: ela justifica e ao mesmo tempo interpela a modernização projetada.

Se, todavia, o direito comparado intervém tradicionalmente no discurso político como argumento de potencial impacto para justificar a modernização do direito — quer pelo legislador, quer pelo litigante, quer pelo juiz, quer pela doutrina —, raramente interfere como contra-argumento no momento de sopesar a pertinência e a oportunidade da modernização à luz do direito d’alhores.

Por essa razão, como um dos suportes das atuais ideias de modernização do direito (2), a comparação jurídica pode emergir como um ato de prudência diante das ideias propulsoras da modernização almejada (3).

## 2 A comparação jurídica como suporte das ideias de modernização

A comparação jurídica tornou-se um importante suporte das ideias que justificam a modernização do direito: não há hoje reforma que não busque, no direito comparado, um argumento de peso para amparar esta ou aquela política legislativa, refutar esta ou aquela solução...

*privé, RCADI*, t. 387 (2017).

<sup>6</sup> Para um excepcional exemplo em matéria societária, v. G. Cerqueira, “Libre circulation des sociétés en Europe: concurrence ou convergence des modèles juridiques”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1-2014, p. 7-38.

Para além da hipercomplexidade do objeto de comparação neste início de século<sup>7</sup>, resta apreciar sua incidência sobre as duas ideias, relativamente autônomas, que a noção de modernização contém hoje. Por um lado, a comparação ampara uma adaptação do direito às sensibilidades do tempo (2.1); por outro lado, ela auxilia a adaptação do direito à atual concorrência internacional das ordens jurídicas (2.2).

## 2.1 Suporte à adaptação do direito às sensibilidades do tempo

A comparação ampara uma adaptação do direito às sensibilidades do tempo para satisfazê-las no plano jurídico. A emergência do fundamento afetivo do casamento no direito francês pode, primeiramente, ilustrar o fenômeno (2.1.1). Nessas situações, no entanto, o amparo pode, em seguida, revelar-se insuficiente (2.1.2).

### 2.1.1 Ilustração: o casamento homossexual na França

Em oposição à concepção original do casamento, a lei francesa de 17 de maio de 2013 que possibilita o casamento às pessoas de mesmo sexo traz um fundamento novo para justificar a reforma. Com efeito, o sentimento é o novo alicerce do casamento<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Embora a modernização do direito tenha sempre se ancorado na comparação jurídica, a exemplo da codificação civil francesa de 1804 (v. J.-L. Souriou, “Notule sur le droit comparé dans les travaux préparatoires du Code civil des Français”, in *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris: Société de législation comparée, 2005, p. 159-163) e da codificação comercial brasileira de 1850 (v. I. de Aguiar Vieira e G. Cerqueira, “L’influence du Code de commerce français au Brésil (Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807)”, *Revue internationale de droit comparé*, 1-2007, p. 27-77), essa ancoragem apresenta hoje dificuldades quase inexistentes até meados do Século XX. De um lado, o comparatista é confrontado à complexidade do objeto de comparação, marcado, primeiramente, pelo pluralismo jurídico (transformação brutal da representação dos sistemas de direito sujeitos à comparação) e, em seguida, pela dificuldade de escolha dos modelos de referência. De outro lado, o comparatista vê-se diante de um comportamento ambíguo dos processos de modernização do direito nos dias de hoje: primeiramente, uma tendência à confluência das iniciativas de modernização parece emergir da ideologia dos direitos fundamentais; em seguida, uma tendência à concorrência normativa anima as grandes reformas do direito privado atuais. Para aprofundar a questão, v. B. Fauvarque-Cosson, “Deux Siècles d’évolution du droit comparé”, *Revue internationale de droit comparé*, 3-2011, p. 527-540; cf. a obra *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, op. cit., passim*.

<sup>8</sup> G. Choisel, “D’un changement de définition à un droit en at-

Como sintetizou um autor, “[bem] longe de sua primeira função jurídica, o casamento é doravante ‘[fundado] sobre o amor’ que ele deve ‘institucionalizar’. Assim, sua função é a de ‘[manifestar] o reconhecimento pela sociedade do amor existente entre um casal e do compromisso que cada um assume em relação ao outro’. E o relator do projeto de lei precisou que ‘o casamento passou do estatuto de contrato-instituição organizando a filiação no seio do casal, para aquele de união de dois indivíduos enamorados’”<sup>9</sup>.

Fundado doravante sobre o reconhecimento dos sentimentos, “não admitir o casamento para os casais de mesmo sexo seria um retorno a uma hierarquização dos amores e a uma discriminação em relação aos amores homossexuais. Essa nova função da união matrimonial, desejada pelo legislador, explica também porque não seria suficiente o estabelecimento de um regime contratual assegurando às uniões estáveis de pessoas de mesmo sexo uma comunidade de interesses e uma possibilidade de proteção patrimonial do cônjuge sobrevivente. Com efeito, nem o Pa.C.S. nem uma eventual união civil implicaria um objetivo sentimental: somente a abertura do casamento aos casais de mesmo sexo poderia permitir o pleno reconhecimento jurídico dos sentimentos entre pessoas de mesmo sexo e ‘[assim colocar] fim a uma desigualdade de direito’”<sup>10</sup>.

Em sua exposição de motivos, o legislador francês recorreu às experiências jurídicas de outros países, como Bélgica, Espanha, Noruega, Países Baixos, Portugal e Suécia<sup>11</sup> para justificar não apenas a pertinência, mas a necessidade de romper com o imobilismo jurídico<sup>12</sup> doravante incompatível com uma nova realidade social, em

tente de reconstruction. Réflexions sur l’étendue des conséquences juridiques de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 3-2015, p. 505-516 (reproduzido em língua portuguesa na *Revista de Direito Civil contemporâneo*, vol. 11 (2017), p. 299 *et seq.*, tradução de I. de Aguiar Vieira, oportunamente utilizada nas citações a seguir da versão original deste artigo).

<sup>9</sup> *Idem*, p. 510 e bibliografia citada.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 511 e bibliografia citada.

<sup>11</sup> Cf. Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe – Étude d’impact, novembre 2012, ponto 1-3 – “Éléments de droit comparé” e ponto 4 – “Impact sur les droits des femmes”. Disponível em: [http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344-ei.asp#P445\\_49423](http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344-ei.asp#P445_49423) (consultado em 7 de julho de 2019).

<sup>12</sup> Até o advento da lei de 2013, nenhuma jurisdição havia estendido aos casais homossexuais a aplicação dos textos relativos ao casamento. Pelo contrário, todas recusaram tal extensão (Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 13 de março de 2007, n.º 05-16.627 ; Cons. const., 28 de janeiro de 2011, Decisão 2010-92 QPC ; CEDH, 24 de junho de 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, processo n.º 30141/04).

longa escala determinada por uma sensibilidade pessoal.

Graças a essa nova definição do casamento a partir do sentimento amoroso, “o legislador pôde unificar a situação de todos os casais e, conseqüentemente, não mais rejeitar a igualdade jurídica em nome de suas diferenças de fato”<sup>13</sup>.

Consagrada no exterior, a solução importada na França apareceria, assim, como resposta adequada para satisfazer pretensões individualistas. Ela pode, no entanto, revelar as insuficiências do argumento comparatista.

### 2.1.2 A insuficiência do suporte

A insuficiência do suporte comparatista provém da utilização oportunista da experiência jurídica estrangeira pelo discurso modernizador, notadamente quando voltado para satisfazer sensibilidades individuais. Nesse caso, os modelos são escolhidos tão somente em razão de seu significado político, social e ideológico. A insuficiência revela-se na carência de soluções satisfatórias às questões de alta complexidade que a modernização ambicionada pode suscitar.

Tomando como base o exemplo do casamento homossexual na França, o legislador invocou a evolução do direito de alguns países para confortar sua proposição. Após enumerá-los, limitou-se, todavia, a afirmar, em relação à legislação dos seis países europeus que serviram de base aos seus estudos, que “o regime aplicável ao casamento entre pessoas de mesmo sexo é idêntico àquele aplicado ao casamento entre pessoas de sexo diferente”<sup>14</sup>. Nenhuma análise de fundo foi, no entanto, fornecida sobre a compatibilidade, naqueles países, da solução de princípio — admissão do casamento às pessoas de mesmo sexo — com o regime que resulta da natureza jurídica do casamento. Dito de outra maneira, o projeto não demonstra retirar quaisquer lições do estudo comparativo realizado, embora certamente existam...

A questão essencial é de saber como integrar, juridicamente, o amor no casamento. Com efeito, posto como novo fundamento jurídico do matrimônio, o amor deve, necessariamente, ser apreendido pelo direito. Ora, o legislador francês não encarou esse problema. Referiu-se à existência alhures da nova concepção para

motivar sua política legislativa sem, contudo, oferecer respostas a uma série de questões resultantes de sua escolha. Talvez porque, em lugar algum, as respostas a essas questões sejam evidentes ou satisfatórias!

Duas questões ilustram a dificuldade. Em primeiro lugar, se o amor se torna fundamento do casamento, como apreciar a validade do matrimônio por esse prisma? Um autor sugeriu imaginar, por exemplo, uma concepção inovadora da causa: “não mais fundada sobre a ideia de dívida e liberada da tradicional dicotomia contrato a título oneroso/contrato a título gratuito, própria à sua acepção de finalidade imediata, a causa se expressaria no amor que apareceria então como a razão do compromisso de viver juntos no âmbito de um contrato dotado de um estatuto de ordem pública. Entendido no sentido que o controle de licitude dava à causa até a reforma de 2016, o amor seria doravante o motivo determinante, aquele ‘que leva à conclusão do contrato’<sup>15</sup>. Assim, “ao contrário da jurisprudência, tratar-se-ia de aplicar a teoria subjetiva da causa ao casamento definido como um contrato típico — aquele no seio do qual ‘a causa recebe uma definição jurídica para todas as partes [que] são movidas por uma finalidade conhecida, unida a uma estrutura determinada’. Em outros termos, a validade do casamento seria condicionada à existência de uma causa final única: o reconhecimento e a consagração do sentimento amoroso. Além disso, essa integração da causa ao casamento permitiria fazer evoluir o fim da união. Com efeito, no momento em que se busca simplificar os procedimentos de divórcio, a utilização da causa poderia permitir a aplicação de uma caducidade do casamento pelo desaparecimento da causa se os sentimentos deixassem de existir”<sup>16</sup>. Porém, numa altura em que a *causa* perde suas cartas de nobreza no direito francês<sup>17</sup>, torna-se difícil prever a integração legal do amor entre as condições de validade da união matrimonial, ainda que paradoxalmente dela tenha se tornado

<sup>15</sup> G. Choisel, “D’un changement de définition à un droit en attente de reconstruction”, *loc. cit.*, p. 511 e bibliografia citada.

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> No seu objetivo de simplificação e de modernização, a reforma do direito francês dos contratos, do regime geral e da prova das obrigações, realizada em 2016, retirou a noção de causa das condições de validade dos contratos (cf. novo artigo 1128, *Code civil*). Suas funções são hoje asseguradas em parte pelas noções de objetivo contrato (*but du contrat*, cf. novo artigo 1162 do *Code civil*) ou de motivo (cf. novo artigo 1135, *Code civil*). A propósito, v. dentre uma vasta literatura, O. Deshayes *et alii*, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018, p. 197 *et seq.*

<sup>13</sup> G. Choisel, “D’un changement de définition à un droit en attente de reconstruction”, *loc. cit.*, p. 511 e bibliografia citada.

<sup>14</sup> Cf. Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe – Étude d’impact, novembre 2012, *loc. cit.*, ponto 1-3.

fundamento!

Em segundo lugar, e mais fundamentalmente, qual tratamento jurídico reservar ao amor no âmbito do casamento renovado? Como lembra um autor: “[f]undar uma igualdade jurídica sobre uma igualdade de sentimentos e dar ao direito a função de reconhecer o amor, reclama [defini-lo] e inquerir sobre a eventual circunscrição de seu reconhecimento. Com efeito, em que medida a ordem pública pode declarar um sentimento aceitável e legítimo? Pode ainda o casamento, por exemplo, excluir os amores incestuosos ou bígamos? Destacada de considerações fisiológicas e morais, a capacidade de consentir poderia então ser reduzida à simples capacidade jurídica”<sup>18</sup>.

Talvez as respostas a essas questões provenham de uma ginástica intelectual à qual são afeitos os ideólogos. São, porém, manifestos os objetivos do modernizador que se determina segundo às circunstâncias do momento. Como adverte um autor, “[a] nova definição do casamento inscreve-se, [...], numa lógica dos direitos assexuados nos quais a orientação sexual decorre apenas de uma escolha individual: o casamento ‘é doravante concebido, vivido, pensado, pelos indivíduos e pela sociedade como um estatuto do casal e não como o ato fundador de uma família’. A filiação aparece, assim, como destacada do casamento, cuja paternidade não é mais uma consequência”<sup>19</sup>.

A dificuldade em responder as questões supracitadas revela que a atenção a uma necessidade não implica o dever de fundar um direito. A referência ao direito comparado para demonstrar que a modernização fundada na necessária satisfação dos sentimentos individuais é possível, porque já realizada alhures, parece não bastar em si. Por quê? Porque (tanto aqui, como ali, como acolá) o postulado individualista é inapto a responder aos problemas jurídicos<sup>20</sup>. Para um autor, esse “postulado se recusa a considerar a sociedade como um todo e o direito como um instrumento de regulação de suas interações”<sup>21</sup>; o postulado individualista considera o indivíduo “como um ser isolado, dotado de um estoque de prerrogativas jurídicas: o direito se torna um fenômeno de realização individual diante do qual apenas

restaria a se inclinar”<sup>22</sup>. Blaise Pascal já o afirmava em seus *Pensamentos*: “[s]obre qual base (o homem) fundará a economia do mundo que ele quer governar? Sobre o capricho de cada indivíduo? Que confusão!”<sup>23</sup>. Confusão... outra não é a conclusão à qual chegou parte da doutrina francesa sobre as mudanças operadas pela lei de 2013<sup>24</sup>.

Assim, mobilizado para responder às sensibilidades do tempo, o direito comparado pode conter insuficiências estruturais que serão igualmente transportadas ao direito modernizado à sua luz. *Quid* quando suporte à adaptação do direito à concorrência normativa?

## 2.2 Suporte à adaptação do direito à concorrência internacional das ordens jurídicas

A comparação jurídica auxilia uma adaptação necessária do direito para enfrentar a atual concorrência normativa entre os Estados. Nessa perspectiva, a comparação é, primeiramente, conduzida para tornar o direito atrativo internacionalmente (2.2.1). Mas, em seguida, a busca pela atratividade pode conduzir a um impasse: modernizar para distinguir-se dos demais direitos ou para alinhar-se aos mais competitivos? (2.2.2).

### 2.2.1 O objetivo de atratividade jurídica

A comparação é hoje conduzida para tornar o direito economicamente atrativo no plano internacional. Não fora este o segundo dos principais objetivos da reforma em 2016 do direito francês dos contratos?<sup>25</sup> O

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Les pensées de Pascal*, reproduites d’après le texte autographe, disposées selon le plan primitif et suivies des Opuscules / édition philosophique et critique, enrichie de notes et précédée d’un Essai sur l’apologétique de Pascal, par A. Guthlin, Paris: P. Lethielleux, 1896, p. 70.

<sup>24</sup> Cf. M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013; da mesma autora, “L’impossibilité d’une gestation pour autrui ‘éthique’”, in *Archives de Philosophie du Droit – La famille en mutation*, t. 57, 2014, p. 465-484; G. Choisel, “D’un changement de définition à un droit en attente de reconstruction”, *loc. cit.*, *passim*. Essa confusão faz parte de um projeto ideológico: Y. Lequette, “L’ouverture du mariage aux personnes de même sexe : clarification et réflexions”, in D. Mazeaud et Y. Lequette (dir.), *L’ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 13 et seq.; e M. A. Frison-Roche, “Une famille à sa main”, *Archives de Philosophie du Droit – La famille en mutation*, precitado, p. 249-265.

<sup>25</sup> Cf. Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des

<sup>18</sup> G. Choisel, “D’un changement de définition à un droit en attente de reconstruction”, *loc. cit.*, p. 511.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 512 e bibliografia citada.

<sup>20</sup> R. Libhaber, “L’ouverture de l’assistance médicale à la procréation à toutes les femmes”, *loc. cit.*, p. 1880.

<sup>21</sup> *Ibid.*

Direito tendo se tornado um produto de mercado, é natural que a noção de atratividade se introduza no campo das reformas modernizantes! Sintomática a esse respeito a existência na Universidade Sorbonne Paris Nord de um *Instituto de pesquisa por um direito atrativo* (IRDA) ou ainda, na Universidade de Reims, de um *Centro de estudos jurídicos sobre a eficiência dos sistemas jurídicos continentais* (Cejesco).

Modernizar, pois, para ser mais atrativo<sup>26</sup>. Nessa relação de causalidade, o direito comparado é chamado a alimentar a concorrência normativa.

Essa concorrência resulta do fato de que os legisladores nacionais ou regionais atuam para manter e atrair empresas e negócios para o território de seus Estados. Alguns fatores contribuem para a emergência dessa concorrência.

Em primeiro lugar, as leis nacionais estão sujeitas à arbitragem por parte de agentes privados (*arbitragem regulamentar*) que, por estarem autorizados a fazê-lo, dispõem de uma escolha de lei a fim de minimizar os custos das suas operações. De fato, as pessoas podem hoje escolher a lei nacional<sup>27</sup> que convenha mais economicamente, justificando, assim, a expressão *law shopping*. Essa liberdade de escolha de lei é acompanhada de uma liberdade cada vez mais ampla de escolha de foro<sup>28</sup>, o que dá lugar igualmente a uma concorrência internacio-

nal de jurisdições nacionais (e logo a outro tipo de *law shopping* negativo — escolha de foros onde não há leis de polícia em determinadas matérias).

Em segundo lugar, porque têm algo a ganhar, ou a perder, das empresas que desenvolvem (ou não) as suas atividades sob o império da sua legislação, os Estados investem numa política legislativa de atração de empresas e investimentos (*concorrência regulamentar*)<sup>29</sup>. Tomando como exemplo a União Europeia, a concorrência normativa diz hoje respeito não apenas às matérias próprias aos negócios, como a *lex societatis* e a *lex contractus*, mas também àquelas para as quais, tradicionalmente, não se permitia a escolha de lei, como a matéria sucessória<sup>30</sup> ou matrimonial<sup>31</sup>! A título de exemplo, uma reforma da reserva hereditária inspirada nos sistemas de *common law* é atualmente preconizada pelo Governo francês. Os argumentos que justificaram a criação da parte não disponível em Roma (a legítima romana) e a sua consagração no Código Civil de 1804 são hoje postos em causa em favor de argumentos econômicos: a base moral da reserva hereditária estaria em oposição a uma transformação da sociedade, em que o interesse econômico prevalece cada vez mais sobre o interesse comum. Trata-se de privilegiar a circulação do capital a fim de assegurar uma melhor alocação de recursos privados num mercado liberalizado<sup>32</sup>. A ideia de atratividade econômica do

contrats, du régime général et de la preuve des obligations (*JORF* n.º 0035, 11 février 2016, texte n.º 25). V. L. Usunier, “A contribuição do direito comparado à reforma do direito francês das obrigações”, in G. Cerqueira e C. Lima Marques (dir.), *A função modernizadora do direito comparado – 250 anos da Lei de Boa Razão*, São Paulo: YK Editora 2020 (no prelo); da mesma autora, “L’attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d’une chimère”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2-2017, p. 343-349. Igualmente crítico sobre os resultados da reforma através do prisma da atratividade: Ch. Larroumet, “Le mythe de l’attractivité du droit civil français”, in *Liberté, justice, autorité. Mélanges en l’honneur du professeur Laurent Aynès*, Paris: LGDJ, 2019.

<sup>26</sup> V. Ph. Delebecque, “L’attractivité’ du droit français : un mot d’ordre dépourvu de sens?”, in *Mélanges en l’honneur du professeur Laurent Aynès*, op. cit., p. 185 et seq.

<sup>27</sup> Cf. por exemplo, artigo 3 do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I); artigo 2 da Convenção da Haia de 1955 sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias; o artigo 7 da Convenção interamericana de 1994 sobre a lei aplicável aos contratos internacionais.

<sup>28</sup> Cf. por exemplo, artigo 25 do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial; artigo 5 da Convenção da Haia de 2005 sobre os acordos de eleição de foro.

<sup>29</sup> Cf. G. Cerqueira “Libre circulation des sociétés en Europe: concurrence ou convergence des modèles juridiques”, *loc. cit.*, p. 16-17.

<sup>30</sup> Cf. art. 22 do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu.

<sup>31</sup> Cf. art. 5 do Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial.

<sup>32</sup> Os argumentos econômicos são utilizados num contexto normativo e jurisprudencial de enfraquecimento da reserva. De fato, uma reforma legislativa de 2001 abriu a propriedade a terceiros através da extensão da reserva ao cônjuge sobrevivente, enquanto uma reforma legislativa de 2006, ao excluir os ascendentes, “fez da reserva a extensão post mortem da obrigação de apoio” (R. Libchaber, “Des successions en quête d’avenir”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 729-750). Logicamente, no contexto da sucessão internacional, a Corte de Cassação considerou que a reserva só poderia constituir um princípio essencial do direito francês se permitisse evitar que os herdeiros merecessem uma proteção especial por causa da sua idade, situação ou estado de saúde sem recursos (Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 27 de setembro de 2017, n.º 16-17.198 e n.º 16-13.151; Cour de cassation, *Rapport annuel* 2018, p. 161-163). Para justificar essas decisões, a Corte invoca o desenvolvimento do direito da reserva em direito interno, em particular a possibilidade, desde 2006, de um herdeiro necessário renunciar a uma eventual ação de redução, a inconstitucionalidade do *droit de prélèvement*, declarado pelo Conselho

direito francês está bastante presente nessa preconização que visa igualmente conter a fuga de grandes fortunas em direção a países que admitem a plena liberdade testamentária, como revelou a recente jurisprudência francesa nessa matéria.

Orientadas pela ideia de atratividade, as reformas nacionais na Europa tocam assim ramos tão diversos quanto o direito das sociedades, o direito das obrigações, o direito falimentar, o direito da arbitragem, o direito das garantias, o processo civil, o direito de família e das sucessões e, até mesmo, a função e a metodologia dos tribunais superiores.

Nesse contexto de reformas “atrativas”, surge um impasse reformador comparatista: buscar a originalidade ou a uniformidade?

### 2.2.2 O impasse da atratividade jurídica

A atratividade internacional das ordens jurídicas pode ser fundada sobre as propriedades específicas do direito a modernizar ou sobre o abandono dessas especificidades. Para qual direção as reformas justificadas pelo direito comparado têm apontado?

A resposta nem sempre é evidente. Ela pode mesmo variar segundo a análise diga respeito a um campo específico do direito de um país ou à sua globalidade.

Tomemos a França como exemplo, em razão de sua importância como modelo jurídico original. Se considerarmos, apenas, o direito francês de sociedades, a resposta é ambivalente: às vezes há (ou não) perda de originalidade<sup>33</sup>. Em contrapartida, considerando-se o direito francês como um todo, a resposta pode ser mais acentuada: para muitos autores, o grande vento de reformas tem afetado a especificidade do sistema jurídico, levando-o à perda de sua identidade para tornar-se competitivo à luz do direito comparado<sup>34</sup>.

Se a supressão da noção de causa do direito fran-

cês dos contratos pela reforma de 2016 ilustra perfeitamente o fenômeno, outro exemplo será aqui preferido: a reforma da redação e da motivação dos acórdãos da Corte de Cassação. A reforma dessa genuína arte judiciária francesa permite apreciar o grau de desnaturação possível de um direito em nome da atratividade internacional.

Do ponto de vista formal, os acórdãos são conhecidos por sua concisão, amparada na técnica dos *Attendus* (considerandos)<sup>35</sup>. Todavia, uma reforma em curso<sup>36</sup> conduziu à “morte dos *attendus*”<sup>37</sup> e da frase única a partir de 1º de Outubro de 2019<sup>38</sup>. Desde então, as decisões passam a conter três partes, claramente identificadas: fatos e processo, exame dos fundamentos de recurso e resposta da corte (motivação e dispositivo). Para além, as sentenças dividir-se-ão doravante em duas categorias: as que são importantes e as que não o são. Os critérios de importância são: mudança de jurisprudência, questão legal de princípio, violação de direito ou de princípio fundamental, controle de proporcionalidade, unificação da jurisprudência, desenvolvimento do direito, questão prejudicial. Apenas a primeira categoria beneficiará o

<sup>35</sup> Consideração que dá origem a um julgamento e é declarada em uma frase que começa com as palavras *Attendu que*. Cada *attendu* formula um ponto de fato ou de direito. O Vocabulário Jurídico define o *Attendu* como: “Motivo (repetitivo) de uma demanda ou de uma decisão de justiça (que tira seu nome da fórmula pela qual ele começa: “attendu que”) que, em um estilo monofrástico, tradicional (hoje em concorrência – ou em combinação com o estilo direto), é o elemento de uma série destinada a desenvolver a exposição do caso e terminada, antes do enunciado do dispositivo, pela fórmula “por esses motivos”; cada *attendu* enuncia um ponto de fato ou de direito, bem como, às vezes, as fases do processo”. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13ª ed., Paris: Puf, 2020 (*V*º *Attendu*).

<sup>36</sup> V. not. B. Louvel, “Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle”, *JCP G*, 2015, p. 1122; *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017 (disponível em: [https://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/reforme\\_cour\\_7109/](https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/)); J. Théron, “Sublimar l’essence de la Cour de cassation ? À propos du rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation – Aperçu rapide”, *JCP G*, n.º 24, 12 juin 2017, p. 1139-1142. V. ainda P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, “Révolution tranquille à la Cour de cassation”, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2061; B. Haftel, “Libres propos sur l’avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge”, *Recueil Dalloz* 2015, p.1378; *Regards d’universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, *JCP G – suppl. au n.º 1-2*, janv. 2016; F. Zenati-Castaing, “La juridictionnalisation de la Cour de cassation”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 3-2016, p. 511 *et seq.*

<sup>37</sup> V. O. Deshayes, “La mort des *attendus*”, *Revue des contrats*, 4-2018, p. 531.

<sup>38</sup> O leitor consultará utilmente os documentos relativos a esse aspecto da reforma, elaborados pela Corte e disponíveis em: [https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/reforme\\_cour\\_7109/reformes\\_mouvement\\_8181/redaction\\_decisions\\_9223/](https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reformes_mouvement_8181/redaction_decisions_9223/)

Constitucional em 2011, e o Regulamento Europeu n.º 650/2012 de 4 de Julho de 2012, que permite uma opção de lei sucessória. V. G. Cerqueira e G. Choisel, “La reserve héréditaire en droit français: vers la renonciation à un héritage romain?”, *Вестник Омского университета. Серия: Право [Mensagem da Universidade de Omsk. Série: Direito]*, vol. 17, 2020, n.º 2 (no prelo).

<sup>33</sup> G. Cerqueira “Libre circulation des sociétés en Europe: concurrence ou convergence des modèles juridiques”, *loc. cit.*, p. 15 *et seq.*

<sup>34</sup> S. Piédelièvre, “Du passé, ne faisons pas table rase”, *Recueil Dalloz* 2019, p. 1547-1548.

que se chama uma motivação desenvolvida<sup>39</sup>. As soluções não privilegiadas serão, no entanto, mencionadas, quando tiverem sido seriamente discutidas durante a deliberação, justificando as razões de sua exclusão. Em caso de alteração da jurisprudência, serão indicados os precedentes.

Ênfase foi colocada na legibilidade e na inteligibilidade dos acórdãos não apenas para satisfazer às exigências de explicação pedagógica persuasiva e de segurança jurídica, mas também para garantir uma melhor “difusão do direito francês no campo jurídico internacional”<sup>40</sup>. Espera-se, assim, pelo menos, em teoria, por termo a discussões intermináveis sobre o que a Corte quis dizer.

Haverá padronização das decisões da Corte de Cassação. Essa reforma inspirou-se na forma como as Cortes europeias redigem suas decisões, que se tornam, pouco a pouco, o modelo a respeitar. Essa preocupação com a pedagogia, tanto para os juízes de primeira instância quanto para os litigantes, é sem dúvida o prelúdio de uma reforma mais ampla, desejada por alguns, que levaria a um redirecionamento da atividade da Corte para um número menor de casos, transformando-a em uma espécie de Suprema Corte<sup>41</sup>.

Que restará da especificidade da Cassação francesa? A concisão de suas decisões tinha por vezes suas insuficiências<sup>42</sup>, porém muitas são as suas virtudes, notadamente a de constituir uma sofisticada forma de raciocínio<sup>43</sup> e servir de material altamente útil para o ensino do direito nas universidades por meio do clássico e quão temido exercício de “commentaire d’arrêt”. Algumas

decisões do século XIX e início do século XX podem ser consideradas como modelos de clareza! Sem dúvida, como afirmou recentemente um Conselheiro honorário da Corte de Cassação, “a motivação condensada não é uma motivação hermética”, assim como “a motivação breve evita a nocividade das proposições inúteis”, para concluir que, se os desafios da modernidade reclamam um motivação acessível a todos tanto em termos de linguagem quanto de raciocínio, não há como contestar a inescapável tecnicidade da lei, tampouco renunciar procedimentos abreviados que, consagrados por uma fecunda tradição, exigem, apenas, um esforço razoável mas insubstituível por parte do leitor<sup>44</sup>. Para os mais céticos, nada garante que essas virtudes se reflitam na nova redação dos acórdãos da Corte de Cassação; ao contrário, a modernidade exige, necessariamente, uniformidade<sup>45</sup>. Consequência: antes modelo, o direito francês torna-se hoje um seguidor de tendências<sup>46</sup>.

As reformas justificadas com base no direito comparado para fins de concorrência normativa conduz a uma uniformização espontânea, realizando assim uma das funções atribuídas ao direito comparado pelos pais do comparatismo moderno. Isso tem levado alguns autores, todavia, a se perguntar se o grande vento da reforma que toca o direito francês, há alguns anos, não resultaria no desaparecimento das instituições e dos regimes que faziam a especificidade do sistema jurídico daquele país<sup>47</sup>.

A respeito das ocorrências supracitadas, verifica-se que, como suporte de uma modernização do direito orientada para satisfazer o individualismo, a comparação jurídica pode revelar insuficiências estruturais das soluções almeçadas, ao passo que, voltada para justificar reformas motivadas pela política de atratividade internacional de uma dada ordem jurídica, a comparação pode levar à perda de sua identidade sem a garantia da melhoria prometida em contrapartida: estranha ambiguidade esta de buscar ser atrativo deixando de ser original!<sup>48</sup>

Para contornar tais riscos, a comparação pode exercer um outro papel.

<sup>39</sup> Sobre esse aspecto da reforma, v. G. Cerqueira, “La justiciabilité du droit souple au regard de la réforme de la Cour de cassation”, in T. Hochmann et al. (dir.), *Le contrôle juridictionnel du droit souple*, Reims : EPURE, 2017, p. 137-173.

<sup>40</sup> Cf. *Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change – Dossier de presse*. Disponível em : [https://www.courdecassation.fr/IMG//mode\\_de\\_redaction\\_01.07.19\\_v2.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//mode_de_redaction_01.07.19_v2.pdf)

<sup>41</sup> Para uma crítica contundente, v. F. Zenati-Castaing, “La juridictionnalisation de la Cour de cassation”, *loc. cit.*, p. 511 *et seq.*

<sup>42</sup> Denúncias e defesas pontuaram o curso das publicações após as primeiras críticas formuladas por R. Demogue (*Notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d’introduction au droit*, LGDJ, 1911, p. 222) e a publicação do apelo de A. Touffait e A. Tunc em 1974: “Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1974, p. 487 *et seq.* Para uma visão completa deste fenômeno doutrinário: F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d’État, Cour de cassation) – Contribution à l’étude des représentations de la justice*, préf. D. Rousseau, Paris : Dalloz, 2013.

<sup>43</sup> S. Piédelièvre, “Du passé, ne faisons pas table rase”, *loc. cit.*, p. 1548.

<sup>44</sup> J.-P. Gridel, “La motivation aux défis de la modernité – Entre le Charybde de l’hermétisme et le Scylla du bavardage”, *JCP G*, n.º 5, 2020, p. 242-249.

<sup>45</sup> S. Piédelièvre, “Du passé, ne faisons pas table rase”, *loc. cit.*, p. 1548.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 1547-1548.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 1547-1548.

<sup>48</sup> Assim, L. Usunier sobre a reforma de 2016 do direito francês dos contratos : “A contribuição do direito comparado à reforma do direito francês das obrigações”, *loc. cit.*

### 3 A comparação jurídica como ato de prudência diante das ideias de modernização

Com efeito, a comparação jurídica pode se apresentar como ato de prudência em face das ideias de modernização. Nessa perspectiva, convém, por um lado, oferecer algumas razões da prudência (3.1) e, por outro lado, esboçar o critério da prudência (3.2).

#### 3.1 Razões da prudência

No sentido aristotélico, prudência é uma virtude intelectual prática que consiste em saber julgar bem o que permanece contingente: “uma disposição prática, acompanhada de uma regra verdadeira, concernente àquilo que é bom e ruim para o homem”<sup>49</sup>.

Transposta à política legislativa, a prudência aristotélica torna-se uma virtude do legislador em adotar leis visando promover o interesse comum<sup>50</sup>. Dito de outra maneira, e na linguagem corrente, é qualidade que leva o legislador a examinar as possíveis consequências dos seus atos para evitar erros ou perigos.

Aplicadas ao direito comparado, as razões da prudência são conhecidas. Primeiramente, “*Verdade aquém dos Pirenéus, erro além*” (3.1.1). Em seguida, “*O mito do legislador estrangeiro*” (3.1.2).

##### 3.1.1 “Verdade aquém dos Pirenéus, erro além”

A conhecida assertiva de Pascal lembra que o que é uma verdade para um povo pode ser um erro para os outros<sup>51</sup>.

Essa assertiva não é estranha ao comparatista advertido. Estava presente desde o início do direito comparado moderno. Por exemplo, ao definir largamente a lei como “relações necessárias que derivam da natureza das coisas”<sup>52</sup>, Montesquieu — sem aderir ao positivis-

mo de Pascal (é direito apenas o direito positivo) ou ao universalismo abstrato do direito natural moderno — considera que as leis relacionam-se com o conjunto de fatores que formam o espírito geral de um povo: “[a]s leis devem ser tão próprias ao povo para qual elas são feitas, que é praticamente um acaso se aquelas de uma nação podem convir a uma outra”<sup>53</sup>.

A propósito, é igualmente conhecida a confrontação entre Raymond Saleilles e Edouard Lambert no final do século XIX. Ao passo que Lambert entendia o direito comparado como um instrumento de aproximação das legislações para, superando a diversidade aparente entre elas, alcançar uma *unificação* do direito graças ao fundo comum que a comparação jurídica revela, Saleilles, sem prejuízo de sua visão universalista, não prescindia das *especificidades* de cada sociedade. Com efeito, precursor da noção de harmonização, Saleilles buscava, contudo, um “direito ideal relativo”, definido como princípios comuns tidos por ‘universais’ — mas não imutáveis — que devem se adaptar às especificidades de cada sociedade. Para ele o direito comparado é um procedimento de crítica legislativa que permite “procurar, para uma dada instituição, não o que é o melhor em si, que era o próprio do direito natural, como era outrora entendido; nem mesmo o que seria, de todas as leis que a regem no estrangeiro, a melhor em termos de seus resultados, o que ainda seriam insuficientes, porque a aplicação de uma lei e os resultados que ela oferece dependem do estado social ao qual está adaptada; mas sim em que direção, de acordo com o conhecimento do direito estrangeiro, deve ser feita a orientação jurídica para um determinado estado social”<sup>54</sup>.

Essa prudência encontra-se hoje em diversos escritos comparatistas. Por exemplo, em sua homenagem a Gérard Cornu, Jean Pradel aborda as armadilhas do direito comparado<sup>55</sup>. Tomando como exemplo algumas aplicações em direito penal<sup>56</sup>, esse autor exorta o comparatista a conhecer o contexto do direito estrangeiro,

<sup>53</sup> *De l'esprit des lois*, op. cit., p. 128.

<sup>54</sup> R. Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé”, in *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: procès-verbaux des séances*, Paris: LGDJ, 1905, p. 167-189, p. 168.

<sup>55</sup> J. Pradel, “Les pièges du droit comparé”, *Écrits en hommage de Gérard Cornu*, Paris: Puf, 1994, p. 345-357.

<sup>56</sup> Para um exemplo em direito constitucional, v. P. Gelard, “Quelques conseils au constitutionnaliste de droit comparé”, *Mélanges en l'honneur de L. Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris: Dalloz, 2007, p. 705-711.

<sup>49</sup> Aristote, *Éthique à Nicomaque*, VI, 5, 1140b5.

<sup>50</sup> E como afirmou mui pertinentemente Marc Ancel em 1960, a noção de política legislativa pode ser entendida em sentido largo de sorte que ela não visa apenas o legislador mas também aqueles que são chamados a explicar a lei ou a aplicá-la: o juiz e o administrador (“Politique législative et Droit comparé”, *loc. cit.*, p. 18).

<sup>51</sup> “Plaisante justice qu’une rivière borne ! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au-delà” : *Les pensées de Pascal*, op. cit., p. 70.

<sup>52</sup> *De l'esprit des lois*, Livre I, chapitre 1, op. cit., p. 123.

notadamente os dados sociológicos — natureza e influência —, para evitar erros de compreensão dos termos e do conteúdo das regras estrangeiras estudadas e garantir assim uma comparação útil<sup>57</sup>. Para o autor, “o direito insere-se em uma cultura e é aplicado em função desta cultura. É dizer toda a importância do contexto para neutralizar as armadilhas do direito penal comparado”.

O estudo do contexto para entender o texto será tanto mais importante quando a comparação tende a inspirar a modernização de um dado direito. Outra não é a advertência de Marc Ancel, que reclama do comparatista mais atenção à política legislativa do sistema estudado — o que teria faltado tanto à doutrina científica do comparatismo francês do início do Século XX, representada por R. Saleilles, E. Lambert e H. Lévy-Ullmann, quanto à nova Escola comparatista que lhe sucedera — a fim de não tomar como um dado definitivo soluções de uma legislação eminentemente móvel. Espelho de uma sociedade, a política legislativa responde de maneira diferente a problemas às vezes idênticos a muitas sociedades<sup>58</sup>. Por conseguinte, a pesquisa comparativa, com fins de preparação de uma nova orientação da política legislativa de um país, permitirá estabelecer direções ainda mais precisas quando a análise for “além do texto estrangeiro” e captar “a corrente legislativa” que suscitou as direções privilegiadas no estrangeiro e recolocar estas últimas no contexto político-social onde se integram. Isso evitará, conclui o autor, tanto “modismos precipitados como objeções não razoáveis”<sup>59</sup>.

Apesar desse apelo razoável à prudência, quantas não são as ocorrências em que comissões parlamentares e jurisdições superiores se contentam de sínteses comparativas preparadas apressadamente, muitas vezes apresentadas de modo quase-impressionista, do direito daquele ou daquele outro país, escolhidas a contento para amparar as orientações — seguidamente ideológicas — preconizadas?<sup>60</sup>

A questão não é anódina. Ela revela aquilo que Jean Carbonnier viria a alcinhar de “o mito do legislador estrangeiro”.

### 3.1.2 “O mito do legislador estrangeiro”

Em seus *Ensaio sobre as leis* de 1979<sup>61</sup>, o precursor da sociologia jurídica na França evoca o *mito do legislador estrangeiro* para precaver o legislador reformador. Para Carbonnier, o comparatista vulgarizado — por oposição ao comparatista erudito —, alimenta-se, em particular, dos paralelos estabelecidos pelos meios de comunicação social do tipo “o acionista americano é melhor protegido do que os franceses” ou que “a evasão fiscal é impossível em todo o lado exceto aqui”: “[e]m uma época na qual a hiperintervenção legislativa não assusta mais, há uma *lege ferenda* na menor reportagem”<sup>62</sup>. Ainda para Carbonnier, “[n]as mãos de um governo — ou também da sua oposição —, a invocação da legislação comparada é, muitas vezes, apenas um instrumento de propaganda. Estatísticas fragmentadas, isoladas e não interpretadas; uma sociologia do turismo: uma psicologia pela impressão — é tudo o que é preciso para creditar os milagres do modelo distante que se quer promover. Apenas resta à opinião pública seguir”<sup>63</sup>.

Para o juriconsulto francês, trata-se de um fenômeno de influência dentre muitos outros estudados pelos psicólogos, dotado porém de originalidade: “[a]o invés de ser geralmente influenciado pela comunicação imediata, um-a-um, ele é construído sobre um padrão triangular: a persuasão não se exerce pelo próprio exemplo do persuasor, mas recorrendo ao exemplo de outros”<sup>64</sup>. Assim, explica Carbonnier, “[e]specialistas em publicidade descreveram essa técnica testemunhal, onde o creme dental é recomendado pelo uso alegado por celebridades com dentes brilhantes. Como é possível, pergunta por vezes o leigo, que terceiros tenham uma autoridade que se tenha recusado a conceder-se à outra parte? É

<sup>57</sup> Para um esforço dessa natureza relativo ao exercício comparativo franco-brasileiro, v. G. Cerqueira, “Les données fondamentales pour la comparaison juridique en droit privé”, in G. Cerqueira et alii. (dir.), *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, Paris: L’Harmattan, 2010, p. 67-149.

<sup>58</sup> M. Ancel, “Politique législative et Droit comparé”, *loc. cit.*, p. 15.

<sup>59</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>60</sup> Cf. *Idem*, p. 19. Para exemplos relativos à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, v. a pertinente e corajosa análise crítica de C. Bastide Horbach “O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira”, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 193-210. Para um

exemplo marcante de compreensão insuficiente do direito importado para fins de modernização, v. N. Nord, “A comparação jurídica: maneira privilegiada e contestada da modernização do direito na China”, in G. Cerqueira e C. Lima Marques (dir.), *A função modernizadora do direito comparado – 250 anos da Lei de Boa Razão*, São Paulo: YK Ediora, 2020 (no prelo).

<sup>61</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris: Defrénois, 1979, p. 117-122.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 121.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 121-122.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 122.

que o terceiro, precisamente, presume-se ser imparcial, estranho ao debate sórdido de interesses que é o contrato; daí, por hipótese, os terceiros são como deuses. Ora, há nações nos mercados comerciais que são estrelas coletivas: o rótulo suíço é uma promessa de duração, a promessa japonesa de um preço modesto etc.”<sup>65</sup>

E o mesmo se aplica aos mercados legislativos, adverte Carbonnier, tomando o autor de *Do Espírito das leis* como exemplo: “[q]uando Montesquieu quis vender uma constituição nos salões de Paris, não se enganou ao procurar uma referência na Inglaterra”. E conclui: “querem liberalizar seu direito de família hoje? Tragam modelos suecos...”<sup>66</sup>

Em um contexto de política legislativa marcado pelo imperativo da atratividade internacional, o fenômeno descrito por Carbonnier acentua-se, provocando importante reação na doutrina: “o direito não deve ser o reflexo da moda ou de uma moda”<sup>67</sup>.

A prudência aqui é decisiva porque o modismo comparatista pode implicar a importação não apenas de regras, mas de verdadeiras correntes legislativas estrangeiras ou internacionais em países de estrutura por vezes profundamente diferentes, ainda que confrontados a problemas sociais e humanos semelhantes. Qual a garantia de uma recepção bem sucedida? Essa pergunta é ainda mais importante porquanto modelos jurídicos — logo, de sociedade — circulam hoje em muitos países sem que se instaure um verdadeiro debate preliminar na sociedade sobre a pertinência e oportunidade de sua recepção.

Valiosa, assim, a lição de Carbonnier: o direito é um material frágil; como o vidro, ele quebra no transporte internacional.

Prudência, pois, para evitar que o vidro se quebre. Porém, segundo qual critério?

### 3.2 Critério da prudência

A busca pelo critério da prudência reclama, primeiramente, identificar o que desestabiliza o direito confrontado à questão de sua modernização. Trata-se do fator do critério. Em nossa perspectiva, esse fator é o

progressismo (3.2.1). Em seguida, convém indicar o critério da prudência. Em face da deriva progressista, o conservadorismo poderia emergir como critério (3.2.2).

#### 3.2.1 O fator do critério: o progressismo

O que desestabiliza o direito a modernizar pode ser identificado a partir da perspectiva progressista que subjaz à noção de modernização.

Como afirma Rémy Libchaber, “o postulado progressista caracteriza-se por tomar partido sempre a favor das ‘novidades’. Essa concepção estima que a sociedade apenas será verdadeiramente humana quando desvinculada de todas as amarras de nosso passado natural. A antiga ordem deve necessariamente ser suprimida em seus últimos vestígios uma vez que ela encarna o passado e não o presente que está em vias de transformação para o futuro. O progressismo pecaria assim por uma espécie de confiança ingênua no progresso [...]”<sup>68</sup>.

Para essa retórica, explica, ainda, o civilista, “o essencial está em torno do binômio desconstrução-reconstrução. Importa desmontar as heranças do passado para mostrar que elas são intrinsecamente desprovidas de necessidade. Aquilo que é tomado como um dado natural seria apenas o resultado de uma construção histórica, logo, cultural. Dessa forma, qualquer ideia que tenha por base uma tradição poderá ser desconstruída para ser reformulada de maneira a corresponder aos anseios atuais. A crítica aos elementos tradicionais justifica a adoção de uma solução substitutiva, pouco importa qual seja, com o benefício adicional de não ter que provar seus méritos”<sup>69</sup>. Por conseguinte, “[a nova solução] se impõe diante de uma tradição que tem sido duplamente questionada como contingente e injusta”<sup>70</sup>.

Pode o direito, contudo, deixar-se guiar pela fascinação do progresso e principalmente por princípios igualitaristas, a exemplo, na França, do casamento entre pessoas do mesmo sexo?

Em uma época na qual o progressismo é a base ideológica de pretensões individualistas, cujo grande devedor jurídico — sem que o saiba ou que tenha aceito a dívida — é a sociedade, torna-se preciosa a advertência de Pascal que convém reproduzir novamente: “[s]obre

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>67</sup> P. Delebecque, “L’attractivité’ du droit français : un mot d’ordre dépourvu de sens?”, *loc. cit.*, p. 193.

<sup>68</sup> R. Libchaber, “L’ouverture de l’assistance médicale à la procréation à toutes les femmes”, *loc. cit.*, p. 1881.

<sup>69</sup> *Idem.*

<sup>70</sup> *Ibid.*

qual base (o homem) fundará a economia do mundo que ele quer governar? Sobre o capricho de cada indivíduo? Que confusão!”<sup>71</sup>

Para evitá-la por ocasião do recurso ao argumento comparatista para a modernização ideológica de soluções perenizadas pela experiência humana, um critério de prudência é proposto.

### 3.2.2 O critério proposto: o conservadorismo

Com efeito, a verdadeira prudência é aquele que não impede o enriquecimento do direito pela comparação jurídica, mas que opera tão somente uma abordagem crítica do argumento comparativo no debate sobre a modernização do direito de um país ou de um conjunto de países.

Esse critério poderia ser o *conservadorismo*. Para além das interpretações errôneas dessa noção<sup>72</sup>, a perspectiva conservadora não recusa a inovação, o progresso. Questiona, porém, suas vantagens e desvantagens admitindo como ponto de partida que a herança do passado possui uma consistência própria<sup>73</sup>. É, portanto, um método fundado na razão e não uma matriz ideológica, dotada de conteúdo próprio, abstrato, intransigente e imutável.

Ele opõe-se, com inteligência, à tragédia descrita por Raymond Aron: “é procurando substituir uma ordem teoricamente racional trabalhada por séculos que o homem de razão abstrata arruína aquilo que ele deveria conservar e tiraniza aqueles que ele aspira a liberar”<sup>74</sup>. Complementando essa premissa, Rémy Libchaber argumenta que o “conservador é aquele que leva a sério essa racionalidade ‘trabalhada por séculos’ para obrigar os defensores do progresso, como aqueles do *statu quo* [os reacionários], a fazer um balanço antecipado da inovação: a situação futura seria melhor que a situação que vivemos hoje ao preço de que riscos previsíveis?”<sup>75</sup>

Portanto, o “conservadorismo não é de maneira alguma uma nostalgia, uma vez que tem suas bases total-

mente no presente e que um de seus fortes argumentos é de perpetuar o melhor da tradição para as reformas que podem ser necessárias”<sup>76</sup>. Em outros termos, conclui Libchaber “só devemos afastar-nos da tradição quando os desenvolvimentos defendidos têm méritos individuais e coletivos que podem ser seriamente apreciados e, portanto, superioridade sobre a situação que herdamos. A estabilidade do passado nos ajuda a resistir a um pretensão sentido da história que nos seria imposto sem que pudéssemos a ele resistir”<sup>77</sup>.

Logo, o que propomos com base nessa perspectiva metodológica é o recurso prudente ao direito estrangeiro para fundamentar reformas jurídicas e políticas legislativas e jurisprudenciais. Essa prudência reclama que seja integrada a racionalidade das soluções e das tradições jurídicas na pauta modernizadora. Isso permitiria temperar os anseios e questionar criticamente as premissas progressistas.

Assim, voltando à nossa ilustração inicial, o problema das formas de casamento aceitáveis ou não pela sociedade, suscita, antes de tudo, a questão da função do direito. Longamente concebido como a *arte do bom e do justo*<sup>78</sup>, o direito parece hoje reduzido a uma mera técnica de enquadramento voluntarista das relações sociais e obrigado a evoluir segundo vontades particulares — quando não egoísticas — de seus protagonistas. Em nossa opinião, a problemática complexa e antiga da definição do direito e sua íntima relação com a proteção do interesse comum deveriam estar no centro das reflexões e dos debates político-jurídicos. Nessa perspectiva, legisladores, juízes e juristas reformistas deveriam se interessar não apenas à eficiência das regras diante dos anseios do tempo, mas também aos seus fundamentos — sobretudo morais —, às suas finalidades e às suas implicações.

Que a comparação jurídica chamada à modernização

<sup>71</sup> *Les pensées de Pascal, op. cit.*, p. 70.

<sup>72</sup> Para conhecer as múltiplas expressões do conservadorismo, v. *Le dictionnaire du conservatisme*, Ch. Boutin, F. Rouvillois, O. Dard (dir.), Paris: Cerf, 2017.

<sup>73</sup> R. Libchaber, “L’ouverture de l’assistance médicale à la procréation à toutes les femmes”, *loc. cit.*, p. 1882.

<sup>74</sup> R. Aron, *Essai sur les libertés*, Paris: Pluriel, 1976, p. 75. *Apud* R. Libchaber, *loc. cit.*, p. 1882.

<sup>75</sup> R. Libchaber, “L’ouverture de l’assistance médicale à la procréation à toutes les femmes”, *loc. cit.*, p. 1882.

<sup>76</sup> J.-P. Vicente, *Qu’est-ce que le conservatisme ? Histoire intellectuelle d’une idée politique*, Paris: Les Belles Lettres, 2016, p. 23. *Apud* R. Libchaber, *loc. cit.*, p. 1882.

<sup>77</sup> R. Libchaber, “L’ouverture de l’assistance médicale à la procréation à toutes les femmes” *loc. cit.*, p. 1882.

<sup>78</sup> *Dig. 1.1.1.pr.* — Ulpiano: “quem deseja aplicar-se ao estudo do direito deve, primeiro que tudo, conhecer de onde deriva essa denominação. É assim chamado de “justiça”; pois como muito bem define Celso, o direito é a arte do bom e do justo”. *Digesto ou Pandectas do Impedador Justiniano*, tradução brasileira por Manoel da Cunha Lopes e Vasconcelos, revista e completada por E. Marchi, B. Queiroz der Moraes e D. Martins Rodrigues, vol. I, São Paulo: YK Editora, 2017, p. 62.

do direito siga, pois, a boa razão. Aquela conforme ao bem comum de uma Nação, definido de maneira civilizada, dentro de um amplo diálogo respeitoso e construtivo entre não apenas os que aspiram a mudanças, mas entre estes e aqueles que, sem se oporem peremptoriamente à evolução do direito, agem com prudência em vistas aos seus fundamentos e às suas consequências.

## Referências

- I. Aguilar Vieira, “A atualidade do direito comparado ou o direito comparado no fio do tempo”, in I. Aguilar Vieira (org.), *Estudos de direito comparado e de direito internacional privado (tomos I e II)*, prefácio A. Wald, Curitiba: Juruá, 2011, p. 279-320.
- \_\_\_\_\_. e G. Cerqueira, “L’influence du Code de commerce français au Brésil (Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807)”, *Revue internationale de droit comparé*, 1-2007, p. 27-77.
- M. Ancel, “Politique législative et Droit comparé”, *Mélanges Maury*, t. II, Paris: Dalloz-Sirey, 1960, p. 9-23.
- Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris: Flammarion, 2007.
- R. Aron, *Essai sur les libertés*, Paris: Pluriel, 1976.
- J. du Bois Gaudusson e F. Ferrand (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Aix-en-Provence: PUAM, 2008.
- Ch. Boutin, F. Rouillois, O. Dard (dir.), *Le dictionnaire du conservatisme*, Paris: Cerf, 2017.
- J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris: Defrénois, 1979.
- G. Cerqueira, “La justiciabilité du droit souple au regard de la réforme de la Cour de cassation”, in T. Hochmann et alii (dir.), *Le contrôle juridictionnel du droit souple*, Reims: EPURE, 2017, p. 137-173.
- \_\_\_\_\_. “Libre circulation des sociétés en Europe: concurrence ou convergence des modèles juridiques”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1-2014, p. 7-38.
- \_\_\_\_\_. “Les données fondamentales pour la comparaison juridique en droit privé”, in G. Cerqueira et alii. (dir.), *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, Paris: L’Harmattan, 2010, p. 67-149.
- \_\_\_\_\_. e C. Lima Marques, *A função modernizadora do direito comparado – 250 anos da Lei da Boa Razão*, São Paulo: YK Editora, 2020 (no Prelo).
- \_\_\_\_\_. e G. Choisel, “La reserve héréditaire en droit français: vers la renonciation à un héritage romain?”, *Вестник Омского университета. Серия: Право [Mensagem da Universidade de Omsk. Série: Direito]*, vol. 17, 2020, n.º 1 (no prelo).
- G. Choisel, “D’un changement de définition à un droit en attente de reconstruction. Réflexions sur l’étendue des conséquences juridiques de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 3-2015, p. 505-516 (reproduzido em língua portuguesa na *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 11 (2017), p. 299 et seq., tradução de I. de Aguilar Vieira).
- G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13ª ed., Paris: Puf, 2020.
- J. H. Correia Telles, *Commentario crítico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de agosto de 1769*, Lisboa: Typografia de N. P. de Lacerda, 1824.
- Cour de cassation, *Rapport annuel* 2018.
- Ph. Delebecque, “L’attractivité’ du droit français : un mot d’ordre dépourvu de sens?”, in *Mélanges en l’honneur du professeur Laurent Aynès*, Paris: LGDJ, 2019, p. 185 et seq.
- R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d’introduction au droit*, LGDJ, 1911.
- O. Deshayes et alii, *Réforme du droit des contrats, du régime general et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018.
- \_\_\_\_\_. “La mort des attendus”, *Revue des contrats*, 4-2018, p. 531.
- Digesto ou Pandectas do Impedador Justiniano*, tradução brasileira por Manoel da Cunha Lopes e Vasconcelos, revista e completada por E. Marchi, B. Queiroz der Moraes e D. Martins Rodrigues, vol. I, São Paulo: YK Editora, 2017.
- M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013.
- B. Fauvarque-Cosson, “Deux Siècles d’évolution du droit comparé”, *Revue internationale de droit comparé*, 3-2011, p. 527-540.
- \_\_\_\_\_. L’impossibilité d’une gestation pour autrui ‘éthique’”, in *Archives de Philosophie du Droit – La famille en mutation*, t. 57, 2014, p. 465-484.

- M. A. Frison-Roche, “Une famille à sa main”, *Archives de Philosophie du Droit – La famille en mutation*, t. 57, 2014, p. 249-265.
- P. Gelard, “Quelques conseils au constitutionnaliste de droit comparé”, *Mélanges en l’honneur de L. Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris: Dalloz, 2007, p. 705-711.
- J.-P. Gridel, “La motivation aux défis de la modernité – Entre le Charybde de l’hermetisme et le Scylla du bavardage”, *JCP G*, n.º 5, 2020, p. 242-249.
- B. Haftel, “Libres propos sur l’avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge”, *Recueil Dalloz* 2015, p.1378.
- S. Harnay et J.-S. Bergé, “Concurrence entre règles juridiques et construction européenne : à propos de l’analyse économique du droit”, *Etudes en l’honneur du professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, p. 15-25.
- \_\_\_\_\_. “Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen”, *Revue internationale de droit économique*, 2-2011, t. XXV, p. 165-192.
- P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, “Révolution tranquille à la Cour de cassation”, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2061.
- Ch. Larroumet, “Le mythe de l’attractivité du droit civil français”, in *Liberté, justice, autorité. Mélanges en l’honneur du professeur Laurent Aynès*, Paris: LGDJ, 2019.
- Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? Cours général de droit international privé*, RCADI, t. 387 (2017).
- \_\_\_\_\_. “L’ouverture du mariage aux personnes de même sexe : clarification et réflexions”, in D. Mazeaud et Y. Lequette (dir.), *L’ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 13 et seq.
- Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change – Dossier de presse*. Disponible em : [https://www.courdecassation.fr/IMG//mode\\_de\\_redaction\\_01.07.19\\_v2.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//mode_de_redaction_01.07.19_v2.pdf)
- Les pensées de Pascal*, reproduites d’après le texte autographe, disposées selon le plan primitif et suivies des Opuscules / édition philosophique et critique, enrichie de notes et précédée d’un Essai sur l’apologétique de Pascal, par A. Guthlin, Paris: P. Lethielleux, 1896.
- R. Libchaber, “L’ouverture de l’assistance médicale à la procréation à toutes les femmes”, *Recueil Dalloz* 2018, n.º 34, p. 1875-1883.
- \_\_\_\_\_. “Des successions en quête d’avenir”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 729-750.
- B. Louvel, “Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle”, *JCP G*, 2015, p. 1122.
- F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d’État, Cour de cassation) – Contribution à l’étude des représentations de la justice*, préf. D. Rousseau, Paris: Dalloz, 2013.
- Montesquieu (Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu), *De l’esprit des lois*, t. 1, présentation par V. Goldschmidt, Paris: GF Flammarion, 1979.
- H. Muir Watt, “Concurrence d’ordres juridiques et conflit de lois de droit privé”, *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 615-633.
- S. Piédelièvre, “Du passé, ne faisons pas table rase”, *Recueil Dalloz* 2019, p. 1547-1548.
- J. Pradel, “Les pièges du droit comparé”, *Écrits en hommage de Gérard Cornu*, Paris: Puf, 1994, p. 345-357.
- Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe – Étude d’impact, novembre 2012*, disponible em: [http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344-ei.asp#P445\\_49423](http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344-ei.asp#P445_49423) (consultado em 7 de julho de 2019).
- Regards d’universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, *JCP G – suppl.* au n.º 1-2, janv. 2016.
- Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (JORF n.º 0035, 11 février 2016, texte n.º 25).
- Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017, disponible em: [https://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/reforme\\_cour\\_7109/](https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/)
- R. Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé”, in *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: procès-verbaux des séances*, Paris: LGDJ, 1905, p. 167-189, p. 168.
- R. Sefton-Green et L. Usunier (dir.), *La concurrence normative, Mythes et réalités*, Paris: Société de législation comparée, 2013.
- J.-L. Souriou, “Notule sur le droit comparé dans les travaux préparatoires du Code civil des Français”, in *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris: Société

de législation comparée, 2005, p. 159-163.

J. Théron, “Sublimer l’essence de la Cour de cassation ? À propos du rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation – Aperçu rapide”, *JCP G*, n.º 24, 12 juin 2017, p. 1139-1142.

A. Touffait e A. Tunc, “Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1974.

L. Usunier, “A contribuição do direito comparado à reforma do direito francês das obrigações”, in G. Cerqueira e C. Lima Marques (dir.), *A função modernizadora do direito comparado – 250 anos da Lei de Boa Razão*, São Paulo: YK Editora, 2020 (no prelo).

\_\_\_\_\_. “L’attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d’une chimère”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2-2017, p. 343-349.

J.-P. Vicente, *Qu’est-ce que le conservatisme ? Histoire intellectuelle d’une idée politique*, Paris: Les Belles Lettres, 2016.

F. Zenati-Castaing, “La juridictionnalisation de la Cour de cassation”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 3-2016, p. 511 *et seq.*

## Decisões

Corte de Cassação francesa, 1ª Câmara civil (Cass. 1<sup>re</sup> Civ.), 13 de março de 2007, n.º 05-16.627.

Corte de Cassação francesa, 1ª Câmara civil (Cass. 1<sup>re</sup> Civ.), 27 de setembro de 2017, n.º 16-17.198 e n.º 16-13.151

Corte Europeia de Direito Humanos (CEDH), 24 de junho de 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n.º 30141/04.

Conselho Constitucional francês (Cons. const.), 28 de janeiro de 2011, Decisão 2010-92 QPC.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O direito comparado:** esforço de resgate historiográfico e de problemas metodológicos

**Comparative law:** an effort of an historiographical rescue and methodological issues

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Gustavo Ferreira Ribeiro

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# O direito comparado: esforço de resgate historiográfico e de problemas metodológicos\*

## Comparative law: an effort of an historiographical rescue and methodological issues

\* Recebido em 07/10/2019  
Aprovado em 21/06/2020

\*\* Livre docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Professor Visitante na Faculdade Nacional de Direito de Nova Delhi (Índia), na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia-Berkeley, na Universidade de Pretória (África do Sul) e no Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu- Frankfurt (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS, em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB e em História do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. MBA em Direito Comunitário Europeu pela Fundação Getúlio Vargas e pela Escola de Administração Fazendária- Brasília. Pós-graduação em Filosofia e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Consultor-Geral da União (fevereiro de 2011 a junho de 2015). Procurador da Fazenda Nacional (concurso de 1993). Procurador-Geral Adjunto na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (outubro de 2015 a janeiro de 2016). Email: arnaldo.godoy@ceub.edu.br

\*\*\* Professor do UniCEUB (Brasília), com foco em Comércio Internacional, Regulação dos Investimentos Estrangeiros, Conflito de Leis no Espaço/DIPr e Análise Econômica do Direito (como método). Obteve seu doutorado pleno em Direito pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA), como bolsista do programa CAPES/FULBRIGHT (revalidado UFSC, 2010). Mestre em Direito (UFSC, 2004). Bacharel em Direito (UFMG, 2002) e Ciência da Computação (UFMG, 1996). Desempenha atualmente o cargo de coordenador de acesso a mercado da Apex-Brasil. Atuou como Consultor-Sênior UNODC (2013-14), em Cooperação Jurídica Internacional junto ao MJ; Consultor-Sênior UNDP (2012), em Promoção Comercial junto ao MRE; Diretor (2010-2011) do Departamento de Normas e Competitividade em Comércio Exterior e Coordenador-Geral de Organismos Internacionais (2010) no MDIC. Email: gustavo.ribeiro@ceub.edu.br

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy\*

Gustavo Ferreira Ribeiro\*\*\*

### Resumo

O direito comparado suscita a indagação, cuja resposta se encontra em aberto, se se trata de uma disciplina ou de uma metodologia. Este ensaio sustenta que essa querela é irrelevante. O ensaio tem como metodologia, quanto à abordagem, o resgate historiográfico, e, quanto ao procedimento, a pesquisa bibliográfica. Para que seja demonstrada a hipótese, o ensaio sintetiza várias contribuições teóricas e referenciais do direito comparado. Perpassam-se seus pais fundadores, autores do século XX, bem como suas discussões mais recorrentes. Como resultado da pesquisa, salienta-se que o direito comparado enfrenta problemas práticos e operacionais merecedores, por si só, de atenção. São exemplos dessas questões, o problema das traduções dos conceitos jurídicos, das grandes famílias jurídicas, as transposições de modelos e, principalmente, o problema das fontes.

**Palavras-chave:** Direito Comparado. Fundadores Dilemas epistemológicos. Problemas metodológicos. Rumos.

### Abstract

Comparative law raises the open-ended question whether it is a discipline or a methodology. This essay posits that this quarrel is irrelevant. Through historiographic rescue and bibliographic research, the essay synthesizes several theoretical and referential contributions of comparative law. Its founding fathers, authors of the twentieth century, as well as its most recurring discussions go through. As a result of the research, it is emphasized that comparative law faces practical and operational problems that deserve attention, in their own right, such as the problem of translations of legal concepts, scope of legal families, model transposition and, mainly, law sources. The article reveals its value, then, through the analytical survey and the affirmation of the real problems of comparative law.

**Keywords:** Comparative Law. Founding fathers. Epistemological dilemmas. Methodological problems. Directions.

# 1 Introdução

O tema do direito comparado sugere várias questões, especialmente quanto a uma definição precisa, no sentido de que se trataria de uma disciplina ou de uma metodologia. Há vários outros problemas que também podem ser colocados. Por que comparar? Quais as utilidades práticas na comparação? Haveria a possibilidade de um esperanto jurídico? Seria possível imaginarmos uma geografia do direito? Seria possível concebermos uma cartografia jurídica? Pode-se pensar o direito comparado como uma ciência do direito? Quais as diferenças entre o estudo do direito estrangeiro e o estudo do direito comparado? Que habilidades deve possuir um comparatista?

No presente artigo estas questões são exploradas, mediante a utilização de uma metodologia que consiste, quanto à abordagem, no resgate historiográfico, e, quanto ao procedimento, em levantamento bibliográfico. Formula-se uma síntese de esforços comparatistas, a partir da identificação de alguns pais fundadores do direito comparado, a exemplo de Aristóteles, Montesquieu, Max Weber, Edouard Lambert e Sumner Maine. Apresenta-se também uma recolha de autores mais recentes, a exemplo de René David, Leontin-Jean Constantinesco, Paolo Biscaretti de Ruffia, Eric Agostini, Konrad Zweigert e Hein Kötz, Roscoe Pound, Arthur von Mehren, entre outros. No presente trabalho não trataremos de autores brasileiros que se dedicaram ao assunto, a exemplo de Clóvis Beviláqua. O objetivo é um levantamento de autores da tradição comparatística no contexto de autores estrangeiros. Ao longo da apresentação desses autores vários pontos serão avaliados.

O tema do trânsito dos direitos é o pano de fundo conceitual da pesquisa, que predica seus resultados nos desajustes de várias transposições normativas. O direito transposto é um direito substancialmente modificado. Há muita semelhança entre os métodos de investigação do direito comparado e da história do direito. Como se verificará, direito comparado e história do direito aproximam-se na medida em que se legitimam pela exploração das fontes primárias. Distanciam-se, no entanto, na medida em que o direito comparado coteja modelos jurídicos no espaço geográfico, enquanto a historiografia jurídica ocupa-se da comparação no tempo histórico. Inegável que romanistas se revelam, simultaneamente, como comparatistas.

Do ponto de vista metodológico, o direito comparado centra-se na teoria das fontes, identificadoras de grandes sistemas ou famílias, a par do problema central da traduzibilidade, que decorre da inexistência de um esperanto jurídico. Não há uma língua jurídica universal. Dicionários de equivalência não esclarecem conceitos, que normativamente decorrem de idiosincrasias institucionais. Um modelo jurídico específico também pode ser identificado por suas formas pedagógicas. São esses os temas explorados, inicialmente, pela incursão na literatura dos pais fundadores do direito comparado e, na sequência, de autores do século XX.

## 2 Os pais fundadores do direito comparado

Platão (século V a. C.) estudou diferentes modelos normativos quando da composição de alguns de seus *Diálogos*, a exemplo de *As Leis*<sup>1</sup> e *A República*<sup>2</sup>. Os textos platônicos sugerem que o filósofo ateniense conhecia o direito espartano. Platão revela incontida admiração para com o totalitarismo do sistema de Esparta. É nesse sentido que Karl Popper reputava Platão (ao lado de Hegel e de Marx) como inimigo de uma sociedade aberta e democrática<sup>3</sup>.

Platão considerava a eficiência de ditaduras, em seu contexto político e histórico. Um governo dos mais fortes justificaria a concepção de que o poder deveria centralizar-se no mais sábio, no *rei filósofo*. Essas impressões decorriam de comparações que a época permitia, e a antinomia entre Atenas e Esparta, entre comércio e agricultura, entre sociedade democrática e sociedade totalitária, entre vida no litoral e vida no interior, parece ser muito ilustrativa. É uma linha de pensamento de algum modo fundadora do direito comparado.

Aristóteles (século IV a. C.) teria levantado um repertório de textos normativos que revelava os vários arranjos das cidades gregas de sua época. Na medida em que fixavam a organização das várias cidades-estados do ambiente helênico, pode-se constatar um esforço no sentido de se mapear e comparar os vários modelos.

<sup>1</sup> PLATO. *The Laws*. Londres: Penguin, 1975.

<sup>2</sup> PLATÃO. *A República*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

<sup>3</sup> POPPER, Karl. *The Open Society and its Enemies*. Londres: Routledge, 1998.

O *corpus* aristotélico, no entanto, registra tão somente o estudo feito sobre a constituição de Atenas. Os demais textos estariam perdidos. O repertório que Aristóteles teria levantado daria conta de vários regimes, e sintetizariam informações que seriam discutidas no liceu ateniense. Ao que consta, Aristóteles estudou 153 constituições que teriam regido as cidades gregas<sup>4</sup>.

A *Constituição de Atenas* é um texto que trata de vários aspectos organizacionais da cidade-estado, inclusive com referências a assuntos substancialmente normativos, no conjunto dos problemas da época<sup>5</sup>. Aristóteles discorreu sobre temas diversos, nomeadamente sobre os arcontes epônimos, sobre os meses do calendário ateniense, sobre medidas de capacidade, sobre pesos e moedas<sup>6</sup>.

Especialmente quanto ao legado de Atenas, estabeleceu padrões de referência, explorados por farta literatura secundária<sup>7</sup>, especialmente quanto a assuntos peculiares da tradição do direito ocidental, como a escravidão<sup>8</sup>. Ainda que tratando da cidade na qual vivia, Aristóteles registrou algum estranhamento e encantamento para com os institutos que descrevia. Nessa atitude de estranhamento e de encantamento tem-se o substrato intelectual das tentativas de comparação.

De tal modo, comparar é estranhar e se encantar. Heródoto (séc. V a. C.), o narrador grego que nossa cultura identifica como o *pai da História*, narrou com encantamento as experiências que presenciou em suas viagens<sup>9</sup>. Ainda que no mais das vezes exagerado e histriônico, Heródoto revelou preocupações que atormentam quem se dispõe a comparar culturas e modos de vida.

Viajantes que relataram suas andanças deram continuidade a essa tradição, que pode ser sintetizada nas narrativas (às vezes fantasiosas) de Marco Polo<sup>10</sup>. Cidades distantes, costumes desconhecidos, línguas incom-

preensíveis e sistemas jurídicos absolutamente inusitados para um europeu medieval (Polo teria nascido em 1254 e falecido em 1324) compõem as suas memórias, isto é, admitindo-se a autenticidade do autor e do relatado.

Ainda antes, os romanos teriam estudado o direito grego ao conceberem a legislação das XII tábuas. Embora dotados de sentido pragmático, em oposição à percepção mais metafísica da jurisprudência helênica, os romanos se apoderaram de soluções gregas, que teriam influenciado a composição do texto das XII tábuas. Diziam-nos velho ditado que *Graecia capta ferum victorem cepit*, isto é, que a *Grécia conquistada conquistou o selvagem vencedor*. Tem-se uma identificação da influência que o direito helênico exerceu sobre a concepção jurídica romana. Ao que consta, por volta do ano de 452 a.C. juristas romanos estiveram em Atenas para estudar o direito grego. A lei das XII tábuas resultara da expedição que, percebida com os olhos de hoje, sugere-nos um uso prático de direito comparado<sup>11</sup>.

Anuncia-se uma ciência do direito com a recepção do direito romano pelas universidades medievais, considerado como um direito culto<sup>12</sup>. A universidade medieval foi local de estudo constante de legislação comparada, a partir de tradição romanística que persistia como indicativa de direito culto e elegante. Isto é, no sentido de que o conhecimento do direito romano já consistia, de algum modo, em um estudo comparado. Currículos e métodos de estudo em Bolonha aproximavam o pensamento escolástico à tradição do direito romano<sup>13</sup>. Intuitivamente desenvolviam-se métodos e modelos de comparação, embora ainda não se identificasse disciplina, metodologia ou campo de investigação específico do que hoje se compreende como direito comparado.

Os glosadores da escola de Bolonha, a exemplo de Irnério, Acúrsio e mais tarde Bártolo de Sasoferrato foram comparatistas, na medida em que exploraram o direito antigo como um paradigma para um direito contemporâneo, metodologia retomada pela pandectística alemã do século XIX. Rudolf von Iehring, recepciona-

<sup>4</sup> DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 1.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. A Constituição de Atenas. São Paulo: HUCITEC, 1995.

<sup>6</sup> Consultar também a edição bilingue, ARISTOTE. Constitution d'Athènes., Paris: Les Belles Lettres, 1985.

<sup>7</sup> MACDOWELL, Douglas M. The Law in Classical Athens. Ithaca: Cornell University Press, 1995.

<sup>8</sup> GARNSEY, Peter. Ideas of slavery from Aristotle to Augustine. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

<sup>9</sup> HERODOTUS. The Histories. Oxford: Oxford University Press, 1998.

<sup>10</sup> POLO, Marco. The travels of Marco Polo. Hertfordshire: Wordsworth, 1997.

<sup>11</sup> BRETONE, Mario. Storia del diritto romano. Roma: Laterza, 1995.

<sup>12</sup> SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do Direito na Europa - da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>13</sup> BERMAN, Harold J. Law and Revolution. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 120.

do no Brasil por Tobias Barreto<sup>14</sup>, é dessa tradição um exemplo emblemático<sup>15</sup>.

Montesquieu sintetiza essa tradição no século XVIII. Nas *Cartas Persas* imaginou troca epistolar entre um viajante persa na França e seu correspondente que ficara na Pérsia. As informações do viajante sugerem comparações entre política, justiça e equidade, entre lugares tão diferentes e distantes a exemplo da Turquia, da Pérsia, da Holanda, da Itália, da Inglaterra e da França<sup>16</sup>.

A recepção de Montesquieu pela doutrina contemporânea centra-se principalmente no tema da tripartição dos poderes, que metodologicamente resulta de um esforço de direito comparado. Trata-se de instituição do direito público inglês, que empolgou o pensador francês. Citado doze vezes nos *Artigos Federalistas*,<sup>17</sup> Montesquieu exerceu, nesse sentido, fortíssima influência na construção do direito norte-americano. Influência essa que pode estar relacionada, igualmente, à abertura que os “pais fundadores dos Estados Unidos” poderiam ter a sistema exógenos. Liam filosofia política europeia e consideravam o Direito Romano como parte importante do sucesso do Império<sup>18</sup>. O episódio exemplifica o tema da transposição das ideias jurídicas. É tema de direito comparado, em sua perspectiva aplicada.

A estrutura da tripartição dos poderes em Montesquieu foi fixada no excerto relativo à constituição da Inglaterra, no capítulo VI, do livro décimo primeiro, da primeira parte do *Espírito das Leis*<sup>19</sup>. A um poder *legislativo* caberia a confecção das leis. A um poder *executivo* competiria o cuidado com as coisas do direito das gentes, isto é, a condução dos problemas da guerra e da paz, o que se entendia como um *executivo do Estado*. Um outro poder *executivo* castigaria os criminosos, julgando-os; são esses poderes para julgar que aproximariam esse segundo poder *executivo* do que contemporaneamente denominamos de poder *judiciário*.

Montesquieu talvez tivesse em mente apenas a defesa das liberdades individuais; quando legislativo e executivo se confundissem numa só pessoa não haveria espaço para a liberdade: leis tirânicas seriam executadas tiranicamente. Se a prerrogativa para o julgamento não fosse distinta das demais, o julgador se tornaria um legislador, exercendo poder autoritário sobre os cidadãos. Para Montesquieu a aliança entre o julgador e o *executivo* qualificaria a opressão. Isto é, tudo estaria perdido se uma mesma pessoa monopolizasse os três poderes. Para Montesquieu um príncipe despótico teria como meta a concentração os três poderes, instrumento para o uso despótico de suas prerrogativas.

Montesquieu revelou-se como comparatista tratando de vários assuntos como as leis japonesas, chinesas, romanas, dos costumes dos samnitas, da liberdade dos árabes, da servidão entre os tártaros, das várias formas de casamentos, famílias, filiação. Tratou inclusive dos inquisidores em Portugal. Montesquieu foi um determinista extremado, realçando uma teoria que vinculava a natureza de um modelo normativo à natureza climática. É a teoria dos climas<sup>20</sup>. Montesquieu também explorou as relações entre direito e religião; enunciou o paradoxo de Bayle, sustentando que era melhor ser ateu do que idólatra, isto é, que seria menos pior não seguir religião alguma do que seguir uma religião ruim<sup>21</sup>. Ao discorrer sobre as formas mais adequadas de se legislar, Montesquieu foi também um fundador da legística, ciência que tem por objeto a qualidade das leis<sup>22</sup>.

No *Espírito das Leis* Montesquieu dedicou o livro décimo terceiro para comparar modelos tributários. O referido excerto denomina-se *Das relações que a arrecadação dos tributos e a grandeza das rendas públicas têm com a liberdade*. Montesquieu comparou modelos de tributação para questionar imposições fiscais e exercício de liberdades. Investigou vários modelos tributários, evidenciando alguns equívocos que se praticavam em solo francês. Observando os vários modelos tributários que então se conhecia, desenhou quadro sintético da tributação em seu tempo, aparentemente buscando o que seria melhor para a França.

Montesquieu questionava as melhores fórmulas de tributação, adiantando-se em discussão contemporânea,

<sup>14</sup> BARRETO, Tobias. Estudos de Direito I. Rio de Janeiro: J. E. Salomon; Sergipe: Diário Oficial, 2012.

<sup>15</sup> IEHRING, Rudolf von., O Espírito do Direito Romano. Rio de Janeiro: Alba Editora, 1943.

<sup>16</sup> MONTESQUIEU. *Cartas Persas*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1960.

<sup>17</sup> O nome de Montesquieu é citado pelos federalistas nos artigos 9 (4 vezes), 43 (2 vezes), 47 (5 vezes) e 78. HAMILTON, A. et al. *Artigos Federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

<sup>18</sup> CLARK, David. Development of Comparative Law in the United States. In: REIMANN, M; ZIMMERMANN, R. (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: OUP, 2006. p. 180.

<sup>19</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>20</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 230 e ss.

<sup>21</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 466 e ss.

<sup>22</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 601 e ss.

relativa à tributação dos salários ou do consumo. As observações de Montesquieu indicavam a necessidade de se implementarem modelos simplificados de arrecadação. Montesquieu interessava-se por todos os sistemas tributários que tinha notícia e montou interessante painel que lhe possibilitava pensar o sistema fiscal francês. Cuidou também, sempre comparativamente, da isenção de tributos. Montesquieu vinculou a cobrança dos tributos à atuação do homem público em relação ao bem comum, com vários exemplos na legislação comparada. Desse modo, seu interesse pelo direito comparado indicava também forte preocupação com problemas práticos de seu tempo.

Mais tarde, na virada do século XIX para o século XX Max Weber estudou direitos orientais e teológicos de modo a idealizar sua tipologia sociológica para a compreensão da racionalidade do direito ocidental. Concebeu as tipologias identificativas do direito a partir de ensaios comparativos. A racionalidade do direito ocidental foi identificada a partir de juízos de comparação. O mandarinato e o Estado imperial chinês, a relação do confucionismo com os intelectuais, a reação do tradicionalismo em face do capitalismo, o modelo indiano, o sistema de castas e o bramanismo, foram aspectos da cultura oriental que Weber utilizou para traçar panorama do direito ocidental, que vinculava à racionalidade e à instrumentalidade que informa a ação social<sup>23</sup>.

Na Itália tem-se conjunto importante de contribuições, do napolitano Giambattista Vico (1668-1744) e do siciliano Emerico Amari (1810-1870). No caso de Vico, tem-se um esboço de reflexões em torno de um direito culto, centrado nos pontos centrais do iluminismo jurídico, sempre em busca de referenciais de racionalidade

O estudo dos vários tipos de dominação, especialmente do modelo carismático, é resultado de análise acurada das formas orientais. O próprio sentido ascético do calvinismo foi comparado com religiões mais salvacionistas e supostamente menos comprometidas com esquemas de dominação racional, a exemplo do confucionismo. O estudo de Max Weber sobre a ética calvinista na construção do direito e das instituições norte-americanas é de igual modo um importante exemplo do uso de técnicas de comparação institucional<sup>24</sup>. É

direito comparado aplicado.

Em 1831 organizou-se na França a primeira cadeira de legislação comparada. O estudo dos direitos dos outros povos foi utilizado como forma de defesa contra a volatilidade do direito, o que revela tendência do pensamento positivista, então dominante. Temia-se que palavras do legislador poderiam fazer bibliotecas desaparecer. Nesse sentido, o direito comparado também anunciava uma reação erudita contra a nacionalização do direito.

Com esse propósito organizou-se o primeiro congresso internacional para discussão do direito comparado que se tem notícia. O encontro ocorreu na França, em 1900, junto à Exposição Internacional. Edouard Lambert e Raymond Salelles são seus organizadores. O episódio vincula o direito comparado com a modernidade e com a aproximação entre os povos. É um dos argumentos pela necessidade de seu estudo, não importando se como método ou como disciplina.

O direito comparado ainda poderia ter representado reação aos direitos nacionais que se firmavam no século XIX, em desfavor de direitos locais, como reflexo do capitalismo concorrencial, do neocolonialismo e da presença europeia na África e na Ásia, na busca de mercados consumidores, de mão-de-obra barata, de matérias primas e de centros de domínio estratégico. Pode se tratar de reação refinada à negação dos pluralismos jurídicos, como pretendida pelos direitos europeus. Um profundo sentimento etnocêntrico orientava a doutrina dominante no continente europeu.

Edouard Lambert (1866-1947) protagonizou um papel central nesse movimento, consolidando o direito comparado como campo de investigação digno de nota. Organizou o mais compreensivo e abrangente texto de direito comparado, contando com a colaboração de juristas de vários lugares do mundo<sup>25</sup>. Lambert dirigiu o Instituto de Direito Comparado de Lyon, fixando as linhas gerais de temas até hoje estudados. Viveu em Lyon a partir de 1900, quando se tornou titular da cadeira de história geral do direito. Estudou o direito inglês e também se dedicou aos estudos de direito muçulmano. Pesquisou e lecionou no Egito, em 1906 e 1907.

O direito comparado, na concepção de Lambert, aproximava-se dos estudos de sociologia e de história,

<sup>23</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

<sup>24</sup> WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

<sup>25</sup> LAMBERT, Edouard. *Introduction à l'étude du droit compare*. Paris: Librairie de la Société Anonyme du Recueil Sirey, 1938.

a eles se assemelhando. Havia também muita preocupação com a etnologia jurídica, o que se reforçava com a partilha do espaço afro-asiático, por parte dos europeus. Nesse campo, Lambert se interessava pelos direitos da China, da Índia e da Alemanha medieval.

Lambert também orientou e estimulou estudos que vinculavam o direito e a religião, coordenando pesquisas que se ocuparam de monastérios no Camboja. Do ponto de vista da relação com a história, Lambert era um entusiasta do direito romano, que definia como uma referência permanente para uma história comparativa do direito. Do ponto de vista mais propriamente metodológico, Lambert liderava um grupo de comparatistas que entendia que o direito comparado como um campo de investigação causalista, que se preocupava, prioritariamente, com os motivos sociais e sociológicos da experiência jurídica<sup>26</sup>.

Entre os principais pais fundadores do direito comparado deve-se mencionar ainda Henry James Sumner Maine (1822-1898), que se notabilizou como um comparatista que centrou seus trabalhos no direito antigo<sup>27</sup>. Utilizou como exemplos institutos do direito romano, a exemplo da propriedade, do contrato e do sistema geral de delitos. A evolução da sociedade, segundo Maine, caminhava para a plena consideração e deferência para com os contratos. Em virtude de suas explorações em temas de direito antigo, Maine também é vinculado à antropologia jurídica.

Lecionou direito civil em Cambridge e na década de 1860 viveu na Índia, onde foi funcionário do sistema jurídico na então colônia. Na Índia, Maine estudou os modelos jurídicos que lá vicejavam, sempre em uma perspectiva comparada com o modelo inglês. Retornando para a Inglaterra, lecionou em Oxford, conduzindo cursos em história e filosofia do direito, também em uma perspectiva comparada.

### 3 Os sucessores comparatistas no século XX

René David (1906-1990) desponta como a mais recorrente referência em direito comparado ao longo do

século XX. Concebeu metodologicamente grupos de famílias jurídicas, que dividiu em famílias de *common law*, de origem romano-germânica, bem como centradas em concepções religiosas, a exemplo do direito muçulmano, do direito da Índia e dos direitos do extremo-orient (China e Japão); discutiu também uma família que denominou de direitos socialistas<sup>28</sup>.

René David foi um importante sistematizador do *common law*, para o leitor e estudioso que vive no contexto de outros sistemas normativos<sup>29</sup>. Na síntese de René David, o *common law* origina-se das decisões dos juizes ingleses da alta idade média, desenvolvendo-se sistematicamente a partir do século XVII. Também é conhecido por mostrar-se como um *direito não escrito*. Sua origem judicial frequentemente o opõe ao direito da tradição escrita e estatutária que informa os modelos do continente europeu.

O *common law* nasceu na Inglaterra e desenvolveu-se em outros lugares marcados pela presença inglesa, nomeadamente nos Estados Unidos (embora no estado da Luisiana conviva com a tradição codificada francesa), no Canadá (em que pese conviver com a linhagem francesa que triunfou no Quebec), na Austrália, na Nova Zelândia, na Índia e em alguns modelos africanos, como decorrência da ocupação imperialista do século XIX.

A expressão *common law* designa, originariamente, um *direito comum* inglês, a contrário de costumes e tradições localizadas. Juizes ligados ao rei outorgavam a justiça pelo país, com comportamento de estrito respeito ao precedente e com uso de discricionariedade na eventualidade da inexistência desse último. A presença dos juizes representantes do rei junto às comunidades era mecanismo de exercício do poder real, em detrimento de autoridades feudais que proliferam ao longo da ilha. O *common law* consiste no mais antigo direito nacional conhecido na Europa.

O sistema contava com instância mais alta, marcada pela presença do chanceler do rei, que em nome da autoridade real concedia ordens, chamadas de *writs*, que eram enviadas aos agentes locais do soberano, que as implementavam. Ao longo dos séculos XIV e XV o *common law* tornou-se demasiadamente técnico, marcado pela influência do jargão francês (como reflexo

<sup>26</sup> LAMBERT, Edouard. Introduction a l'étude du droit comparé. Paris: Librairie de la Société Anonyme du Recueil Sirey, 1938. p. 314.

<sup>27</sup> MAINE, H. Sumner. Ancient Law. Sem indicação de local: Kessinger Publishing Rare Reprints, s.d.

<sup>28</sup> DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>29</sup> DAVID, René. O Direito Inglês. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

do domínio francês na ilha à época dos normandos). A rigidez e modo rotineiro como o judiciário trabalhava não mais resolviam os problemas que o desenvolvimento das atividades mercantis colocava na Inglaterra. Procurou-se nova intervenção do rei, o que propiciou o desenvolvimento de outro modelo que se desenvolveu concomitantemente ao *common law*, e que a doutrina de expressão inglesa chama de *equity*.

O *common law* é responsável por institutos típicos do direito anglo-saxão, a exemplo de *chattels* (propriedade pessoal), *mortmain* (o direito de mão-morta, expressão do francês jurídico medieval, e que identifica imunidade de propriedades eclesiásticas), entre tantos outros. Trata-se de concepção instrumental do direito, que tem por objetivo prioritário propiciar oxigênio à vida negocial. O tribunal do júri é típico instituto do *common law*, desenhado como meio direto de avaliação de provas. Transportado para os Estados Unidos, ao lado de tradição bíblica de forte conteúdo calvinista, o *common law* propiciou a realização da terra prometida da liberdade religiosa em nome da restrição da própria liberdade de crença.

De acordo com René David, não se pode confundir o adjetivo *common* que se antepõe ao substantivo *law*, com a ideia de direito comum a todas as pessoas e classes sociais. É comum, em seu sentido originário, porque era utilizado de forma geral, em toda a Inglaterra, como expressão de poder soberano que se opunha aos poderes locais, representados pelos senhores feudais. Outra peculiaridade do *common law*, especialmente em solo inglês, é o fato de que seus contornos iniciais de natureza prática, de modo que foi um direito ordinariamente pensado fora do âmbito acadêmico. Afinal, segundo René David, “*nunca se exigiu, na Inglaterra, que juízes ou advogados tivessem título universitário*”<sup>30</sup>.

René David tratou também do sistema romano-germânico, com foco em seu vínculo com o direito romano<sup>31</sup>. Esse modelo acompanhou a história de Roma e distinguiu-se ao longo das várias formatações políticas pelas quais passou a chamada *cidade eterna*. Alcançou a idade média e no ocidente ganhou a universidade, tornando-se um direito marcadamente culto. Associa-se aos direitos locais e informa um direito de comer-

ciantes, a *lex mercatoria*. No oriente foi de certa forma codificado por Justiniano, que no século VI d.C. teria encetado trabalho de recopilação que será base para das leituras romanísticas posteriores. Ressurgiu no romantismo, fascina alemães e franceses, estrutura as codificações modernas, associa-se ao raciocínio positivista e persiste rejuvenescido em vários locais do mundo, da França ao Brasil, do Japão à Argentina<sup>32</sup>.

René David de igual modo estimula o estudo do direito islâmico. Suas reflexões em torno das bases imutáveis do direito islâmico, e seu fundo teológico, são centrais<sup>33</sup>. Acompanha o muçulmano independentemente da topografia do poder secular. Não se trata de direito de feição política, limitado a um grupo que vive sob mesma autoridade civil. Porque se pulveriza em vários países, dispersos pelo Oriente Médio, Norte da África, Ásia, o direito islâmico propicia pluralismos jurídicos. Pode variar, embora a *Sharia* seja seu ponto nuclear comum.

O direito islâmico radica na cultura de povo que habitava a península oeste da Ásia Meridional<sup>34</sup>. A partir do século VII essa região presenciou o surgimento do islamismo. A Arábia pré-islâmica ainda não era unificada, possuía religião politeísta, tendo a Caaba (em Meca) como templo sagrado. Os habitantes da região dedicavam-se ao comércio externo de especiarias. Havia relações comerciais internas entre os beduínos do deserto e os habitantes dos centros urbanos, como Meca e Iatreb. A unificação política deu-se simultaneamente à unificação religiosa, empreendida sob a liderança do profeta Maomé. Concebeu-se religião sincrética, fatalista e monoteísta, consubstanciada no Alcorão. Após a unificação, conheceu-se rápido processo de expansão.

O direito islâmico decorre da religião pregada pelo profeta Maomé. Centra-se no conceito de *Sharia*, que prescreve ao crente o que pode e o que não pode ser feito. Complementa-se pelo *Fiqh*, que aponta caminhos a serem tomados, a partir das prescrições da *Sharia*. Essa última, literalmente, indica o *caminho para onde a água corre*, ou *a senda para ser seguida*. Trata-se do direito islâmico

<sup>32</sup> DAVID, René. *Le Droit Comparé- droits d’hier, droits de demain*. Paris: Economica, 1982.

<sup>33</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 511-544.

<sup>34</sup> Veja-se também: BAKHTIAR, Laleh. *Encyclopedia of Islamic Law*. Chicago: ABC International Group, 1996 e FYZEE, Asaf A. A. *Outlines of Muhammadan Law*. Delhi: Oxford University Press, 1999.

<sup>30</sup> DAVID, René. *O Direito Inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

<sup>31</sup> DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World Today*. New York: Free Press, 1978. p. 33-73.

em sua forma canônica, marcado pela totalidade dos ensinamentos do profeta Maomé. É fundamentalmente uma doutrina de obrigações. Considerações jurídicas relativas a direitos individuais assumem posto secundário. É comando supremo a percepção de avaliação religiosa em relação aos negócios da vida humana.

A *Sharia* prevê circunstâncias e atitudes obrigatórias ou proibidas. Entre os dois extremos há atitudes recomendáveis de serem implementadas, recomendáveis para serem evitadas e indiferentes à *Sharia*. Exemplificando, as cinco preces diárias são mandatórias, o vinho é proibido, as preces adicionais são recomendadas, alguns peixes não são recomendados e viagens de avião são indiferentes para a orientação jurídico-religiosa clássica.

René David ainda discorreu sobre as linhas gerais do direito chinês<sup>35</sup>. O direito chinês tem fundo originariamente religioso, baseia-se nos ensinamentos de Confúcio. Centra-se em alguns rituais, chamados de *li*, posteriormente acrescidos de regulamentos mais específicos, impostos pelo imperador e por seus mandarins, especialmente em matéria penal, chamados de *fa*. Os dois conceitos originários, *li* e *fa*, formam o núcleo do direito chinês. O *li* indica a necessidade de comportamento apropriado em relação à posição social da pessoa. O nobre que se guiava segundo Confúcio, e que se via como um homem superior, dizia-se com o comportamento pautado pelo princípio do *li*, código que não se aplicava à plebe. Essa última era guiada pelo *fa*, que instituía recompensas e punições.

Em relação aos direitos que denominou de *orientais* René David também tratou do direito japonês<sup>36</sup>, especialmente no sentido de que foi influenciado pelo direito chinês. De presença religiosa mais ostensivamente budista, o Japão, no entanto, implementou cisões entre *li* e *fa*, especialmente porque sob controle de imperador e dos senhores feudais, que formavam a importante classe do *shogunato*. O Japão resistiu a influências ocidentais, de modo sistemático, até a segunda metade do século XIX, quando em 1853 forçou-se a abertura das fronteiras.

Após a segunda guerra mundial é marcante no Japão a influência dos direitos ocidentais. René David vaticinou que o progresso das ideias democráticas e a

intensificação das relações com o estrangeiro provocariam entre os japoneses a ideia de reino de direito como condição necessária para o alcance de um reino de justiça<sup>37</sup>. Colocando esse pensamento como mera hipótese, constataria, hoje, o acerto da premonição<sup>38</sup>.

Konrad Zweigert e Hein Kötz também publicaram livro seminal em tema de direito comparado<sup>39</sup>. Um dos pontos metodológicos estudados na obra de Zweigert e Kötz consiste na exploração das dissemelhanças entre macro e microcomparação. Os comparatistas estudam sistemas jurídicos de diferentes nações, em escalas maiores ou menores. Micro e macrocomparação modulam essas escalas. Segundo Zweigert e Kötz, a macrocomparação ocupa-se com os contornos gerais de um sistema, sem se ater a problemas menores ou particulares. Preocupa-se com o modelo judicial, com as fórmulas utilizadas para se administrar a justiça e para se lidar com as questões que emergem da prática forense. Tem-se uma preocupação quase que obsessiva com o sistema das fontes, que verdadeiramente diferencia as várias famílias jurídicas.

A microcomparação, por outro lado, estuda os métodos como se resolvem problemas particulares e específicos. A fronteira entre os dois modelos é flexível, e admite-se que ambos possam conviver com uma mesma pesquisa. Mais especificamente, a macrocomparação se orientaria para a análise de sistemas pertencentes a famílias jurídicas diferentes. A microcomparação se dirigiria para o estudo de institutos de modelos jurídicos de uma mesma família normativa.

A macrocomparação em princípio seria atividade científica mais ambiciosa, um pouco carente de corte específico que a limitasse de forma mais direta. Seria o caso, por exemplo, da comparação do sistema constitucional tributário brasileiro com o modelo constitucional tributário norte-americano. O estudioso iria constatar em nosso modelo uma proliferação analítica de regras e perceberia no sistema norte-americano um modelo sintético, que outorga ao legislador infraconstitucional

<sup>35</sup> DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 585-602.

<sup>36</sup> DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 603-616.

<sup>37</sup> DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 616.

<sup>38</sup> No tema do direito japonês consultar também ODA, Hiroshi. Japanese Law. Oxford: Oxford University Press, 1999 e RAMSEYER, J. Mark; NAKAZATO, Minoru. Japanese Law, an Economic Approach. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2000.

<sup>39</sup> ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. An Introduction to Comparative Law, Oxford: OUP, 1998.

espaço muito amplo de atuação, potencializado por atividade normativa dos agentes do executivo que seria impensável no modelo brasileiro. A microcomparação remete-nos a discussões que se desenvolvem em meios normativos que se comunicam com facilidade.

E também do ponto de vista metodológico, a obra de Zweigert e Kötz insiste na aptidão que deve ter o comparatista no sentido de intuir justaposições dos modelos normativos com questões de desenvolvimento histórico, de formas de raciocínio jurídico, de construção específica de instituições jurídicas, do regime de fontes do direito. Zweigert e Kötz também enfatizam que se observe aspectos ideológicos de muita importância, a exemplo de fundamentação religiosa ou política como ponto de partida para a organização de um determinado sistema jurídico.

Zweigert e Kötz formularam, ainda, juízos referentes a famílias jurídicas, um assunto que fora desenvolvido por René David. Conceberam seis famílias normativas que poderiam consubstanciar um objeto de comparação. Mencionam uma família romanística (centrada na codificação francesa), uma família germânica (baseada nos códigos civis da Alemanha, da Áustria e da Suíça), uma família anglo-americana (trata-se do *common law*), uma família nórdica (marcada pelo direito escandinavo), uma família do extremo-oriental (e aqui consubstanciam os direitos chinês e japonês) e finalmente uma família de direitos religiosos (que incluiria os direitos islâmico e hindu).

Registre-se, ademais, a grande influência da obra de Rodolfo Sacco<sup>40</sup>. O comparativista italiano notabilizou-se pela investigação em torno dos *formantes*, que constituem a base do sistema de fontes. Os ordenamentos possuiriam sub-cadeias compreensivas de normatividade. Teríamos assim, por exemplo, formantes legais e formantes doutrinários. Sacco parte da ideia de que muitos formantes devem ser identificados e analisados<sup>41</sup>. Nesse sentido, reitera a importância do estudo das fontes.

Sacco preocupou-se, além disso, com o problema da traduzibilidade dos vários direitos, e de seus termos específicos. Constata problemas de tradução que decorrem da língua e que radicam no direito. É que, segundo Sacco, “*a norma jurídica preexiste à fórmula linguística com a*

*qual nós a descrevemos. Esse fato é mais evidente se a regra é de índole consuetudinária: em tal caso, vem formulada de modo adequado somente quando estudada por juristas profissionais*”<sup>42</sup>. A passagem de conceito jurídico de uma língua para outra exige a formulação de homologação, por meio da qual o termo estrangeiro, que evoca instituição distinta, ganha vida no direito em que está sendo estudado<sup>43</sup>.

Rodolfo Sacco nos instiga a pensarmos se haveria possibilidade de um esperanto jurídico ou de uma versão babélica da linguagem normativa. A relação entre língua e direito, mediada pela política, nos remete ao ambiente do Antigo Testamento, especialmente na planície de Shinar onde, logo após o dilúvio, pontificava a cidade de Babel, capital da Babilônia. Ao que consta, em linguagem metafórica - nem bem havia secado o último poço de água do dilúvio - ainda quando todos os povos do mundo falavam uma mesma língua, que se viveu um frenesi de construção; o soberano local ousou construir um zigurate imenso, um pináculo que alcançaria os céus. No topo da arrogante construção habitaria o deus Marduk, com quem os babilônios substituiriam Jeová, da tradição de Noé.

A narrativa bíblica (Gênesis,11) dá-nos conta da tentativa de se construir uma torre que tocaria os portões do céu. Esperava-se também que nenhum temido dilúvio submergiria a torre que se construiria. E porque o Criador perdeu a paciência com os trabalhadores da torre, que usavam uma mesma língua para desafiar ao poder de Deus é que, num dia nublado, relata-nos ainda o Gênesis, as pessoas deixaram de se entender. E se o Criador em sua onipotência poderia derrubar a torre que se fazia, poupou os homens da dor física, marcando-os, no entanto, com o sofrimento da incompreensão glotológica. É no desate da metáfora de Babel que os homens descobrem que não falam o mesmo idioma. Toda a narrativa é válida na desconstrução de um ingênuo sonho de concepção de um direito universal, porque quimérica também a intuição de um idioma geral.

Assim, a narrativa é particularmente importante para a traduzibilidade dos textos normativos, confirmando-se que não se pode falar de um esperanto jurídico. Os problemas postos não são apenas de tradução, que poderiam ser resolvidos pelo adequado uso de dicionários

<sup>40</sup> SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>41</sup> SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

<sup>42</sup> SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 57.

<sup>43</sup> SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 67.

de equivalência. A questão reside na dificuldade em encontrarmos expressões de nossa língua que possam exprimir instituições que desconhecemos, a exemplo de *arraignment*, *cooling-off*, *disclosure*, *injunctive relief*, *mayhem*, *trust*, *tax racket*, *vicarious liability*, *yellowdog*. E o contrário também sucede. Como verteríamos para o inglês expressões de uso comum em nosso direito, a exemplo de *litisconsórcio facultativo*, *suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de reclamações e recursos na esfera administrativa*, *exceção de pré-executividade*, *agravo retido*, *certidão positiva com efeitos de negativa*?

Multiplique-se o problema para os vários modelos jurídicos que há. Nosso sistema normativo não é universal, nossas instituições não existem em todos os direitos. Muito mais do que metáforas, rodeios de linguagem ou explicações alongadas, a busca de um esperanto jurídico coloca-nos problema de domínio de língua que afasta da disciplina juristas que não se dispõem a entender além das fronteiras do direito que pretensamente dominam.

Levando-se a questão ao limite, poderia se duvidar da própria cientificidade do direito se partirmos de percepção que nos indique universalidade como caráter identificador do que seja ciência. Assim, se a ciência fosse universal (e medicina, matemática, astronomia, por exemplo, assim o seriam), e o direito seria particular, dado que especialista em contratos nos Estados Unidos não saberia como lidar com o direito penal chinês, não se poderia cogitar da cientificidade do direito.

O problema da traduzibilidade do direito é um dos pontos centrais que emerge da obra de Rodolfo Sacco. O direito comparado esbarra no problema inevitável da língua. Rodolfo Sacco relacionava poliglota e linguista, focando no comparatista e no mero conhecedor de outros direitos. O estudo de outros direitos, por diletantismo, por curiosidade cultural, não enseja o implemento de atitude científica, que a comparação dos direitos contempla. A mera descrição fática, contingencial e residual de outros direitos não consegue transcender o entorno do litoral das curiosidades acadêmicas. A menção de outros direitos, como referencial de notícia, sem a verticalização que o exercício exige, é mero formalismo sem mais consequências objetivamente aferíveis. O direito comparado, nesse sentido, para Rodolfo Sacco, não consiste em assunto para diletantes.

Ao longo do século XX vários trabalhos de direito comparado confirmam a importância do tema. Deve se

mencionar primeiramente a obra de Patrick Glenn, autor de monografia que ganhou o prêmio da Academia Internacional de Direito Comparado, em Bristol, Inglaterra, em 1998<sup>44</sup>.

Glenn pensou taxonomia baseada em tradições, a partir de conceito de uma presença do passado em constante mudança que afeta o presente. Glenn concebeu sete grandes tradições jurídicas. Uma tradição autóctone e primitiva, que fora protagonizada por todos os povos, na aurora dos tempos. Essa tradição era muda, não se vinculava efetivamente a estruturas de linguagem, era típica de tempos ancestrais. Esse modelo é área de interesse da antropologia jurídica, e marca o trabalho de autores como Pierre Clastres, Franz Boas, Robert Lowie, Margaret Mead, Ruth Benedict, Edward Sapir, Radcliffe-Brown, Malinowski, entre outros.

Glenn descreveu uma tradição talmúdica, centrada na revelação na teologia judaica. Uma tradição de cunho romano-germânico, baseada na posição central do indivíduo. Glenn identificou uma tradição islâmica, com base em revelação tardia, plasmada na ideia de *Sharia*. O *common law* identicamente é caracterizado como tradição, com limites formais definidos pela atuação judicial. Glenn deu-nos conta de tradição hindu, de grande dimensão poética, baseada no sentido de *Dharma*. Uma tradição asiática fecharia o grupo, sob domínio do confucionismo e de suas concepções de fundo religioso.

Deve-se registrar, ainda, a importância e o legado da obra de Marc Ancel (1902-1990). O comparatista francês também se preocupava com o problema das traduzibilidades, enfatizando que não se pode traduzir *common law* por direito comum ou *preventive detention* por prisão preventiva<sup>45</sup>. Nesse sentido, lembrava que a linguagem jurídica não é necessariamente uma linguagem literária, e que o conhecimento do inglês de Shakespeare ou de Dickens não implica, necessariamente, no conhecimento do inglês jurídico<sup>46</sup>.

O jurista italiano Paolo Biscaretti de Ruffia (1912-1966) aplicou os instrumentos do direito comparado no estudo do direito constitucional<sup>47</sup>. Comparou for-

<sup>44</sup> GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. New York: OUP, 2000.

<sup>45</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980. p. 111.

<sup>46</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980.

<sup>47</sup> RUFFIA, Paolo Biscaretti de. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Mexico: Fondo de Cultura Economica,

mas de Estado e formas de governo como um ponto de partida para comparar as constituições contemporâneas. Foi um dos primeiros a compreender que textos constitucionais não se alteram apenas por mecanismos formais. Intui o que hoje denominamos de processos de mutação constitucional como indicativos de fórmulas informais de alteração do conteúdo da constituição<sup>48</sup>.

Eric Agostini, que lecionou na Universidade de Bordeaux, entre outros temas, tratou de fórmulas de importação e de exportação dos vários sistemas jurídicos<sup>49</sup>. Exemplificou a recepção (que é o resultado da importação) com os casos do Japão e da Turquia, especialmente em âmbito de direito privado. Há uma inegável necessidade de adaptação, porquanto a transferência pura e simples de um modelo normativo para um outro ambiente deve levar em conta aspectos culturais do ambiente que recebe o direito.

A partir do pensamento de Eric Agostini, pode-se discutir um ponto importante quando se trata da recepção do direito europeu na América Latina. De um ponto de vista mais conceitual, deve-se considerar também que a história do direito norte-americano, do direito latino-americano, e do direito brasileiro em particular, são narrativas de uma recepção e de uma adaptação<sup>50</sup>. O estudo do direito europeu transcende fronteiras geográficas de uma Europa idealizada; é esta a tese de Thomas Duve<sup>51</sup>, professor alemão, para quem a história do direito europeu deve ser vista a partir de uma perspectiva global.

Ainda que o espaço geográfico do direito seja um território tradicionalmente definido, também há espaços imateriais, porquanto o território nem sempre é o espaço necessário para a efetivação de um determinado

1975.

<sup>48</sup> RUFFIA, Paolo Biscaretti de. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 305 e ss.

<sup>49</sup> AGOSTINI, Eric. *Droit Comparé*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

<sup>50</sup> Conferir, nesse tema: HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law*. New York: OUP, 1994; CLAVERO, Barlome. *Institucion Historica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 1992; ESTRADA, Liniers de. *Manual de Historia del Derecho- Español- Indiano- Argentino*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997; DÍAZ, Alfonso C; CIFUENTES, José S. L. *Leciones de Historia de Derecho Argentino*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992; MARTINS JUNIOR, Isidoro. *História do Direito Nacional*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979; AGUILERA, Bruno Barchet. *Introducción Jurídica a la Historia del Derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

<sup>51</sup> DUVE, Thomas. *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in *Rechtsgeschichte-Legal History*. RG 20 (2012). P. 18-71.

arranjo jurídico<sup>52</sup>; é o que se dá, entre outros, com a expansão do direito europeu para o Brasil. Exemplificando: assim como a ordem e a organização medievais europeias se transportaram e se realizaram no México, onde teriam de algum modo prevalecido até o século XIX<sup>53</sup>, a ordem jurídica medieval, tratada também por Paolo Grossi, jurista italiano, de alguma forma se realizou no Brasil, que recebeu o modelo português das Ordenações.

O conceito de *Europa* é variável, dotado de plasticidade que permite a concepção imaginária de fronteiras móveis e flexíveis. Paolo Grossi chamou a atenção para o fato de que, durante muito tempo, o conceito de Europa foi marcado por uma compreensão exclusivamente geográfica. A difusão do humanismo e a influência de Erasmo de Roterdã, prossegue Paolo Grossi, construíram um significado mais complexo definidor de Europa, carregado de valores espirituais e culturais<sup>54</sup>.

Do legado europeu, menciona-se, ainda, a contribuição de Léontin-Jean Constantinesco<sup>55</sup>. Há em sua obra uma preocupação com as incertezas do direito comparado, especialmente no sentido de se averiguar se é somente um método ou uma disciplina autônoma. Constantinesco defende uma concepção universalista do problema (ou do falso problema) que resultaria em sua superação. Menos do que uma questão epistemológica, a discussão revela uma querela ideológica. A recusa do direito comparado como disciplina, e sua afirmação como método, pode priorizar direitos particulares em desfavor de concepções jurídicas mais totalizantes. É no âmago dessa discussão que se desdobra um conjunto de justificativas para o estudo do direito comparado, como método, ou como disciplina, o que se torna um problema secundário e menor.

Finalmente, uma seção acerca das contribuições sobre o direito comparado no século XX merece uma análise dos desenvolvimentos ocorridos nos Estados Unidos.

<sup>52</sup> Veja-se GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 65 e ss.

<sup>53</sup> É a tese de Jérôme Baschet, para quem arranjos institucionais da idade média europeia persistiram no México até o século XIX. BASCHET, Jérôme., *A civilização feudal- do ano mil à colonização da América*. Rio de Janeiro: Globo, 2006. O inspirador e prefaciador desse livro desconcertante é Jacques Le Goff.

<sup>54</sup> Veja-se GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007. p. 4.

<sup>55</sup> CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Já se aludiu às relações entre os *pais fundadores dos Estados Unidos* e as ideias *montesquianas*, como exemplo de transposição de ideias jurídicas e de direito comparado aplicado. Igualmente, seria possível mencionar Joseph Story, por seu legado em *conflito de leis*<sup>56</sup> ou direito internacional privado, como é mais bem conhecido no Brasil, como parte do capítulo desse desenvolvimento. Independentemente da nomenclatura a se adotar, certo é que, entre suas questões fundamentais, o conflito de leis aborda a aplicação do direito estrangeiro em território doméstico. Além disso, as possíveis objeções para não o aplicar por devido à violação à ordem pública nacional. Inexoravelmente, um exercício comparativo e valorativo exsurge em sua técnica.

Story, que ocupou o cargo de juiz da Suprema Corte dos EUA (1812-1845) e lecionou em Harvard, é visto, assim, juntamente com Livermore, Lieber e Kent, como precursor do campo. Não sem ressalvas. Apesar de ler em latim, francês e espanhol, Story acreditava ser de pouca aplicabilidade as construções civilistas. Para Story, segundo Michaels, os escritos civilistas eram “abundantes em distinções teóricas, que têm pouco outro objetivo além de provocar discussões ociosas, e com sutilezas metafísicas, que deixam perplexo, se não confundem, o investigador”.<sup>57</sup>

Parece, portanto, mais convincente que é apenas no século XX que emerge, com maior organicidade, uma *escola de direito comparado* nos Estados Unidos. Mas com divergências acerca de quando o movimento teria se iniciado<sup>58</sup>.

Como explica Clark, 1951 é mencionado como o ano marco do movimento. Naquele ano, dez universi-

dades e a Associação Norte-Americana de Direito Estrangeiro teriam se reunido para formar uma associação dedicada ao direito comparado. A partir de 1952, iniciar-se-ia a publicação do *American Journal of Comparative Law (AJCL)*. Para Clark, contudo, já em 1904, com a realização do *St. Louis Universal Congress of Lawyers and Jurists*, começaria a se conformar o campo do direito comparado dos Estados Unidos. Clark indica que o referido Congresso teria ocorrido apenas quatro anos após o congêneres parisiense de 1900. E sobre o último, já chamamos atenção acerca do protagonismo de Edouard Lambert e Raymond Saleilles, como seus organizadores. A partir de 1908, boletins anuais de direito comparado passariam a ser publicados. Por consequência, Clark assume uma posição. A combinação de atividades acadêmicas sustentadas e a existência de redes de comunicação organizadas, a partir de 1904, faz desse ano o real marco da disciplina nos Estados Unidos<sup>59</sup>.

Roscoe Pound, por exemplo, mais conhecido pelas suas contribuições à jurisprudência sociológica e ao realismo jurídico nos Estados Unidos, integrava a equipe editorial, em 1908, dos boletins anuais de direito comparado. Em artigo posterior<sup>60</sup>, Pound salientava o ganho ao se comparar direitos. Principalmente porque a comparação nos ensinaria a “irmos mais devagar” em assumir que existe apenas uma necessária e inevitável solução jurídica para um conjunto de fatos. Lembrava ainda que muito dos princípios do direito norte-americano teriam sido formulados em comparações. Por exemplo, com origem em analogias ao direito feudal de propriedade, assim como nos escritos dos civilistas e pandecistas. Recomendava Pound que o interesse no direito comparado deveria ser no *como* e em *qual extensão* a disciplina poderia ser um instrumento de tornar o sistema jurídico mais efetivo para os seus fins; mais eficaz em se atingir justiça – revelando seu pragmatismo quanto ao direito comparado.

Por fim, merece atenção a obra de Arthur Von Mehren, ex-professor de Harvard, como representante contemporâneo do direito comparado nos Estados Unidos. Autor de mais de 200 publicações e com formação jurídica em direito norte-americano e alemão,

<sup>56</sup> STORY, Joseph. Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights and Remedies, and especially in regard to Marriages, Wills, Successions, and Judgments. 3. ed. Boston: CLJB, 1846. A primeira edição é de 1834. Disponível em: <https://ia800303.us.archive.org/10/items/commentariesonc04storgoog/commentariesonc04storgoog.pdf>

<sup>57</sup> MICHAELS, Ralf. Joseph Story. Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/3701/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3701/). Apesar do artigo estar indicado como “no prelo”, na forma de um capítulo da “Elgar Encyclopedia of Private International Law”, não se conseguiu localizar a publicação final contendo-o.

<sup>58</sup> Vejam-se os comentários de Pound acerca das influências do direito comparado na moldagem do direito norte-americano no período anterior à Guerra Civil, seguido pelo declínio no século XIX, em parte explicado por uma crença exagerada na autossuficiência do direito doméstico. POUND, Roscoe. What may we expect from comparative law? *American Bar Association Journal*, v. 22, n. 1, p. 56-60, 1936. Disponível em: [www.jstor.org/stable/25712017](http://www.jstor.org/stable/25712017)

<sup>59</sup> CLARK, David. Establishing Comparative Law in the United States: The First Fifty Years. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 4, n. 3, p. 583-593, 2005.

<sup>60</sup> POUND, Roscoe. What may we expect from comparative law? *American Bar Association Journal*, v. 22, n. 1, p. 56-60, 1936. Disponível em: [www.jstor.org/stable/25712017](http://www.jstor.org/stable/25712017)

deixou vasto legado<sup>61</sup>. Mehren apontava para as três dimensões interrelacionadas dos estudos comparados. O estudo das regras e instituições de dois ou mais sistemas jurídicos (dimensão do direito estrangeiro); a determinação das diferenças e similaridades significativas nas regras e instituições (dimensão comparativa); e a reflexão sobre as razões sobre essas diferenças e similaridades (dimensão jurisprudencial). Obras e distinções que influenciaram significativamente o desenvolvimento do direito comparado nos Estados Unidos, da segunda metade do século XX até os dias atuais.

#### 4 Perspectivas atuais do direito comparado

O direito comparado promove objetivos práticos que atendem a aspectos profissionais da atividade comercial. O conhecimento de outros direitos pode orientar opções de negócios, investimentos e interesses laborais. A multiplicação das relações internacionais em âmbito comercial, como reflexo aproximação entre as várias economias, dá ao direito comparado nova feição. A inserção das empresas em novos mercados ou centros de produção exige que o empresário conheça os modelos normativos com os quais terá que se relacionar. Estudo prévio de ordenamentos jurídicos locais tem importância que ultrapassa ao próprio conhecimento da língua e de rudimentos das culturas locais.

À margem dos direitos locais surgem também práticas comerciais e empresariais legitimadas por direito comercial que transcende aos direitos estatais. Revive-se uma *lex mercatoria*, exemplo de direito transnacional das transações econômicas, como sintoma do sucesso de ordem jurídica internacional que se desenvolve independentemente dos ordenamentos normativos estatais. A multiplicação normativa que marca alguns direitos domésticos também é característica da normatividade global. A multiplicação de direitos, internos e transnacionais, promove a produção de leis, realizando-se exacerbação de normas que qualifica em movimento de autopoiese, isto é, de multiplicação de regras jurídicas, que se reproduzem de modo preocupante.

<sup>61</sup> De destaque, os 17 volumes da *International Encyclopedia of Comparative Law* organizada pelo autor. Veja-se, também, VON MEHREN, A. An Academic Tradition for Comparative Law? *The American Journal of Comparative Law*, v. 19, n. 4, 624-632, 1971. Disponível em: doi:10.2307/839512.

O direito comparado também propicia estudos de sociologia do direito. O estudo de outros direitos desenvolve-se concomitantemente à pesquisa das sociedades nos quais os direitos se formatam. Exemplificando, é o estudo da sociedade norte-americana que pode nos iluminar em algumas questões verdadeiramente intransponíveis, a exemplo do problema da pena de morte naquele país. A constituição norte-americana proíbe penas cruéis. Porém, o direito norte-americano historicamente consagra a pena capital. O estudo das contradições internas daquela sociedade, marcada por disputas que envolvem problemas de discriminação racial, com raízes que se prendem à guerra civil, a par da percepção de questões referentes a imigração e a marginalização, possibilita que se entenda os porquês da aparente contradição.

O estudo dos direitos estrangeiros promove a leitura de costumes e de práticas. É fonte inegável de enriquecimento cultural. O exame de sistemas normativos de outros povos fortalece a leitura do direito enquanto uma experiência cultural. O direito comparado permite que se perceba com mais qualidade o direito interno. Problemas e soluções de outros direitos esclarecem as complicações do direito doméstico. O direito comparado é um guia seguro para o legislador e para o julgador.

O direito comparado é prioritariamente tema de história, de filosofia e de teoria geral do direito. Do ponto de vista historiográfico, o direito comparado é componente discursivo da justificação dos modelos jurídicos. Mas devem ser tomadas cautelas com as aproximações entre direito comparado e história do direito. O uso da história pelo direito pode ser jogo conceitual perigoso porque o jurista pode valer-se do passado para justificar o presente das instituições nas quais atua. Do mesmo modo, o direito comparado corre o risco de ser apoderado pelo estudioso do direito, no sentido de se justificar ou de se criticar o direito interno, sem se levar em conta outros fatores.

O processo de internacionalização jurídica pelo qual o mundo passa amplia a necessidade e os rumos dos estudos de direito comparado. Em um primeiro momento, sugere que estudemos os efeitos da internacionalização em relação ao direito interno. Percepções de qualidade podem sugerir que se indiquem direitos melhores ou piores. Os direitos são apenas diferentes. O estudioso do direito comparado deve estar preparado para a armadilha que se lhe põe a todo o momento. O exercício da comparação não se fundamenta, necessariamente,

em orientação que exija montagem de tabela qualitativa. Em princípio, direitos não são melhores nem piores, mais ou menos avançados, mais ou menos iluminados. Os direitos são diversos. O direito comparado não é, necessariamente, e de modo ingênuo, instrumento que garanta melhor relacionamento entre os diversos povos.

## Considerações finais

O direito comparado exerce função instrumental de compreensão, o que ocorre também com a linguística comparada, com a literatura comparada, com a teologia comparada e com a biologia comparada. São fórmulas de apreensão de semelhanças e de dissemelhanças. Há um aspecto glamoroso nesse estudo, que por vezes convida ao exotismo e à exploração de temas e de sistemas distintos. Promove-se um estranhamento salutar, que decorre da verificação de que há um *outro* e que resulta também em uma compreensão de *si próprio*.

O direito comparado é importante instrumento de legística, isto é, de aperfeiçoamento do direito interno. É importante instrumental de controle de recepção de direito estrangeiro, propiciando medidas preparatórias e ajustes pontuais. Também atua em modelos de harmonização do direito, especialmente na construção de tratados internacionais. Há ainda um grande interesse didático. O conhecimento dos direitos estrangeiros colabora na construção de fórmulas de compreensão entre os vários modelos.

A comparação entre direitos resulta na melhor compreensão do direito próprio. Há utilidades práticas, de aperfeiçoamento e de ajustes do direito interno. Deve-se reconhecer a inexistência de um esperanto jurídico, como resultado direto do problema das traduzibilidades. Essa barreira linguística resulta em barreiras topográficas, o que dimensiona que o fato de que o direito também contenha uma expressão geográfica. Por essa razão, a possibilidade de se construir uma cartografia jurídica.

O estudo do direito estrangeiro não se confunde com o estudo do direito comparado. Aquele é meramente descritivo e esse último é valorativo e instrumental. O comparatista deve conhecer línguas estrangeiras, dominar rudimentos de sociologia, de história e de política. Prioritariamente, no entanto, deve estar aberto para o estranhamento e para a compreensão da diversidade.

Mais do que tudo, deve estar consciente que o direito comparado, como método ou como disciplina, é um problema de estudo das fontes do direito.

## Referências

- AGOSTINI, Eric, *Droit Comparé*, Paris: Presses Universitaires de France, 1988.
- AGUILERA, Bruno Barchet, *Introducción Jurídica a la Historia del Derecho*, Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- ANCEL, Marc, *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980. Tradução de Sérgio José Porto.
- ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, Paris: Les Belles Lettres, 1985. Tradução de Georges Mathieu e Bernard Haussoulier.
- ARISTÓTELES, *A Constituição de Atenas*, São Paulo: HUCITEC, 1995. Tradução de Francisco Murari Pires.
- BAKHTIAR, Laleh. *Encyclopedia of Islamic Law*. Chicago: ABC International Group, 1996
- BARRETO, Tobias, *Estudos de Direito I*, Rio de Janeiro: J. E. Salomon; Sergipe: Diário Oficial, 2012.
- BASCHET, Jérôme, *A civilização feudal- do ano mil à colonização da América*, Rio de Janeiro: Globo, 2006. Tradução de Marcelo Rede.
- BERMAN, Harold J. *Law and Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- BRETONE, Mario, *Storia del diritto romano*, Roma: Laterza, 1995.
- CLARK, D. Development of Comparative Law in the United States. In: REIMANN, M; ZIMMERMANN, R. (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: OUP, 2006.
- CLARK, David. Establishing Comparative Law in the United States: The First Fifty Years. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 4, n. 3, p. 583-593, 2005.
- CLAVERO, Barlome, *Institucion Historica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 1992.
- CONSTANTINESCO, Jean Leontin, *Tratado de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DAVID, René, BRIERLEY, John E. C., *Major Legal Sy-*

- stems in the World Today*, New York: Free Press, 1978.
- DAVID, René, *Le Droit Comparé- droits d'hier, droits de demain*, Paris: Economica, 1982.
- DAVID, René, *O Direito Inglês*, São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de Hermínio A. Carvalho.
- DÍAZ, Alfonso Cano, e CIFUENTES, José Santos Luis, *Leciones de Historia de Derecho Argentino*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- DUVE, Thomas, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in *Rechtsgeschichte-Legal History*, RG 20 (2012).
- ESTRADA, Liniers de, *Manual de Historia del Derecho Español- Indiano- Argentino*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- FYZEE, Asaf A. A. *Outlines of Mubammadan Law*. Delhi: Oxford University Press, 1999.
- GARNSEY, Peter, *Ideas of slavery from Aristotle to Augustine*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. New York: Oxford University Press, 2000.
- GROSSI, Paolo, *L'Europa del Diritto*, Roma-Bari: Laterza, 2007.
- GROSSI, Paolo, *Primeira Lição sobre Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2006. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John, *Artigos Federalistas*, Belo Horizonte: Líder, 2003. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira.
- HERODOTUS, *The Histories*, Oxford: Oxford University Press, 1998. Tradução de Robin Waterfield.
- HORWITZ, Morton, *The Transformation of American Law*, New York: Oxford University Press, 1994.
- IEHRING, Rudolf von, *O Espírito do Direito Romano*, Rio de Janeiro: Alba Editora, 1943. Tradução de Rafael Beanion.
- LAMBERT, Edouard, *Introduction a l'étude du droit comparé*, Paris: Librairie de la Société Anonyme du Recueil Sirey, 1938.
- MacDOWELL, Douglas M. *The Law in Classical Athens*, Ithaca: Cornell University Press, 1995.
- MAINE, Henry Sumner, *Ancient Law*; sem indicação de local: Kessinger Publishing Rare Reprints, s.d.
- MARTINS JUNIOR, Isidoro, *Historia do Direito Nacional*, Brasília: Imprensa Nacional, 1979.
- MICHAELS, Ralf. *Joseph Story*. (no prelo). Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/3701/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3701/).
- MONTESQUIEU, *Cartas Persas*, Belo Horizonte: Itatiaia, 1960. Tradução de Mário Barreto.
- MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Cristina Murachco. Apresentação de Renato Janine Ribeiro.
- ODA, Hiroshi. *Japanese Law*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- PLATÃO, *A República*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira.
- PLATO, *The Laws*, London: Penguin, 1975. Tradução de Trevor J. Saunders.
- POLO, Marco, *The travels of Marco Polo*, Hertfordshire: Wordsworth, 1997.
- POUND, Roscoe. What may we expect from comparative law? *American Bar Association Journal*, v. 22, n. 1, p. 56-60, 1936. Disponível em: [www.jstor.org/stable/25712017](http://www.jstor.org/stable/25712017)
- POPPER, Karl, *The Open Society and its Enemies*, London: Routledge, 1998.
- RAMSEYER, J. Mark e NAKAZATO, Minoru. *Japanese Law, an Economic Approach*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2000.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti de, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1975. Tradução de Héctor Fix Zamudio.
- SACCO, Rodolfo, *Introdução ao Direito Comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Tradução de Véra Jacob de Fradera.
- SCHIOPPA, Antonio Padoa, *História do Direito na Europa- da Idade Média à Idade Contemporânea*, São Paulo: Martins Fontes, 2014. Tradução de Marcos Marcionilo e de Silvana Cobucci Leite.
- STORY, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws*, Fo-

*reign and Domestic, in regard to Contracts, Rights and Remedies, and especially in regard to Marriages, Wills, Successions, and Judgments*. 3. ed. Boston: CLJB, 1846. A primeira edição é de 1834. Disponível em: <https://ia800303.us.archive.org/10/items/commentariesonc04storgoog/commentariesonc04storgoog.pdf>

VON MEHREN, A. An Academic Tradition for Comparative Law? *The American Journal of Comparative Law*, v. 19, n. 4, 624-632, 1971. Disponível em: doi:10.2307/839512

WEBER, Max, *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Tradução de José Marcos Mariani Macedo.

WEBER, Max, *Economia e Sociedade*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Tradução de Gabriel Cohn.

ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 1998.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Direito Comparado e Política:**  
Reflexões Necessárias

**Comparative law and Politics:**  
Some Reflections Needed

Raphael Carvalho de Vasconcelos

Deo Campos Dutra

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Direito Comparado e Política: Reflexões Necessárias\*

## Comparative law and Politics: Some Reflections Needed

Raphael Carvalho de Vasconcelos\*

Deo Campos Dutra\*\*\*

### Resumo

O presente artigo tem como objetivo interrogar a compreensão que a perspectiva ortodoxa, predominante no direito comparado, adota em relação à política. Neste sentido, o argumento principal empregado no texto defende que a propagada concepção neutra e científica adotada no direito comparado encobre posturas não só menos rigorosas cientificamente, mas, sobretudo, politicamente orientadas. Para alcançar tal resultado esta pesquisa mobilizou a argumentação construída pelas escolas decoloniais e da teoria crítica na mesma medida em que analisou criticamente a proposta de harmonização da legislação internacional adotada pelos comparatistas ortodoxos. Esta investigação elegeu o processo metodológico descritivo e analítico, privilegiando pesquisas qualitativas de cunho bibliográfico.

**Palavras-chave:** Direito comparado; direito internacional comparado; política.

### Abstract

This article aims to question the predominant perception on politics adopted by the orthodox perspective of comparative law. In this sense, the main argument points that the neutral and scientific comparative law conception adopted by the orthodox discourse covers not only the less scientific perspectives but, above all, politically oriented positions. To achieve this result, this research was developed both by using decolonial and critical theory schools arguments and by analyzing the proposal for harmonization of international law adopted by orthodox comparators. This research chooses the descriptive and analytic methodological processes, emphasizing mainly bibliographic qualitative research.

**Keywords:** comparative international law; comparative law; politics.

## 1 Introdução

A natural disputa entre a política e o direito na administração das relações

\* Recebido em 30/09/2019  
Aprovado em 31/03/2020

\*\* Professor Titular de Direito Internacional Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Adjunto de Direito Público da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo. Mestre e Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Email: raphael\_vasconcelos@hotmail.com

\*\*\* É Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). É mestre em Direito Comparado pela Universidade de Paris 1 - Panthéon Sorbonne. É Doutor em Direito pela PUC/RJ e pela Universidade Paris X. Foi pesquisador visitante na EHESS/Paris e pesquisador visitante na Queens University/ Canadá. Realizou seu estágio pós doutoral em Direito Comparado na École Normale Supérieure de Paris. É avaliador ad hoc do Ministério da Educação (INEP/MEC) para autorização e reconhecimento dos cursos de Direito. É professor e coordenador de pesquisa da Faculdade Doctum em Juiz de Fora/MG. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase na interface entre Direito Constitucional, Internacional Público, Direitos Humanos, Teoria Política e Teoria Social. Pesquisa atualmente no âmbito da Teoria do Direito Comparado e Direito Público Comparado.  
Email: deo\_campos@yahoo.com.br

de poder ganha contornos peculiares no direito internacional comparado. As iniciativas de regulamentação conjunta da sociedade internacional, seja para uniformizar ou para harmonizar no contexto geral suas regras específicas, exigem esforços para neutralizar desníveis no exercício do poder soberano entre os sujeitos de direito internacional e, fundamentalmente, para estabilizar eventuais divergências de forma e de conteúdo. O método comparatista apresenta-se, assim, como um instrumento capaz de viabilizar comunicação mais eficiente entre os sistemas jurídicos e de, inclusive, fornecer parâmetros mais habilitados a garantir a neutralidade desejada.

A mera adoção de métodos comparados não significa, entretanto, necessariamente uma pesquisa científica que compreenda a complexidade que os estudos comparados possuem. Há, intrinsecamente, uma miríade de questões a serem abordadas que, muitas vezes e sob a égide de uma pretensa cientificidade, acabam por restar perigosamente ignoradas pelos estudos jurídicos comparados.

A análise comparativa interdisciplinar, por exemplo, seria uma delas. A abordagem comparada que não se preocupa em mobilizar a teoria do direito ou o contexto cultural de seus objetos não se mostra capaz de produzir nada além de construções teóricas pretensamente científicas e, na pior das hipóteses, conclusões equivocadas. Da mesma maneira, temas tradicionalmente desafiadores para o direito - como sua relação com a política - não podem deixar de ser contemplados à luz do direito comparado e exigem enfrentamento.

É, nesse contexto, que este trabalho se encontra. A abordagem da política no direito comparado precisa ser deslocada para o centro das reflexões dos comparatistas. Relegada a espaços periféricos, pensar a questão da política - aqui propositalmente identificada com as relações de poder, conforme será demonstrado adiante - é hoje objeto pouco prestigiado, especialmente pela predominância do método funcionalista de comparação jurídica. Essa desatenção, suspeita-se, carrega enormes consequências que precisam ser descortinadas e conduzidas à interrogação central deste texto: a perspectiva ortodoxa do direito comparado torna nebulosa a influência da política nos estudos comparados, em especial ao tratar de harmonização e de uniformização no direito internacional?

A hipótese central do trabalho está alinhada aos

críticos do positivismo e sustenta, essencialmente, que os perigos dissimulados pela adoção da abordagem ortodoxa são superiores aos benefícios possíveis de suas promessas de neutralidade e de cientificidade.

Para isso, este trabalho adotou dois objetivos principais e interconectados. O primeiro deles visa identificar analiticamente a perspectiva predominante de direito comparado. O ortodoxismo, também reconhecido como positivismo por alguns estudiosos, é representado pela liderança intelectual de dois professores alemães, Konrad Zweigert e Hein Kötz que, desde os anos de 1970, com o lançamento de sua obra mais importante, vêm delimitando os debates e fixando as principais metodologias atualmente aplicadas pelos pesquisadores da área.

De forma paralela, e escrutinando o sensível tema da harmonização da legislação internacional, o estudo pretende avançar no debate sobre a forma como essas questões se comportam em relação à dinâmica entre o direito comparado e a política.

Percorridos os caminhos dos objetivos centrais, esta investigação pretende avançar à abordagem das duas escolas que se contrapõem às conclusões ortodoxas. Trata-se, substancialmente, de críticas que pretendem revelar aquilo que não é reconhecido diretamente pelos positivistas.

Por um lado, a teoria crítica constrói sua argumentação centrada no argumento de que as proposições preponderantes não apenas impedem que o estudo jurídico comparado possa ser mais rigoroso cientificamente, bem como tendem a obscurecer o forte teor político que certas proposições de harmonização podem possuir.

Os pesquisadores decoloniais, por sua vez, iluminam o potencial da manutenção de um imperialismo eurocêntrico, assim como revelam o potencial de dominação epistemológica encoberto pela ausência de uma leitura crítica do direito comparado.

Os objetivos do trabalho não pretendem, evidentemente, exaurir uma série de importantes campos de pesquisa que a problemática explorada apresenta. Tampouco tem o intuito de contemplar todo o refinado conjunto de abordagens já produzidas em torno do assunto. Trata-se, substancialmente, de oferecer uma primeira órbita de resultados.

Para identificar os principais argumentos teóricos

que auxiliaram a execução do estudo, adotou-se processo metodológico descritivo e analítico, que privilegiou pesquisas qualitativas de cunho bibliográfico<sup>1</sup>

## 2 O Direito Internacional, o Direito Comparado e a Política

Resulta bastante curiosa a má reputação que a política tem, em regra, entre os profissionais de direito<sup>2</sup>. Reputação que enseja comportamentos negacionistas preocupantes. A percepção generalizada de que as opções fundadas em poder representariam ameaça à normatividade não é, de fato, equivocada, mas a negação de elementos políticos transversais no direito - e não apenas no momento de sua concretização - pode ser ainda mais ameaçadora e danosa do que a aceitação de sua inevitável presença<sup>3</sup>.

A análise das relações de poder e da tensão entre política e direito nesse contexto independe de conclusões ou mesmo de simples ponderações sobre posturas ideológicas dos atores envolvidos. A atuação política explícita ou oculta em argumentos de direito não se submete, ao menos para o que se pretende aqui, a observações valorativas ou ao cartesianismo entre o bom e o ruim ou entre o apropriado e o inconveniente.

Em contextos temáticos específicos, o elemento político ganha contornos discursivos. A efetividade dos direitos humanos, por exemplo, encontra nas dificuldades de coerção do sistema internacional obstáculo que exige adesão dos sujeitos de direito internacional para

seu aperfeiçoamento. Adesão que, em determinadas circunstâncias, integra processos políticos de uma narrativa construída e que não se dá, portanto, necessariamente por meio de movimentos endógenos de convencimento.

A relação entre sistemas jurídicos fornece exemplos interessantes dos fenômenos apontados. O ingresso de determinado Estado em um acordo comercial pode ocorrer em razão da compreensão de que sua participação deverá trazer maior prosperidade para sua sociedade, mas também pode ter como fundamento oculto a necessidade de aceitação de parâmetros estabelecidos por uma narrativa construída por seus sócios hegemônicos que não encontra respaldo entre seus nacionais.

Abordagens automeadas neutras na produção de normas internacionais que tenham como objetivo harmonizar ou uniformizar o direito costumam adotar métodos comparatistas entendendo que essa técnica afastaria ou mitigaria os desafios políticos inerentes de negociações para produzir regras. Contexto em que, claramente, o enfrentamento do problema é novamente substituído por sua negação.

Esses questionamentos teórico-normativos são bastante típicos do direito internacional, mas também se encontram presentes internamente - ainda que a doutrina jurídica tenda a ignorá-los<sup>4</sup>. A relação do direito estatal normatizado e cogente com os povos originários, seus costumes e direito é exemplo que remarca a opressão dos máximos gerais locais em relação aos mínimos particulares reproduzindo internamente a dinâmica entre o universalismo e o relativismo cultural vista no marco mundial<sup>5</sup>.

Os limites fáticos impostos pela política ao direito ultrapassam a análise da institucionalidade do ambiente global atual, mas possuem nela contexto importante. Institucionalidade que, mesmo passível de críticas, representa aperfeiçoamento inegável de estruturas quando

<sup>1</sup> CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. **Méthodologies du Droit et des Sciences du Droit**. Paris: Dalloz, 2014. P. 10

<sup>2</sup> Em VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do estado e a unidade do direito internacional** - domesticando o rinoceronte. Belo Horizonte: Arraes, 2016 a ligação existente entre política, poder e força foi tratada com maior profundidade. Sustentou-se, por exemplo, que do conceito genérico original que se referia a tudo que dizia respeito à vida social, houve ao longo da história sua restrição semântica à estruturação do poder e, para tanto, adotou-se o conteúdo proposto por BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política** - Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010. p. 954. para o termo.

<sup>3</sup> Especificamente sobre o conceito de poder, BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política** - Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010. pp. 933-934. A respeito dos conceitos de exercício de concreção e de extração de normatividade conforme KOSKENNIEMI, Martti. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.

<sup>4</sup> Durante muitos anos um dos autores do artigo adotou a inicial minúscula para posicionar o termo Estado nas limitações de soberania que se desenvolviam. Os fatos exigiram recuo que indicasse a permanência da centralidade dos Estados como sujeitos de direito internacional.

<sup>5</sup> WALZER, Michael. **Thick and thin, moral argument at home and abroad**. Notre Dame: undp, 1994. Para uma análise do tema no campo da filosofia, ver: JULLIEN, François. **O diálogo entre as culturas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. Para algumas proposições de superação deste complexo dualismo, ver: FLORES, Joaquin. **A reinvenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009. LOCHAK, Danièle. **Le droit et les paradoxes de l'université**. Paris: PUF, 2010

colocada em perspectiva histórica não muito distante<sup>6</sup>.

Nesse sentido, as estruturas jurídicas comuns, a exemplo das organizações internacionais de integração, muitas vezes parecem incapazes de responder a desequilíbrios entre soberanias e de corrigir relações de poder comprometidas. Os discursos normativos que pretendem neutralidade, como ortodoxista/positivista no comparatismo, perdem o sentido quando confrontados com a realidade e acabam silenciados. Perdidos ou sem saber ao certo como enfrentar racionalmente os desafios, internacionalistas tendem a deixar de racionalizar juridicamente situações concretas e acabam abandonando a busca por parâmetros definitivos às dinâmicas de poder que surgem.

Não se pode negar, por outro lado, o esforço dos sujeitos de direito internacional para enquadrar atualmente suas ações em discursos normativos, mas essa iniciativa nem sempre tem sucesso<sup>7</sup>. Todos condenam o genocídio, mas alguns genocídios parecem ganhar maior relevo político e, portanto, resposta jurídica mais contundente. Crimes contra a humanidade receberam contornos de universalidade, mas o enquadramento de condutas aos tipos penais fixados em tratado depende claramente de determinadas escolhas políticas bastante evidentes<sup>8</sup>.

A eficácia seletiva de regras jurídicas constitui crítica, de fato, não direcionada apenas ao direito internacional, mas a todo o direito. A diferença é que, em esquemas de subordinação como os internos, as escolhas políticas de um órgão jurisdicional, por exemplo, identificam-se

como escolhas sociologicamente justificáveis, enquanto aquelas feitas no ambiente internacional são enquadradas básica e puramente nas relações de poder.

Exemplo atual bastante indicativo dessas reflexões tem lugar no fluxo de refugiados em direção ao ambiente europeu e nas reações pouco amistosas da população e dos governos de vários dos Estados envolvidos<sup>9</sup>. O cumprimento da convenção do refúgio que se impõe pelo direito é desafiado e relativizado pela realidade política europeia, continente que vivenciou diversas crises humanitárias em sua história<sup>10</sup>. Crises que, inclusive, motivaram o tratado global protetivo dos refugiados<sup>11</sup>.

Esses Estados aderiram, portanto, às estruturas de proteção do ser humano, contribuíram à construção de discurso de universalidade desses direitos e, quando estão sendo confrontados com a necessidade de atuar definitivamente para promover o concretizado em norma, relutam. As necessidades políticas criaram o direito e a mesma política posteriormente resiste à eficácia do corpo normativo estabelecido<sup>12</sup>.

A política que concorre e desafia o direito na administração do poder pode ser, quando analisadas as condutas dos Estados como sujeitos de direito internacional, abordada ao menos sob duas perspectivas: a das instituições e a das doutrinas. Focada na institucionalidade, a política se reduz ao Estado como conceito e estrutura. Ressaltadas seriam, sob tal ótica, suas competências e divisões funcionais internas.

Sob o prisma doutrinário e, portanto, eminentemen-

<sup>6</sup> CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329. Também Caldera, Rafael. The juridical basis of a new international order: conference held on 8 July 1986. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 196, 1986-I, pp. 385-400. p. 391. Trindade, Antônio Augusto Cançado. International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 316, 2005, pp. 09-439. p. 229.

<sup>7</sup> GOLDSMITH, Jack; POSNER, Eric. **The limits of international law**. New York: Oxford University Press, 2005.

<sup>8</sup> A erosão da relação entre diversos Estados do Continente Africano e o Tribunal Penal Internacional conforma exemplo dessas divergências de interpretação e aplicação de tratados que indicam tensão política entre a universalidade pretendida e os contextos e interesses locais e regionais dos sujeitos de direito internacional envolvidos como descrito em NEL, Michelle; SIBIYA, Vukile Ezrom. Withdrawal from the International Criminal Court: Does Africa have an alternative? In: **African Journal on Conflict Resolution**. Vol 17 No 1 (2017).

<sup>9</sup> Contexto já denunciado em 1998 em CHIMNI, B.S. The geopolitics of refugee studies: a view from the south. In: **Journal of Refugee Studies**, Vol. 11. No. 4 1998.

<sup>10</sup> Esforços para inviabilizar o cumprimento dos requisitos estabelecidos pela convenção para a caracterização da condição de refugiados – como o acolhimento fora do território dos Estados, o acordo entre a União Europeia e a Turquia sobre Refúgio vigente a partir de 20 de março de 2016 e o fechamento de fronteiras durante a pandemia relacionada ao Sars-CoV-2 em 2020 são exemplos de movimentos políticos que tensionam o direito internacional dos refugiados. Nesse sentido, ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: remaking the refugee label in an era of globalization. In: **Journal of Refugee Studies** Vol. 20 No. 2007 e também em PERTSCH, Anne; PÜSCHMANN, Pertsch. First Order, then Humanity: on the Involvement of Frontex at the Greek Border. In: **Verfassungsblog.de** em 25 de março de 2020. <https://verfassungsblog.de/first-order-then-humanity/> Acesso em 10 de junho de 2020.

<sup>11</sup> HADDAD, Emma. **The Refugee in International Society: Between Sovereigns**. Cambridge: University Press, 2008.

<sup>12</sup> JELLINEK, Georg. **Das Recht des modernen Staates**. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900. p. 17. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio: Renovar, 2001. p. 610.

te teórico, a conduta estatal deve ser abordada entre a ciência política, mais descritiva e teleológica, e a filosofia política, voltada aos dilemas internos da institucionalidade. A abordagem científica contrapõe as funções de estabelecer padrões normativos, portanto, com a perspectiva da organização social propriamente dita. O Estado é um ente político complexo e o direito é apenas uma de suas esferas. Isso resulta bastante claro em sua conduta e comportamento no ambiente global<sup>13</sup>.

Estados interagem, por outro lado, hoje com outros sujeitos de direito das gentes. Organizações internacionais atuam de forma muitas vezes equiparada aos sujeitos por excelência e conseguem, inclusive, criar foros internacionais capazes de produzir - ou, dependendo da dinâmica de poder aplicável, de impor - governança. Práticas de governança, muitas vezes vinculadas a atores absolutamente não estatais, podem se concretizar por meio da chamada “soft law”, é dizer, de direito não vinculado essencialmente às práticas gerais aceitas como direito e, portanto, impossíveis de condução à classificação típica do costume internacional.<sup>14</sup>

Dúvidas em relação à legitimidade desses modelos de governança para a produção normativa somam-se aos questionamentos anteriormente feitos em relação à formação da vontade estatal de aderir a determinada narrativa que resulte de processos políticos alheios ao convencimento de sua sociedade. A dinâmica política - muitas vezes imposta a sujeitos soberanos - pode, sob esses parâmetros, macular a neutralidade e o consenso pretendidos pela normatividade internacional.

Tanto a política quanto o direito encontram-se vinculados à ideia de poder<sup>15</sup>. Não se teoriza política sem um ponto de partida de poder e de sua análise<sup>16</sup>. Tampouco o direito pode ser compreendido e justificado sem considerar o poder e suas nuances. Principalmente em razão do fato da normatividade justamente limitar e

administrar o poder<sup>17</sup>.

Uma abordagem positivista descuidada, que não leve em consideração as complexidades acima colocadas, pode pretender, por exemplo, observar a técnica jurídica como ciência pura, é dizer, reduzir o direito a um algoritmo<sup>18</sup>. A pretensão de exclusão da moral do debate normativo ensejaria impossibilidade de se reconhecer tampouco a política e sua promiscuidade com o direito. Sem fazer grandes considerações sobre o ambiente jurídico interno de um Estado, para o direito internacional essa seria ficção insustentável.

A política pode se igualar ao poder em seu exercício, mas o poder pode ser verificado como sustentáculo das estruturas jurídicas. O diálogo entre as suas esferas é inevitável e claro é o papel do poder como promotor da interação<sup>19</sup>. Ao questionamento do que teria surgido primeiro, se o direito ou a política, a resposta mais acertada seria: o poder. Mais especificamente em seu formato primitivo, como força. As teorias tradicionais do direito das gentes, estruturadas no entorno do voluntarismo estatal, tinham as relações de poder bastante presentes e não as conseguia desvincular do direito.

O voluntarismo leva ao questionamento da soberania, isto é, do Estado e de sua existência como condicionante do direito internacional como direito. Sob a perspectiva interna, existem teorias filosóficas e posicionamentos políticos tendentes à supressão da estrutura estatal, mas essas perspectivas esbarram na dificuldade de se organizarem estruturas de direito sem que se pressuponha a organização e a regulamentação das relações de poder.

A necessidade de fundamentar juridicamente a atuação política - internamente restrita quase exclusivamente aos órgãos exercentes de funções soberanas - não se restringe internacionalmente aos Estados, mas neles se concentra<sup>20</sup>. A relevância do Estado não foi superada

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

<sup>14</sup> Mais sobre o tema, ver: CRAWFORD, James Richard. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Volume 365, 2013, p. 27-136. Para uma perspectiva de direito constitucional: TAUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>15</sup> Sobre o tema ver, na perspectiva da história do direito, ver: SCHIAVONE, Aldo. **IUS: L'invention du droit en occident**. Paris: Belin, 2008, p.187-423.

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.76-77.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**; por uma teoria geral da política. Rio: Paz e Terra, 1987. pp. 93-94. “*In verbis*”: “Ao lado do problema do fundamento do poder, a doutrina clássica do Estado sempre se ocupou também do problema dos limites do poder, problema que geralmente é apresentado como problema das relações entre direito e poder (ou direito e Estado).”

<sup>18</sup> Ehrlich, Ludwik. The development of international law as a science. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 105, 1962-I, pp. 173-265. p. 177.

<sup>19</sup> Como no contexto interno, ROUSSEAU, Jean-jacques. **Du contrat social**. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973. pp. 162-163.

<sup>20</sup> Rousseau, Charles. *Principes de droit international public*. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye,

pela admissão de outros atores como sujeitos de direito na estrutura normativa global<sup>21</sup>. Estados são ainda centrais e as instituições mundiais ainda guardam traços de voluntarismo e de extremo respeito a desígnios soberanos.

Mas a dinâmica da teoria do direito com o poder não pode ser simplificada e isolada em termos tão técnicos. E isso vale, inclusive, para as técnicas comparatistas que pretendem mitigar a política. O poder não parece incorporado à dogmática jurídica como elemento. Teóricos percebem o poder basicamente como um fato. Um fato extrajurídico normalmente associado às faculdades humanas e à obediência ou vinculado à ideia de soberania<sup>22</sup>.

O respeito ao fundamento jurídico conduz a análise das relações de poder à concepção de direito como sistema, isto é, como estrutura dotada de características mínimas de ordenação e unidade capazes de garantir a convivência ordenada entre os sujeitos<sup>23</sup>. A convivência ordenada entre os membros da sociedade internacional e estruturada, portanto, em bases jurídico-normativas depende fundamentalmente da cooperação entre os sujeitos e de institucionalização<sup>24</sup>.

A produção de direito comum, isto é, de regras jurídicas que vinculem mais de uma sociedade, é bastante

desafiadora.<sup>25</sup> A cooperação equilibrada que respeita as vontades dos sujeitos de direito internacional formuladas internamente em suas sociedades conforma o modelo ideal dessa dinâmica, mas a teoria jurídica não pode pressupor essa dinâmica nos processos dos quais resulte produção jurídica comum internacional. Nem mesmo quando adotados métodos aparentemente neutros como alguns comparatistas para a harmonização ou uniformização dos sistemas de direito.

Os desafios externos à formação da vontade, decorrentes de poder político, econômico, militar ou de qualquer outro fator hegemônico e os problemas de legitimidade dos órgãos internacionais com atribuições normativas são fundamentais e devem ser analisados, estudados, compreendidos para que seus efeitos - se não eliminados - possam ser atenuados para garantir maior equilíbrio nas negociações e maior legitimidade dos produtos normativos produzidos.

Da mesma maneira, o processo de formulação destes conjuntos normativos internacionais merece uma atenção cuidadosa. Historicamente, a produção jurídica decorrente do direito comparado não negava sua visão politicamente situada que, aliada a uma rigorosa contribuição técnica, pretendia oferecer ao direito internacional público uma perspectiva que estivesse comprometida com uma visão “cosmopolita, internacionalista, humanista e socialmente progressista”<sup>26</sup>

Por outro lado, a produção do trabalho de harmonização e uniformização do direito internacional vem atualmente sendo entendido, ou ao mesmo narrado publicamente, como um processo eminentemente técnico-científico e, portanto, isolado de influências externas, tais como a política, precisa de ser cuidadosamente (re)visitado.

Este processo analítico não pode ser realizado sem que o pesquisador se debruce sobre o papel do direito comparado neste procedimento. O estudo da teoria da comparação e seus objetos, por sua vez, pode ser um importante aliado. Um dos temas mais analisados dentro desta área dos estudos jurídicos comparados atualmente é justamente a relação entre o discurso e a

Volume 93, 1958-I, pp. 369-550. pp. 382-383.

<sup>21</sup> Rosenne, Shabtai. The perplexities of modern international law: general course on public international law. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 291, 2001, pp. 09-471. p. 38.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 16. FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 235-265

<sup>23</sup> Uma definição que se propõe ao termo “sistema” seria a apresentada por CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. pp.10-13. que ressalta a ordenação e a unidade como conformadoras de suas principais características. Dúvidas relacionadas ao uso do termo “ordenamento jurídico” como sinônimo de “sistema de direito” em VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do estado e a unidade do direito internacional - domesticando o rinoceronte**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 22. Também BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 198.

<sup>24</sup> WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370. p. 50. Virally, Michel. Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 183, 1983-V, pp. 09-382. p. 251.

<sup>25</sup> DELMAS- MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p 273-305.

<sup>26</sup> KENNEDY, David. The Methods and the Politics. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies: Traditions and Transition**. Cambridge: Cambridge University press, 2011. p.349

práxis adotada pela maioria dos comparatistas que defendem a uniformização do direito e seus reflexos dentro e fora do campo do direito. Este é o tema de nossa próxima seção.

### 3 Harmonização, Uniformização e Política no Direito Comparado

O método comparatista é amplamente percebido como uma técnica com mais virtudes do que vícios<sup>27</sup>. Comparar traz implícita a ideia de conhecer o outro, sugere aproximação. No direito, a comparação pode se dar nas formas e procedimentos, mas mostra-se especialmente interessante quando contrapõe visões de mundo traduzidas em normas. Iniciativas de harmonização ou de uniformização de legislações partem direta ou indiretamente do método comparatista para orientar seus resultados em dinâmica que se mostra profundamente desafiada pela política.

A década de 1990 reuniu contextos históricos que repercutiram no direito internacional de maneira bastante contundente. Fatores importantes se alinharam e permitiram grande expansão normativa e institucional internacional. O comparatismo, como técnica jurídica, renasceu e consolidou seu espaço justamente nesse ambiente extremamente otimista e permeado de consensos e de concórdia<sup>28</sup>.

De forma paralela, a corrente dominante desde os anos de 1970 no comparatismo, o chamado ortodoxismo, determina o padrão adotado entre os estudiosos do campo. Eles podem ser resumidos, segundo alguns de seus maiores expoentes, em seis elementos determinantes.

O primeiro deles é o positivismo, no qual a letra da lei acaba atuando como ponto de partida e chegada do processo de comparação; o método, um segundo importante elemento característico, é o imperativo de necessária utilização na busca por escapar de um ques-

tionável e inseguro subjetivismo e com intenção de caminhar na direção de um trabalho mais científico, ou seja, neutro. Uma terceira característica é a visão do direito estrangeiro como possuidor de um único sentido correto passível de ser determinado pelo pesquisador.

A postura científica, por sua vez, só será entendida desta maneira se realizada dentro da moldura metodológica do funcionalismo, método considerado o mais rigoroso e, portanto, passível de ser aplicado<sup>29</sup>. Por fim, a razão e sentido do ortodoxismo é identificar um direito estrangeiro “*como ele o é*”. Trata-se, portanto, de uma atividade intelectual que irá “descortinar” um sentido verdadeiro e unívoco, ponto comum em qualquer norma jurídica identificável no mundo. O sucesso da empreitada comparatista está, portanto, na plena compreensão e no domínio mínimo das formulações jurídicas estrangeiras.<sup>30</sup>

Para o ortodoxismo/positivismo, todos os problemas jurídicos são similares, independente do país envolvido. Neste sentido, haveriam as mesmas questões e objetos em todos os ordenamentos jurídicos, mesmo que eles possuem origens culturais e sociais distintas. O fato de haver valores ou culturas diferentes não significa que haverá princípios mínimos distintos.<sup>31</sup> Da mesma maneira, distintos sistemas podem dar respostas similares a problemas jurídicos aparentemente comuns. É a chamada *presunção de similaridade*.<sup>32</sup>

Essa presunção de similaridade deve servir ao comparatista como um norte intelectual, uma forma de pesquisar o direito estrangeiro. Ao investir seu olhar na busca constante por uma identificação de um possível comum, o comparatista acaba por adotar uma postura que só pode se dar por satisfeita ao identificar pontos em comum entre os sistemas.<sup>33</sup>

Essa processo, claramente aficionado na busca por

<sup>27</sup> GORDLEY, James. Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law. *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, no. 4, Fall 1995, p. 555-568.

<sup>28</sup> Esse não é um primeiro momento no qual se observa contexto do gênero no direito comparado. Para uma leitura da história do direito comparado, ver: HUG, Walther. The History of Comparative Law. *Harvard Law Review*, v. 45, n. 6, p. 1.027-1.070, 1932. Ver, também, inclusive no que diz respeito a relação entre o direito comparado e a política: RILES, Annelise. *Rethinking the Masters of Comparative Law*. Oxford, Hart Publishing, 2001.

<sup>29</sup> Sobre o tema, ver: MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 339-382.

<sup>30</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

<sup>31</sup> GORDLEY, James. The Universalism Heritage, In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 42

<sup>32</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. P. 42

<sup>33</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. P. 40

uma cientificidade, deve excluir a todo custo algum tipo de análise política ou moral e que, de preferência, adota como parâmetro o direito privado europeu, encontra no direito comparado sua “*escola da verdade*” que permitirá a edificação de novos e importantes materiais jurídicos que possibilitarão, por exemplo, a uniformização do direito.<sup>34</sup>

**É, portanto, a técnica científica neutra, sob a égide da metódica funcionalista e a lógica do direito privatista que irá culminar na uniformização bem sucedida. Para os ortodoxos “o direito comparado nos permite, assim, aprofundar nossa convicção na existência de um senso comum de justiça”<sup>35</sup>**

Como método e, portanto, pretendendo neutralidade e esterilidade, o comparatismo marginaliza a teoria crítica enquanto parece marginalizado pelos outros ramos do direito. Por outro lado, tende a ser aplicado de forma estratégica para administração de um controle cognitivo que acaba, paradoxalmente, superestimando o direito e sua neutralidade<sup>36</sup>.

Esse controle pode ser entendido como uma orientação em direção a uma ordem dita formalista que pretende uma técnica de rotulação das informações e se sustenta numa afirmada interpretação jurídica que, baseada em reduzidas informações (*data*), geralmente adota uma postura que entende o lugar do sistema de origem do comparatista como privilegiado em relação ao sistema comparado.

Essa “operação metodológica” é baseada comumente numa compreensão formalista da lei que reduz “o direito a normas legais e as mesmas normas a seu conteúdo gramatical”. Essa operação pode ser identificada em perspectivas metodológicas como as taxonômicas, o funcionalismo, o estruturalismo, entre outros.<sup>37</sup> Como resultado, a comparação passa a adotar uma prática que frequentemente é pautada numa postura que entende certos sistemas, geralmente o da civil law e o da *common law*, como naturais, normais ou padrões, enquan-

to o restante ocupa um lugar que vai do “diferente ao excêntrico”<sup>38</sup>

A pretensão de neutralidade do comparatismo no direito pode, na verdade, potencializar a busca por neutralidade e ignorar completamente as dinâmicas de poder relacionadas aos processos de formação de normas<sup>39</sup>. Pode, da mesma maneira, esconder as complexas relações entre o conhecimento e essas mesmas dinâmicas.<sup>40</sup>

A percepção de que é necessário compreender o direito comparado dentro de uma perspectiva que inclua nas suas reflexões a análise da dimensão do poder e da dominação e a inserção do olhar cuidadoso nos aparentes discursos de emancipação e de uma possível agenda progressista oriunda dos processos de comparação são, provavelmente, duas das mais importantes contribuições que os estudiosos do *Critical Legal Studies* trouxeram para o direito comparado. Suas conclusões devem estar, portanto, sempre no radar dos estudiosos do assunto.<sup>41</sup>

O comparatismo também pode, ser utilizado de maneira paternalista, isto é, estabelecer dinâmica professoral entre ordenamentos jurídicos direcionada a civilizar, catequizar e ensinar, em cartesianismo pautado no bem e no mal, práticas consideradas melhores. A instrumentalização do comparatismo dessa maneira adota clara perspectiva de submissão entre culturas e, consequentemente, de postura subalterna de algumas estruturas normativas em relação a outras<sup>42</sup>.

Abordagens decoloniais sobre o direito comparado também alertaram a respeito de tais perigos. A empreitada colonialista, narrada diversas vezes por vários estudiosos, não se limitou somente a um processo de dominação física.

No empreendimento colonial há um forte componente de construção de subjetividade em que termos como modernização, globalização e desenvolvimento

<sup>34</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p.15

<sup>35</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998. P.3

<sup>36</sup> FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. **Utah Law Review**, vol. 1997, no. 2, 1997, p. 259-274. p. 260.

<sup>37</sup> Sobre o métodos em direito comparado, ver: CAMPOS, Deo. Método(s) em Direito Comparado. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, vol 61, n 3, 2016, p.189-212

<sup>38</sup> FRANKENBERG, Gunther. *Comparative law as critique*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p.85

<sup>39</sup> LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. U.C. **Davis Law Review**, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 805.

<sup>40</sup> FRANKENBERG, Gunther. **Comparative law as critique**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, x

<sup>41</sup> MATTEI, Ugo. Comparative Law and Critical Legal Studies, In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p.835

<sup>42</sup> FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. **Utah Law Review**, vol. 1997, no. 2, 1997, p. 259-274. p. 262-263.

são os herdeiros históricos de um processo que representa o triunfo da dominação do liberalismo legal. Este, por sua vez, apresenta-se como a mentalidade jurídica mais avançada, representante direta do iluminismo kantiano e detentora da autoridade e não só representar, mas falar por todo o mundo.<sup>43</sup>

Baseada nas proposições de autores alinhados ao chamado culturalismo, a crítica decolonial do direito comparado alerta que o positivismo apregoado pelo campo dominante do direito comparado sustenta a falácia epistêmica e colonial do cartesianismo, argumentando sobre a possibilidade da divisão entre a mente o mundo, entre a razão e a natural como um *a priori* ontológico.<sup>44</sup>

Neste sentido, em que pese a reafirmação do argumento de neutralidade, o ortodoxismo é sempre político e autoritário, já que há sempre uma posição política clara quando a indiferença com a diferença é adotada nestes termos.<sup>45</sup>

A dita neutralidade acobertaria ou uma forma de ingenuidade na compreensão das relações entre direito e política<sup>46</sup> ou, na verdade, um eurocentrismo que não só atribui como autoridade somente certas formas de racionalidade, notadamente as ocidentais construídas no hemisfério norte do planeta, como se recusa a identificar novas formas de cosmovisões e construção sociais e suas consequentes representações jurídicas.<sup>47</sup>

A própria ideia de “recepção de direitos” por parte dos sistemas jurídicos orientais aponta para essa dinâmica descrita<sup>48</sup>. Há argumentos que, por exemplo, claramente reforçam a posição de que há um conjunto de

ideias melhores desenvolvidas em certos sistemas jurídicos que seriam, por tal razão, mercedores de uma análise mais atenciosa pelo comparatista.<sup>49</sup>

Para além da autoridade racional, a realização de um direito comparado desatento com as complexidades em que sua operação científica está envolvida, poderá servir não só como a reafirmação da atribuição de autoridade de certas formas de conhecimento, mas a possibilidade de uma sofisticada rearticulação de uma autoridade política, fundada numa racionalidade iluminada e reveladora de valores universais, que possibilita a justificação de diversos tipos de dominação política.<sup>50</sup>

A técnica comparatista pode funcionar, assim, como instrumento de imposição de padrões hegemônicos. Essa funcionalidade impositiva pode ser, inclusive, oculta e se dar mesmo quando adotadas posturas pragmáticas com finalidades específicas e bem marcadas construtoras de neutralidades aparentes capazes de mascarar enviesamentos políticos<sup>51</sup>.

O discurso da chamada *pura e desinteressada investigação dos sistemas jurídicos estrangeiros*<sup>52</sup> pode cobrir, é verdade, um manancial de convencimento de uma possível neutralidade científica que venha a ser entendida como uma nova maneira de colonização intelectual. A pretensão busca de uma melhor norma comum sem influência cultural pode ser entendida, portanto, como uma posição política, cultural e econômica, geralmente usada para a manutenção dos interesses políticos dominantes.

Diante de todas essas críticas e desafios, a técnica comparatista - e toda sua modernidade metodológica - pode ser identificada como um instrumento hegemônico eminentemente ocidental<sup>53</sup>. Para descomprimir essa ameaça, uma solução de abordagem, vinculada mais ao que estaria por trás das normas e não às normas em si, poderia ser capaz de neutralizar ou de diminuir os con-

<sup>43</sup> BAXI, Upendra. The Colonialist Heritage. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies: Traditions and Transition**. Cambridge: Cambridge University press, 2011. P.48

<sup>44</sup> ACHILLE, Mbembe. Decolonizing Knowledge and the Question of the Archive. **WISER Public Lecture**, 2015.. Disponível em: <http://wiser.wits.ac.za/system/files/Achille%20Mbembe%20-%20Decolonizing%20Knowledge%20and%20the%20Question%20of%20the%20Archive.pdf>. Acesso em: 26/09/2019

<sup>45</sup> LEGRAND, Pierre. Jameses At Play: A Tractation on the Comparison of Laws. **American Journal of Comparative Law**, vol 65, Edição Especial, 2017, p.7-8

<sup>46</sup> Para uma das primeiras e mais incisivas críticas ao funcionalismo/ortodoxismo, ver: FLETCHER, George P. The Universal and the Particular in Legal Discourse, In: **BRIGHAM YOUNG UNIVERSITY LAW REVIEW**, 1987, p.338

<sup>47</sup> MUNSHI, Sherally. Comparative Law and Decolonizing Critique. **American Journal of Comparative Law**, vol 65, Edição Especial, 2017 P.225-226

<sup>48</sup> CAMPOS, Deo. Transplantes jurídicos: história, teoria e crítica no direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n 39, p. 76-96, dez 2018.

<sup>49</sup> MARKESINIS, Basil S. **Comparative Law in the Courtroom and the Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years** 50, 2003.

<sup>50</sup> MUNSHI, Sherally. Comparative Law and Decolonizing Critique. **American Journal of Comparative Law**, vol 65, Edição Especial, 2017, p.225-226

<sup>51</sup> FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. **Utah Law Review**, vol. 1997, no. 2, 1997, p. 259-274. p. 263.

<sup>52</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998. p.47

<sup>53</sup> FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. **Utah Law Review**, vol. 1997, no. 2, 1997, p. 259-274. p. 269.

textos políticos descritos<sup>54</sup>.

A deferência à diferença deve orientar o comparatismo<sup>55</sup>. Nesse sentido, a ideia de governança como exteriorização pretensamente neutra de padrões resultantes da comparação de sistemas - mormente de direito - pode resultar em uma estrutura que mascara a política - ou que busca mascarar a política<sup>56</sup>. O tecnicismo excessivo normalmente tem êxito nessa tarefa.

Se, por um lado, o comparatismo, como método aplicado ao direito, ao promover uniformização e harmonização, pretende modernidade e pode ser identificado como moderno, o direito, por outro lado, seus conceitos, soluções e estruturas, possui raízes em matrizes muito anteriores à modernidade e não pode ser a ela reduzido. O método, portanto, não se identifica materialmente com o direito prospectado ou produzido que, em regra, acaba reproduzindo modelos tradicionais<sup>57</sup>.

Aplicado a estruturas internacionais comuns que buscam integração normativa, o comparatismo é utilizado frequentemente para identificar se os ordenamentos estão convergindo ou não, mas deveriam identificar, na verdade, não se, mas como estão convergindo ou porque não estão convergindo<sup>58</sup>.

Integração normativa traduz-se como padronização e, nesse processo, ainda que aplicado com respeito e cuidado, a ortodoxia comparatista dificilmente conseguiria evitar os danos de uma uniformização que avançaria sobre diferenças eliminando-as ou oprimindo-as<sup>59</sup>.

Nesse ponto, cumpre assinalar a falta de necessidade de uniformização jurídica para a promoção da integração de sistemas de direito. Ainda que tratada de forma recorrente como desejável ou evidente, a uniformização

não conforma pré-requisito desses sistemas<sup>60</sup>.

O processo europeu já enfrentava em 1997 forte resistências doutrinárias que se posicionavam contrariamente ao projeto de uniformização conduzido para estabelecer um código civil continental comum<sup>61</sup>. A codificação em um sistema integrado como o europeu - ou como o regional do MERCOSUL - promove invariavelmente a marginalização de perspectivas locais específicas<sup>62</sup>. Na União Europeia, gize-se, essas dificuldades são potencializadas pela convivência do sistema continental escrito com o common law e com sua natural dificuldade de adaptação à codificação ampla e exaustiva<sup>63</sup>.

A codificação internacional pode, ao buscar eliminar divergências e aproximar sistemas jurídicos, promover, na verdade, exclusão e um globalismo eticamente deficiente<sup>64</sup>. Códigos são esforços de implementação de uma percepção de unidade, pertencimento e de similaridade. Como resultado de esforços uniformizantes internacionais, simbolizam o êxito do afastamento da diferença<sup>65</sup>.

O sucesso da uniformização de um direito está, portanto e em grande medida, na negação da resistência<sup>66</sup>. Mas a harmonia, não exclusivamente mas especialmente no contexto jurídico, exige coerência<sup>67</sup>. Harmonização, como técnica, é, entretanto, conceito essencialmente indeterminado que, no direito, encontra-se majoritariamente vinculado a transações, ao dinheiro e, portanto, à vida privada<sup>68</sup>.

<sup>54</sup> LEGRAND, Pierre. European Legal Systems Are Not Converging. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, no. 1, January 1996, p. 52-81. p. 81.

<sup>55</sup> LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 807.

<sup>56</sup> FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. *Utah Law Review*, vol. 1997, no. 2, 1997, p. 259-274. p. 270.

<sup>57</sup> LEGRAND, Pierre. Breves Reflexions sur L'Utopie Unitaire en Droit. *Revue de la Common Law en Francais*, vol. 3, no. 1, 2000, p. 111-126. p. 114.

<sup>58</sup> Especificamente sobre a não convergência do sistema europeu, LEGRAND, Pierre. European Legal Systems Are Not Converging. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, no. 1, January 1996, p. 52-81. p. 81.

<sup>59</sup> LEGRAND, Pierre. Against a European Civil Code. *Modern Law Review*, vol. 60, no. 1, January 1997, p. 44-63. p. 62.

<sup>60</sup> LEGRAND, Pierre. Breves Reflexions sur L'Utopie Unitaire en Droit. *Revue de la Common Law en Francais*, vol. 3, no. 1, 2000, p. 111-126. p. 117.

<sup>61</sup> LEGRAND, Pierre. Against a European Civil Code. *Modern Law Review*, vol. 60, no. 1, January 1997, p. 44-63.

<sup>62</sup> LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 803.

<sup>63</sup> LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 804.

<sup>64</sup> LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 799.

<sup>65</sup> LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 799.

<sup>66</sup> LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 800.

<sup>67</sup> BOODMAN, Martin. The Myth of Harmonization of Laws. *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 4, Fall 1991, p. 699-724. p. 702.

<sup>68</sup> BOODMAN, Martin. The Myth of Harmonization of Laws. *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 4, Fall 1991,

Harmonização, assim como o comparatismo como um todo, quando embalado no discurso da inocência, seja ele de um universalismo asséptico ou num método pragmático, pode ser tomado, por críticos, como um mito, uma grande farsa.<sup>69</sup> O resultado, para esses críticos, é uma nova norma ou o sucesso de uma visão hegemônica específica<sup>70</sup>.

## 4 Considerações finais

A busca pela cientificidade que justifica a produção teórica formulada pelo ortodoxismo não é, em momento algum, um mal começo para a produção de um trabalho científico que, utilizando de estudos jurídicos comparados, pretende produzir, por exemplo, a harmonização de normas internacionais. O equívoco do pesquisador se apresenta justamente quando este é o único aspecto levado em consideração.

A análise metodológica, o domínio da língua estrangeira, o controle dos dados e a compreensão dos textos legais estrangeiros são partes fundamentais e devem ser observadas com atenção e rigor pelo comparatista. Mas se a pesquisa comparada se pretende devidamente aprofundada e rigorosa, estas ações são apenas o início de um complexo processo e não o processo em si, como supõe o ortodoxismo.

O abandono de outros importantes aspectos que envolvem o estudo jurídico comparado, como a análise contextual e histórica, pode levar o pesquisador ao erro de desconsiderar em sua análise o papel fundamental que ocupa a dimensão política em processos como os de harmonização de normas internacionais.

O trabalho de compreensão dogmática, quando reduzido ao positivismo dominante é parte importante e intrínseca do comparatismo, mas a redução deste processo somente a esta esfera pode significar mais do que uma mera imprecisão científica. Corre-se o sério risco da adesão ingênua a uma determinada perspectiva política e, portanto, eminentemente influenciada pela

complexa rede de relações de poder que compõe a sociedade internacional.

A ausência desta perspectiva na investigação não só coloca em risco a efetiva compreensão da norma dita harmonizada mas, sobretudo, acoberta processos de instrumentalização do direito. A formulação de normativas ditas harmônicas pode, ao fim e ao cabo, significar um amplo e complexo emaranhado de heranças de dominação históricas e culturais que precisam ser abordadas de forma detida pelos estudiosos do direito internacional e comparado.

O grande desafio do comparatista está precisamente na produção crítica do direito comparado e em sua obrigatória interconexão com a política, a sociologia e a filosofia. A atuação interdisciplinar, contemplando abordagens que ousam ir além do direito positivo, revelando processos políticos nacionais e geopolíticos, mostra-se essencial para os estudos comparados e não pode mais ser relegada a um segundo plano, como ainda hoje é percebido.

## Referências

ACHILLE, Mbembe. Decolonizing Knowledge and the Question of the Archive. **WISER Public Lecture**, 2015. Disponível em: <http://wiser.wits.ac.za/system/files/Achille%20Mbembe%20-%20Decolonizing%20Knowledge%20and%20the%20Question%20of%20the%20Archive.pdf>. Acesso em: 26/09/2019

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio: Renovar, 2001.

BAXI, Upendra. The Colonialist Heritage. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies: Traditions and Transition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política** – Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOODMAN, Martin. The Myth of Harmonization of Laws. **American Journal of Comparative Law**, vol.

p. 699-724. p. 702-706.

<sup>69</sup> FRANKENBERG, Günther. The Innocence of Method – Unveiled: Comparison as an Ethical and Political Act, **Journal of Comparative Law**, vol. 9, 2014, p. 222-258.

<sup>70</sup> BOODMAN, Martin. The Myth of Harmonization of Laws. **American Journal of Comparative Law**, vol. 39, no. 4, Fall 1991, p. 699-724. p. 724.

39, no. 4, Fall 1991, p. 699-724.

Caldera, Rafael. The juridical basis of a new international order: conference held on 8 July 1986. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 196, 1986-I, pp. 385-400.

CAMPOS, Deo. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, vol 61, n 3, 2016, p.189-212.

\_\_\_\_\_. Transplantes jurídicos: história, teoria e crítica no direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n 39, p. 76-96, dez 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). **Revista Brasileira de Filosofia**. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. **Méthodologies du Droit et des Sciences du Droit**. Paris: Dalloz, 2014.

CHIMNI, B.S. The geopolitics of refugee studies: a view from the south. In: **Journal of Refugee Studies**, Vol. 11. No. 4 1998.

CRAWFORD, James Richard. Chance, Order, Change : The Course of International Law In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Volume 365, 2013, p. 27-136.

DELMAS- MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Ehrlich, Ludwik. The development of international law as a science. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 105, 1962-I, pp. 173-265.

FLETCHER, George P. The Universal and the Particular in Legal Discourse. **Brigham Young University Law Review**, p.335-351, 1987.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLORES, Joaquin. **A reinvenção dos Direitos Hu-**

**manos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. **Utah Law Review**, vol. 1997, no. 2, p. 259-274, 1997.

\_\_\_\_\_. The Innocence of Method – Unveiled: Comparison as an Ethical and Political Act. **Journal of Comparative Law**, vol. 9, p.222-258, 2014.

\_\_\_\_\_. **Comparative law as Critique**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

GORDLEY, James. Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law. **American Journal of Comparative Law**, vol. 43, no. 4, Fall, p. 555-568, 1995.

GORDLEY, James. The Universlism Heritage, In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies: Traditions and Transition**. Cambridge: Cambridge University press, 2011.

HADDAD, Emma. **The Refugee in International Society: Between Sovereigns**. Cambridge: University Press, 2008.

HUG, Walther. The History of Comparative Law. **Harvard Law Review**, v. 45, n. 6, p. 1.027-1.070, 1935.

JELLINEK, Georg. **Das Recht des modernen Staates**. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900.

KENNEDY, David. The Methods and the Politics. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies: Traditions and Transition**. Cambridge: Cambridge University press, 2011. p.345-433.

KOSKENNIEMI, Martti. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.

LEGRAND, Pierre. European Legal Systems Are Not Converging. **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 45, no. 1, p. 52-81, 1996.

\_\_\_\_\_. Against a European Civil Code. **Modern Law Review**, vol. 60, no. 1, p. 44-63, Jan 1997.

\_\_\_\_\_. Breves Reflexions sur L'Utopie Unitaire en Droit. **Revue de la Common Law en Francais**, vol. 3, no. 1, p. 111-126, 2000.

\_\_\_\_\_. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. **U.C. Davis Law Review**, vol. 31, no. 3, p. 799-808, Spring 1998.

\_\_\_\_\_. European Legal Systems Are Not Converging.

- International and Comparative Law Quarterly**, vol. 45, no. 1, p. 52-81, January 1996.
- \_\_\_\_\_. Jameses At Play: A Tractation on the Comparison of Laws, **American Journal of Comparative Law**, vol 65, Edição Especial, p.1-132, 2017.
- LOCHAK, Danièle. **Le droit et les paradoxes de l'universite**. Paris: PUF, 2010.
- MATTEI, Ugo. Comparative Law and Critical Legal Studies, In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p.815-837.
- MARKESINIS, Basil S. **Comparative Law in the Courtroom and the Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years** 50, 2003.
- MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 339-382.
- MUNSHI, Sherally. Comparative Law and Decolonizing Critique, **American Journal of Comparative Law**, vol 65, Edição Especial, p.225-226. 2017.
- NEL, Michelle; SIBIYA, Vukile Ezrom. Withdrawal from the International Criminal Court: Does Africa have an alternative? In: **African Journal on Conflict Resolution**. Vol 17 No 1 (2017)
- PERTSCH, Anne; PÜSCHMANN, Pertsch. First Order, then Humanity: on the Involvement of Frontex at the Greek Border. In: **Verfassungsblog.de** em 25 de março de 2020. <https://verfassungsblog.de/first-order-then-humanity/> Acesso em 10 de junho de 2020.
- RILES, Annelise. **Rethinking the Masters of Comparative Law**. Oxford, Hart Publishing, 2001.
- Rosenne, Shabtai. The perplexities of modern international law: general course on public international law. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 291, 2001, pp. 09-471.
- Rousseau, Charles. Principes de droit international public. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 93, 1958-I, pp. 369-550..
- ROUSSEAU, Jean-jacques. **Du contrat social**. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973.
- SCHIAVONE, Aldo. **IUS: L'invention du droit en occident**. Paris: Belin, 2008.
- TAUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Trindade, Antônio Augusto Cançado. International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 316, 2005, pp. 09-439.
- VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do estado e a unidade do direito internacional - domesticando o rinoceronte**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- Virally, Michel. Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 183, 1983-V, pp. 09-382.
- WALZER, Michael. **Thick and thin, moral argument at home and abroad**. Notre Dame: undp, 1994.
- WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370.
- ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: remaking the refugee label in an era of globalization. In: **Journal of Refugee Studies** Vol. 20 No. 2007.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

**DIREITO COMPARADO NO BRASIL**

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**L'originalité du Droit Brésilien et  
le Droit Comparé**

**A originalidade do Direito  
Brasileiro e o Direito Comparado**

Arnoldo Wald

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# L'originalité du Droit Brésilien et le Droit Comparé\*

## A originalidade do Direito Brasileiro e o Direito Comparado

Arnoldo Wald\*\*

Les droits des pays latins d'Amérique, faits pour s'appliquer dans un milieu différent du milieu américain, se distinguent des droits de l'Europe continentale et constituent, au sein du groupe du droit français, une catégorie originale, dont les traits spécifiques apparaissent de plus en plus clairement au fur et à mesure que le divorce s'atténue entre des textes jadis théoriques et les réalités de la vie.<sup>1</sup>

[...] des leçons doivent, de ce côté-ci du globe, être tirées de l'expérience juridique brésilienne, soit dans certains détails de sa législation, soit – et c'est sans aucun doute le plus important – dans l'attitude d'héritière inventive qui caractérise son évolution, et que l'on gagnerait à répandre en France.<sup>2</sup>

[...] Le droit brésilien se caractérise en effet par la vitesse des changements accomplis car il s'agit d'un pays en voie de développement rapide où le législateur non seulement accompagne les faits mais les devance souvent avec des textes qui sont élaborés pour accélérer le développement économique et social.<sup>3</sup>

### Résumé

Cet article examine le rôle du Droit Comparé au Brésil, ainsi que le degré de son influence sur sa formation en tant qu'ordre juridique autonome et l'étendue de son impact et diffusion au sein de l'enseignement et de la pratique des avocats et juges du pays.

**Mots Clé:** Droit Comparé. Objet. Méthode. Droit brésilien. Influence

### Resumo

O presente artigo examina o papel do Direito Comparado no Brasil, tanto quanto o grau da sua influência na formação deste como ordem jurídica autônoma e a extensão do seu impacto e difusão no ensino e na praxe dos advogados e juízes do país.

\* Auteur invité / Guest Author / Autor convidado

\*\* Avocat aux barreaux de São Paulo et Paris. Professeur titulaire de droit civil à l'Université de l'Etat de Rio de Janeiro. Docteur Honoris Causa de l'Université de Paris II, Président d'Honneur du Groupe brésilien de l'Association Henri Capitant. Email: aw@wald.com.br

<sup>1</sup> René DAVID, *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé*, Paris, LGDJ, 1950, p. 267.

<sup>2</sup> Guy Canivet, *Tirer profit du droit brésilien*. In: *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*, Dir. par Arnoldo Wald et Camille Jauffret-Spinosi, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 13.

<sup>3</sup> Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Le droit brésilien, cet "inconnu" qui ne l'est plus*. In: *A evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*, Coord. Diogo Leite de Campos, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins, Coimbra, Almedina, 2007, p. 36.

**Palavras-Chave:** Direito Comparado. Objeto. Método. Direito brasileiro. Influência

## 1 Introduction

Etant donnée la connaissance très relative et parfois assez superficielle que les juristes étrangers ont du Brésil et du droit brésilien, de son enseignement et de sa pratique, il nous paraît utile de faire précéder notre article de quelques informations de base, qui faciliteront sa compréhension et permettront peut-être qu'il soit plus utile.

Il est d'ailleurs opportun de rappeler que, jusqu'à maintenant, la majorité des comparatistes, sauf quelques rares et importantes exceptions<sup>4</sup>, n'a pas approfondi l'étude des pays en développement et de leurs particularités. Cette absence de bibliographie juridique s'explique tant par des barrières linguistiques que par le fait que, jusqu'à maintenant, la présence des représentants de ces pays dans les séminaires et congrès internationaux a pendant de longues années été assez limitée.

La compréhension du droit des pays en développement exigeait donc une présence sur place, la connaissance de la langue locale et l'étude de la pratique, ce qui n'était pas toujours facile et commode. Il faut également signaler que les études de droit comparé, tant en Europe qu'aux Etats Unis, ont progressé en partant de l'analyse comparative entre des pays de même niveau économique et souvent du même régime politique pour, peu à peu, atteindre des législations d'autres Etats, en donnant préférence à ceux de plus grande importance dans le monde contemporain, comme cela a été le cas de l'URSS, de la Chine et de l'Inde.

En réalité, la comparaison entre les droits des pays développés et ceux des Etats en développement accélééré – que l'on peut désigner comme constituant le deuxième monde – et des autres nations oblige le juriste à un énorme effort pluridisciplinaire pour comprendre non seulement les différences des textes législatifs, de la jurisprudence et de la doctrine, mais aussi faire toute une analyse économique, historique et sociologique. Cette réalité est tellement importante qu'il nous paraît même possible d'admettre, à côté des distinctions tra-

<sup>4</sup> Parmi les comparatistes qui ont étudié le droit brésilien en profondeur, ayant vécu au Brésil, il faut citer les noms des professeurs René David et Tullio Ascarelli.

ditionnelles entre les grands systèmes juridiques, une classification des droits nationaux selon le niveau de développement économique et culturel de chaque pays.

Or, parmi les pays en développement, il est certain que le Brésil présente un intérêt spécial en vertu tant de ses dimensions géographiques, démographiques et économiques, que du fait qu'il s'agit du plus grand Etat possédant ces particularités tout en étant lié à la culture occidentale et à son échelle de valeurs, au contraire de ce qui arrive dans les cas de la Chine et de l'Inde.

Dans une phase de mondialisation progressive, le Brésil, la principale puissance économique de l'Amérique Latine, représente également le centre du bloc du Mercosul à un moment où il cherche à consolider ses liens avec l'Union Européenne.

Ainsi, dans la mesure où le droit comparé est un catalyseur du rapprochement entre les peuples et de la meilleure connaissance de l'étranger, l'an 2000 se présente certainement comme étant le début du siècle de l'institutionnalisation de la comparaison juridique entre tous les pays du monde, même ceux en développement, au même titre que l'année 1900 a représenté la naissance d'une conception scientifique du droit comparé et en a défini la fonction, la méthode et les aspirations.

## 2 Le Brésil, son droit et son monde juridique

Une des dix premières économies du monde, avec un produit interne brut d'environ 1,8 billion de dollars, et une population de plus de 200 millions d'habitants, le Brésil qui se caractérise par la différence de niveau entre sa région centre et sud, d'un côté, et nord et nord-est de l'autre, rappelle un peu la situation de l'Italie à l'envers.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> C'est un professeur français, M. Jacques Lambert, qui a signalé avec beaucoup d'acuité l'existence de deux "Brésil" avec des phases de développement historique, économique et social très distinctes et un des nos sociologues a remarqué que le Brésil, par ces contrastes, est une "espèce de musée de l'histoire sociale", présentant simultanément des aspects de civilisation correspondant à des époques différentes.

Cette situation de fait rend difficilement applicables les mêmes normes juridiques à des populations si hétérogènes et oblige les juges à utiliser l'interprétation comme moyen d'adaptation de la loi aux conditions locales de vie, créant ainsi d'importantes divergences dans notre jurisprudence.

En outre, les lois brésiliennes, élaborées par une élite en contact avec les derniers progrès de la technique législative étrangère, ne sont pas

Cette dualité du pays a été analysée par des sociologues brésiliens et français<sup>6</sup>.

Il faut également indiquer l'abîme qui a longtemps existé entre une législation faite par les élites, en se basant sur les règles constitutionnelles et les lois européennes ou américaines, et les sentiments et les besoins de la majorité de la population.<sup>7</sup>

Le droit public brésilien s'est surtout inspiré du droit américain, l'actuelle Constitution de 1988 ayant toutefois incorporé de nombreuses règles des traditions juridiques européennes, surtout dans le domaine économique et social. En droit privé, le Brésil se rattache plutôt au système du droit français, le Code Civil, qui est entré en vigueur en 2003, ayant également été profondément influencé par le droit italien. En droit pénal et en droit de la procédure, le Brésil a souffert une importante influence italienne et allemande, tandis que le droit commercial, dans sa législation la plus récente, a suivi le modèle des Etats-Unis.

Le Brésil a actuellement plus de 1.000.000 avocats<sup>8</sup>, ce qui représente un peu moins que ceux de l'Union Européenne et la moitié de ceux des Etats Unis, mais

---

toujours – comme l'a remarqué le Professeur René David – suffisamment basées sur la réalité brésilienne et correspondent souvent davantage à des conquêtes récentes dans les pays les plus développés qu'à des revendications réelles des milieux brésiliens. On a pu dire ainsi que nos lois étaient souvent simplement "programmatisées", c'est-à-dire valaient comme des directives ou des principes généraux que le législateur aimerait voir appliqués par le juge selon les possibilités et les conditions des différents milieux. » (Arnoldo WALD, *La réforme du droit brésilien*, Revue internationale de droit comparé, n. 4, 1962, p. 713).

<sup>6</sup> Ces affirmations faites il y a de longues années continuent à être actuelles. Jacques Lambert reconnaît que le Brésil reproduit les contrastes du monde puisqu'on y retrouve des aspects qui rappellent New York ou Chicago à côté d'autres qui évoquent ceux de l'Inde et de l'Egypte (*Le Brésil*, Armand Colin, Paris, 1953, p. 64). Le sociologue français est revenu à ce sujet dans d'autres de ses ouvrages parmi lesquels son livre en portugais intitulé *Os Dois Brasils (Les deux Brésils)*, qui a mérité de nombreuses rééditions et dans lequel il fait la différence entre le Brésil archaïque et le Brésil moderne, 12.<sup>a</sup> ed., Cia Editora Nacional, São Paulo, 1984. La question a également été étudiée par Charles Moraze dans son ouvrage *Les trois âges du Brésil*, et par Roger Bastide dans *Brésil, terre des contrastes*. Il existe à ce sujet une très importante bibliographie brésilienne dont on peut mentionner, comme exemples, les travaux de Victor Nunes Leal, *Coronelismo, enxada e voto*, Gilberto Freyre, *Casa Grande & Senzala*, Raymundo Faoro. *Os donos do Poder* et Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*.

<sup>7</sup> René DAVID. *Traité élémentaire de droit civil compare*. Paris, LGDJ, 1950, p. 266.

<sup>8</sup> La majorité des avocats inscrits au Barreau a toutefois d'autres occupations ou exerce la profession simultanément avec d'autres activités, ce que la loi brésilienne permet.

quand même un dixième de la totalité des professionnels du monde entier. D'autre part, le pays a environ 15.000 juges, comprenant toutes les instances de la Justice des Etats, la Justice Fédérale et celle du travail. La Cour Suprême reçoit environ 40.000 recours par an et le Tribunal Supérieur de Justice, dernière instance en matière infra-constitutionnelle, apprécie près de 100.000 procès chaque année.

Le Tribunal de l'Etat de São Paulo a actuellement en cours environ plus de 10 millions de procédures, la plus grande partie étant représentée par ceux de l'administration contre le contribuable ou vice-versa. Une réforme judiciaire est en train d'être discutée au Congrès et l'on reconnaît que l'évolution économique récente a provoqué un certain retard du droit sur les faits, qui se fait sentir tant dans la formation des avocats et des juges que dans l'exécution de la justice.

Il y a, d'autre part, une inflation législative et de la réglementation que le gouvernement tâche de juguler, en donnant une nouvelle structure au système, par des consolidations, afin d'éviter une plus grande insécurité juridique.

Finalement, au moment de l'ouverture de l'économie brésilienne, qui jusqu'à 1990 était plutôt fermée, avec une grande ingérence de l'Etat et une protection excessive du marché national, les techniques juridiques et les règles de droit sont également en phase de révision. Ainsi, économistes et juristes discutent quel modèle doit adopter le Brésil, celui de la *common law* ou celui du droit continental d'origine romano-germanique<sup>9</sup> <sup>10</sup>. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'analyse qui suit.

### 3 la signification et l'objet du Droit Comparé

Le débat classique, relatif à la reconnaissance de l'autonomie scientifique du droit comparé ou à l'inverse,

---

<sup>9</sup> Rudi DORNBUSCH. « Vérifier la législation avant d'investir », article publié dans *Business Week* et reproduit par le quotidien brésilien. *Gazeta Mercantil* le 28 août 1996.

<sup>10</sup> Dans ce contexte, il convient de mentionner la récente adoption progressive par le Droit brésilien des instituts ou de concepts juridiques inspirés par le *common law*, tels que la technique des décisions des Cours supérieures ayant effet contraignant pour les juges des instances primaires, inspiré par le « *stare decisis* ».

à la considération de ce dernier en tant que simple méthode de recherche, agite, depuis longtemps, la doctrine, mais l'adhésion à cette seconde opinion n'implique en aucune manière la dévalorisation des travaux objets du droit comparé. La majorité de la doctrine brésilienne reconnaît le caractère scientifique du droit comparé. Science pour les uns et méthode pour les autres, selon le Professeur Dourado de Gusmão, le droit comparé serait à la fois une méthode et une science:

[...] en tant que méthode spécifique par rapport à celle adoptée par d'autres branches de la science juridique dont l'objet est le droit national, il permet une sorte d'investigation du droit. En tant que science, il envisage l'étude des différents systèmes de droit, afin d'identifier leurs affinités et leurs contrastes.<sup>11</sup>

Cette position n'est pas sans rappeler celle de H.C. Gutteridge, pour qui le droit comparé constituait une branche autonome parmi les sciences juridiques, dont l'objet serait l'étude, par la méthode comparative, des normes issues d'au moins deux systèmes juridiques. Pour bien comprendre ce raisonnement, il faut néanmoins revenir sur le concept de science juridique, en s'interrogeant afin de savoir si le droit comparé correspond à cette définition et, ensuite, pour tenter d'en déterminer l'objet.

Plus récemment Catherine Valcke tente de reconstruire le droit comparé comme une discipline ayant pour but non pas l'harmonisation juridique, ni même de promouvoir la diversité juridique à travers le monde, mais de comprendre chaque système juridique en soi selon ses propres caractéristiques et à la manière dont les acteurs de chaque système le font.

Cet auteur ajoute que la contribution des comparatistes se distingue de celle des juristes nationaux en ce sens qu'elle offre une compréhension interne de plusieurs ensembles de droit en même temps par des mouvements de flux et de reflux, en oscillant entre les perspectives interne et externe<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Paulo Dourado de GUSMÃO. « Direito Comparado, sua realidade e suas utopias ». *Revista Forense*, v. 152, 1954. p. 20. Voir, du même auteur, « Filosofia do direito e direito comparado ». *Revista Forense*, v. 146, 1953. p. 3.

<sup>12</sup> Catherine Valcke. *Comparation law: comparative law as reconstruction of collective commitments*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

### 3.1 La nature scientifique du droit comparé

Les méfiances et résistances rencontrées lorsque l'on affirme le caractère scientifique du droit trouvent, sans doute, leurs origines dans le concept de science élaboré par Aristote, pour qui une connaissance ne mérite pas d'être classée parmi les sciences si elle ne se fonde pas sur l'existence de «lois» établies à partir de la répétition de certains faits, ceux-ci constituant son objet, et d'une généralité qui n'existe pas dans le domaine des sciences sociales.

Plus récemment, le centre d'intérêt des philosophes dans la caractérisation d'une science n'a plus porté exclusivement sur les attributs de son objet, pour finalement s'orienter vers l'appréciation de sa méthodologie. Dans ce sens, l'extraordinaire influence de Hans Kelsen a été de la plus grande importance au Brésil, ses ouvrages étant aujourd'hui souvent consultés dans nos facultés de droit.

Par sa *pureté méthodologique*, Kelsen commence par établir la distinction entre les sciences naturelles, soumises à un principe de *causalité*, et les sciences normatives, soumises à *l'imputation*. La distinction s'obtient par le recours à deux catégories irréductibles: *être* et *devoir-être* (*sein und sollen*). Ainsi, les normes ne cherchent pas à décrire la conduite humaine telle qu'elle *est* ou telle qu'elle *sera*, mais telle qu'elles *doivent*<sup>13</sup>. Au lieu de décrire la conduite, la norme de droit lui donne une signification, c'est à dire un sens juridique. Cela étant, les normes juridiques ne se soumettent pas à un critère de vérité, comme il en est des sciences causales, mais de simple validité. L'homme de science doit donc étudier le sens attribué à la conduite par la norme juridique en vigueur dans une collectivité.

Dans la formulation de ses postulats, la science du droit essaie de *décrire* les significatifs juridiques *imputés* à la conduite par les normes. Comme l'a déjà remarqué Lourival Vilanova<sup>14</sup>, il existe un double niveau de langage: un langage descriptif ou langage-moyen, propre à la science juridique, chargé de décrire et de nous faire comprendre l'ordre juridique positif, et un langage de prescription de la conduite humaine, propre aux nor-

<sup>13</sup> Hans KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 4.

<sup>14</sup> Lourival VILANOVA, *apud*, Ivo DANTAS. « Direito comparado como ciência ». *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.134, 1997. p. 231.

mes appartenant à un système juridique donné.

Or, le fait que les chercheurs du droit comparé construisent leurs postulats à partir de l'analyse d'au moins deux ordres ou systèmes de droit différents n'enlève rien au caractère scientifique de ces activités. Au contraire, cela tend à rendre la recherche plus difficile car le juriste n'aura plus un seul mais deux ordres juridiques comme base empirique pour la confrontation de ses postulats. Allant dans le même sens, cet élargissement du champ de référence des constructions du droit comparé par rapport aux branches du droit national lui confère sa spécificité et sa légitimité. Cette dernière découlerait alors, tout simplement, de l'utilisation de la méthode comparative dans l'étude du droit comparé.

### 3.2 L'objet du droit comparé

La réalisation de certaines distinctions méthodologiques, afin de délimiter précisément l'objet des recherches, est nécessaire pour l'étude de toute science. Ainsi, suivant l'intention du chercheur, la comparaison peut s'appliquer à deux systèmes juridiques distincts, chacun d'eux renvoyant à des ordres juridictionnels distincts; mais peut aussi confronter deux ordres juridiques ou, également, des institutions juridiques déterminées, des branches du droit, des législations, etc. Il paraît donc possible de distinguer entre ce que les juristes brésiliens dénomment la *macrocomparaison* et la *microcomparaison*.

Selon l'idée macrocomparative, l'analyse des ordres juridiques devrait être faite à partir de la comparaison entre les systèmes juridiques dans lesquels ils s'incluent. A cet effet, la classification des systèmes élaborée par René David est la plus répandue au Brésil: la famille romano-germanique, celle des pays socialistes, celle dite du *common-law*, les systèmes confessionnels dans lesquels s'incluent les droits musulmans, le système indien de l'Extrême Orient et le système africain.<sup>15</sup>

D'autre part, dans une perspective de *microcomparaison*, le juriste peut se contenter de la comparaison entre deux ordres juridiques, étatiques ou pas, ou même limiter l'objet de sa confrontation à une institution juridique déterminée. Ainsi, dans un même pays à statut confessionnel, le juriste aura la tâche de comparer, par exemple, le mariage musulman et le mariage chrétien.

L'objet des recherches peut également se réduire ou s'élargir selon la conception du droit retenue par chaque juriste. Comme son analyse descriptive doit porter sur le droit positif en vigueur dans au moins deux collectivités, une conception plus étroite du droit positif peut réduire de façon significative le domaine de la recherche.

Depuis la fin du XIXe siècle, la question est discutée par les juristes brésiliens. Clóvis Beviláqua, considéré comme l'un des plus importants comparatistes brésiliens<sup>16</sup>, a publié, en 1893, la première édition de ses *Lições de Legislação Comparada*, en démontrant l'importance de la comparaison comme technique de connaissance, compréhension et analyse du droit national et étranger qui justifie l'existence d'une science autonome.<sup>17</sup> Il s'oppose à l'époque à la thèse d'un autre professeur brésilien de procédure civile qui voyait, dans le droit comparé, l'instrument adéquat pour atteindre l'unification universelle du droit.<sup>18</sup>

Écrivant en 1903, le Professeur et ancien magistrat Candido de Oliveira résume son enseignement à la Faculté de Droit de Rio de Janeiro dans son livre *Curso de Legislação Comparada*, en signalant l'importance du droit comparé dans l'élaboration législative comme une espèce de phare qui illumine le juriste dans son travail incessant d'adaptation de la loi aux nouvelles nécessités sociales. Il invoque également l'importance de l'école historique de Savigny et du *Volksgeist*, qui justifie l'évolution constante du droit, et finit par reconnaître que, de la même façon que le commerce enrichit les peuples, les échanges des connaissances juridiques facilitent la révision de la législation, en inspirant tant la construction législative et jurisprudentielle que les recherches de la doctrine. Ainsi, à la veille d'une nouvelle codification brésilienne (le Code Civil), Candido de Oliveira, qui ne connaissait pas encore les travaux du Congrès de Paris de 1900, évolue déjà par rapport à la position de Beviláqua.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Lino MORAIS LEME, *Direito Civil Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

<sup>16</sup> Kurt H. NADELMAN le cite comme le juriste brésilien le plus important pour le droit comparé en même temps que Teixeira de Freitas, *Studi in memoria di Tullio Ascarelli, in Great Comparative Lawyers*, Milan, Giuffrè, 1969, 3eme v. p. 1410.

<sup>17</sup> Clóvis BEVILAQUA, *Lições de Legislação Comparada*. 2. ed. Bahia: Ed. José Luiz da Fonseca Magalhães, 1897. p. 12.

<sup>18</sup> João MONTEIRO, *A Universalização do Direito*. São Paulo: [s.n.], 1982.

<sup>19</sup> Candido de Oliveira, *Curso de Legislação Comparada*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1903. p. 6. Dans sa bibliographie l'auteur ne cite pas les travaux de Esmein, Saleilles ou Josserand, mais fait référence au Bulletin de la Société de législation comparée.

Pendant la première moitié du XXe siècle, les juristes brésiliens ont reconnu que le droit comparé est «la science de notre temps». Ainsi le juge et Professeur Virgílio de Sá Pereira reprend, en 1931, dans son enseignement de doctorat à la Faculté de Droit de Rio de Janeiro, les thèses du Congrès de Droit Comparé de Paris et, en particulier, transmet à ses élèves les positions des comparatistes et civilistes français.<sup>20</sup>

Un troisième facteur d'importance dans la délimitation de l'objet de la science du droit comparé réside dans l'examen des sources du droit. L'objet du droit comparé étant l'analyse d'une pluralité d'ordres juridiques positifs et la notion de positivité étant inséparable de celle de source du droit, la base des recherches comparatives peut donc varier selon que l'on retient une notion large ou restreinte des sources du droit.

En somme, l'objet des sciences juridiques étant le droit positif, la détermination de l'objet d'étude du droit comparé variera selon la conception du droit positif adoptée, *a priori*, par le juriste. De la même façon, les bases empiriques de sa recherche s'élargiront ou se réduiront selon qu'il procède à une analyse *macrocomparative* ou *microcomparative*. En tout état de cause, parmi d'autres applications possibles, le résultat des recherches en droit comparé reste indéniablement utile à la compréhension du droit de la collectivité, d'où l'importance du droit comparé dans la formation des juristes.

On peut ainsi affirmer que, pour la doctrine brésilienne, comme pour un courant de la pensée juridique italienne, le droit comparé a comme fonction la connaissance plus approfondie des données juridiques, la promotion du meilleur modèle légal ou interprétatif ayant une grande importance mais n'étant qu'un but éventuel de la recherche du comparatiste.<sup>21</sup>

D'autre part, les juristes brésiliens sont également très sensibles aux enseignements d'André Tunc, quand il recommande que les cours de droit comparé portent autant sur la société que sur le droit, devant examiner les lois et les institutions présentes et passées, mais en ne négligeant pas leur avenir et, en particulier, les recher-

ches qui présentent un intérêt pratique et social.<sup>22</sup>

Finalement, le juriste brésilien est aussi attentif à ce que la doctrine allemande a appelé le droit comparé de la post-modernité, qui explique non seulement les différences mais aussi les points communs du droit. Dans cette conception, il est très important d'examiner les techniques et les instituts en évolution en acceptant le pluralisme comme valeur juridique.<sup>23</sup>

## 4 Le Droit Comparé dans la formation et les réformes du Droit Brésilien

En raison de l'histoire de leur pays, les juristes d'Amérique Latine sont tous des comparatistes. Là est leur richesse, là a été aussi peut être leur faiblesse.

Richesse car la culture, et pas seulement la culture juridique des élites sud américaines, a toujours été impressionnante pour les Européens. En effet, l'apport espagnol ou portugais, puis l'apport français, puis nord-américain, et en même temps souvent aussi allemand ou italien, ont contraint les juristes d'Amérique latine à s'intéresser à d'autres droits qu'au leur, puisque leur propre droit émanait le plus souvent d'une grande variété d'inspirations étrangères. Ils devaient donc, pour comprendre leur propre droit, dépasser celui ci et s'intéresser aux droits étrangers.

C'est une grande opposition avec les juristes européens qui, bien trop souvent, n'étaient pas comparatistes et ne s'intéressaient qu'à leur propre système.

Mais faiblesse aussi, car pendant longtemps on a pu penser que les droits d'Amérique latine n'étaient pas des droits véritablement originaux, que leur système de droit était fait d'emprunts aux systèmes de droit européen, et que même souvent ces systèmes n'étaient qu'une adaptation plus ou moins servile

<sup>20</sup> Fortunato AZULAY indique cette évolution selon laquelle les juristes ne se limitent plus à citer les lois étrangères mais aussi les instituts de chacun des pays, en introduisant des éléments historiques et sociologiques, In: *Os Fundamentos do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Edição da Empresa a Noite. p. 8.

<sup>21</sup> Rodolfo SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris: Economica, 1991. p. 10.

<sup>22</sup> André TUNC, *Jalons – Dits et écrits*, publication de la Société de législation comparée, 1991, p. 69 et 80. Dans le même sens, voir Ignacio WINIZKY, *De la technique comparative en droit*, in *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tome II, Institut Japonais de Droit Comparé, Université Chuo, 1962. Cet illustre professeur argentin a rappelé que, selon René DAVID, celui qui se consacre au droit comparé doit partager l'existence des peuples dont il examine le droit et ainsi connaître l'essence de leur âme. Après quoi le Professeur Winizki conclut que la recherche comparative requiert comme condition de son existence, la vie en commun et la connaissance réelle de l'essence humaine des individus et des collectivités. Et il ajoute "c'est un moyen de réalisation de l'amour entre les peuples, s'il est vrai que connaître... c'est aimer" (op. cit. p. 534).

<sup>23</sup> Jayme ERIK, *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*, traduction brésilienne d'une conférence prononcée à Osnabruck, le 5.6.1997, publiée par la *Revista dos Tribunais*, n. 759, p. 25.

d'un système européen imité.

Mais, en 1953, René David dans un article, dénonçait de façon très pertinente cette façon de voir les choses et démontrait l'originalité des différents droits des pays d'Amérique du Sud.<sup>24</sup>

Le droit brésilien mérite d'être étudié pour l'intérêt propre que présente le droit de ce grand pays où des traditions qui sont les nôtres doivent être conciliées avec des données géographiques et sociales toutes différentes de celles de l'Ancien Monde: il est plein d'intérêt d'étudier les effets de ce heurt entre des traditions que l'on veut conserver et des réalités que l'on doit subir.<sup>25</sup>

La formation du droit brésilien a subi l'influence de modèles distincts. Tandis que le modèle juridique originaire des pays romano-germaniques a principalement inspiré la formation des institutions liées au droit privé, l'adoption d'institutions du droit public américain est également marquante, surtout à partir de la Constitution de 1891, la première des constitutions du Brésil républicain. Si un tel clivage entre un droit public soumis à l'influence nord-américaine et un droit privé inspiré du modèle juridique romano-germanique a été la principale clé à la disposition de ceux qui voulaient comprendre l'importance du droit comparé au Brésil, cette dichotomie a été légèrement altérée durant la dernière moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Actuellement, nous constatons, au Brésil, une influence américaine croissante en ce qui concerne le droit privé, alors que dans les branches traditionnellement classées parmi celles du droit public, comme la concurrence et le droit administratif, ainsi qu'en matière de procédure civile, les juristes brésiliens se révèlent de plus en plus inclinés à s'inspirer des sources françaises et italiennes.

Après avoir constaté le caractère scientifique du droit comparé, il nous semble qu'une analyse de son influence sur la formation du droit brésilien ne peut se limiter à la seule étude de la réception des principes juridiques étrangers. Cette importation de modèles pouvant être due à plusieurs facteurs, elle ne dérivera du droit comparé que si elle est le résultat d'un effort scientifique de rationalisation. Il faut que cette influence découle de la recherche comparatiste, en ayant pour but de faire pro-

fiter le droit brésilien de l'expérience juridique d'autres peuples.

Dans ce sens, la pratique du droit comparé et son influence sur la formation du droit brésilien remonte à l'indépendance du pays, en 1822. Aucune norme brésilienne, en tant que telle, n'existait à l'époque, le nouveau souverain a prolongé l'application des anciennes règles d'origine portugaise qui sont restées en vigueur, dans la plupart des cas, pendant presque un siècle. N'ayant pas leur propre littérature, les juristes brésiliens furent, dès le début, des comparatistes par nécessité. L'absence d'une bibliographie nationale les obligeaient à faire du droit comparé par manque d'une doctrine et d'une jurisprudence nationales, à l'instar de Mr. Jourdain, qui utilisait la prose et les vers sans le savoir.

Ce contexte d'application de la doctrine étrangère n'allait guère changer jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et, en un certain sens, jusqu'à la fin de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, malgré la publication de certains ouvrages de droit brésilien dont il faut reconnaître l'importance. En 1889, le Brésil est devenu une République largement inspirée du modèle fédéraliste nord-américain. Un autre événement de la plus grande importance a été la promulgation, en 1917, du Code Civil brésilien, fruit lui aussi d'une recherche comparative, et celle du nouveau Code en 2002.

D'autre part, à partir de la fin de la Deuxième Guerre Mondiale nous avons eu un grand développement de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine.

C'est ce que reconnaît le Professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson qui a présidé la Société de Législation Comparée et est maintenant au Conseil d'Etat. Dans un article intitulé « Le droit brésilien, cet « inconnu » que ne l'est plus » elle écrit:

D'un point de vue historique, ce qui frappe surtout, c'est ce renversement de perspective: tandis que pendant des siècles on a pu observer le rayonnement du Code civil français au Brésil et plus généralement en Amérique latine, le droit brésilien est en voie de devenir un modèle, non seulement en Amérique latine, mais aussi dans le monde et plus spécifiquement pour les juristes français et européens.

S'il fut d'abord l'héritier du droit de l'Europe continentale puis du droit public des Etats-Unis, ce droit brésilien se présente désormais comme un droit mixte, doté de ses caractéristiques propres. En effet, il a su concilier, de manière originale, la famille

<sup>24</sup> Camille Jauffret-Spinosi, « *La circulation du modèle juridique français* », rapport des journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant de 1993, Travaux de l'Association, Tome XLIV. Paris: Litec, 1994. p. 109.

<sup>25</sup> René David, « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », In: *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*, Arnaldo Wald et Camille Jauffret-Spinosi, (Dir.). Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 26.

Et elle ajoute:

[...] le Brésil montre que la loi et surtout la codification, constituent des instruments efficaces de développement économique, qui ne sont synonymes ni de rigueur, ni de lenteur. Le droit brésilien se caractérise en effet par la vitesse des changements accomplis car il s'agit d'un pays en voie de développement rapide où le législateur non seulement accompagne les faits mais les devance souvent « avec des textes qui sont élaborés pour accélérer le développement économique et social.

L'ancien Code civil, élaboré à la fin du XIXe siècle, datait de 1917. Le nouveau Code civil, qui intègre le droit commercial, a été promulgué en 2002. Original par sa conception et sa modernité, ce codes 'efforce de « concilier les traditions locales et nouvelles techniques, l'excès d'individualisme de la législation antérieure et les nécessités actuelles de la société brésilienne ».

D'importantes modifications ont été accomplies, notamment en droit des contrats où l'on peut observer un véritable changement de la vision du contrat et la percée d'un courant proche de celui défendu par une partie de la doctrine française, connu en France sous le nom de « solidarisme contractuel.

Pour diverses raisons, le droit brésilien devrait, à l'avenir, inspirer les juristes français. Pour des raisons économiques, car les relations entre nos pays s'intensifient, « avec des investissements dans différents domaines, un nombre croissant de joint ventures et l'ouverture du marché des concessions et des PPP, qui intéressent les entreprises françaises ».<sup>27</sup>

Il est intéressant de remarquer que dans les cours et monographies de droit comparé, les pays en développement n'ont, en général, pas été l'objet de nombreuses études, malgré un effort récent de publier un certain nombre de thèses des étudiants étrangers qui viennent se spécialiser en France et traitent avec des professeurs français des sujets qui leur permettent de profiter des connaissances qu'ils ont de leur droit national, en comparaison avec le droit français<sup>28</sup>.

Il est donc étonnant que, tandis qu'en économie, il y a des nombreux travaux en ce qui concerne les pays du tiers monde, le droit comparé, pendant très long-

temps, ne s'en est pas occupé surtout en ce qui concerne l'Amérique Latine.

La mondialisation toutefois permis, récemment, une réaction constructive en ce domaine, en s'inspirant des leçons déjà citées du Professeur René David au sujet de l'intérêt que les juristes peuvent avoir d'étudier les problèmes et les solutions des pays neufs.

En 2001, ainsi, Vernon Valentine Palmer a publié son livre intitulé « Mixed Jurisdiction Worldwide - The Third Legal Family »<sup>29</sup>, qui étudie les droits mixtes dans sept États : l'Écosse, le Québec, la Louisiane, l'Afrique du Sud, Porto Rico, les Philippines et Israël représentant au total 150 millions d'habitants. Il s'agit de législations qui n'ont pas une importance mondiale et qui peuvent être considérées comme des droits périphériques. Dans la précieuse note bibliographique qu'il fait à ce livre, le Professeur Blanc-Jouvan souligne toute son importance de ce travail et même son caractère pionnier, affirmant:

L'intérêt, considérable, d'un tel travail réside naturellement dans sa dimension comparative: car, pour la première fois, il ne s'agit pas seulement d'une comparaison « verticale », qui tend à rapprocher chaque système étudié du modèle, de « droit civil » ou de common law, avec lequel il présente le plus d'affinités, mais d'une véritable comparaison « horizontale », infiniment plus fructueuse, qui amène à confronter ces systèmes entre eux. Et la thèse avancée par l'auteur est que, malgré des différences évidentes (qu'il n'est pas question de sous-estimer), cette confrontation fait apparaître suffisamment de similitudes pour que l'on puisse regrouper l'ensemble des droits mixtes (au sens précédemment indiqué) dans une catégorie unique, au point même d'y voir, à côté des deux familles traditionnelles, une « troisième famille juridique. »<sup>30</sup>

Le caractère constructif de cette symbiose entre les influences du droit civil et de la *common law* a également un effet enrichissant pour la science juridique, car comme l'affirme encore le Professeur Blanc-JOUVAN:

Chemin faisant, nous découvrons que le métissage ainsi intervenu entre deux grandes traditions juridiques a entraîné, dans la doctrine comme chez les praticiens, une créativité plus grande et fait apparaître, grâce à de subtiles combinaisons, des règles et des institutions nouvelles qui vont bien au-delà de ce qui résulterait normalement d'une simple transplantation (comme en matière de trust, d'estoppel, de cause, etc). Il y a là un facteur non

<sup>26</sup> In: *A evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 35.

<sup>27</sup> In: *A evolução do direito no século XXI, ...*, p. 36.

<sup>28</sup> C'est le cas du livre dirigé et publié en Belgique par Michel FROMONT et republié au Brésil avec le titre « Direito francês e direito brasileiro – perspectivas nacionais e comparadas ». São Paulo: IDP / Saraiva, 2017.

<sup>29</sup> Vernon Valentine Palmer, *Mixed Jurisdiction Worldwide - The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, XVI. 496 p.

<sup>30</sup> Xavier Blanc-Jouvan, *op. cit.*, p. 891.

négligeable de progrès du droit.<sup>31</sup>

Lors des commémorations du bicentenaire du Code Napoléon, nous avons assisté à une espèce de résurrection ou, au moins de renouvellement, du droit comparé en vertu de l'intérêt porté aux législations étrangères, comme cela avait été le cas en 1904 et en 1954. Effectivement, à toutes ces occasions, les juristes français en général et les comparatistes, en particulier, ont voulu réexaminer l'influence exercée par le Code Napoléon dans les autres pays. On peut même avoir eu l'impression qu'en 2004 l'Amérique Latine venait d'être redécouverte dans le domaine du droit comparé, comme elle l'avait été cinq siècles plus tôt du pont de vue historique et géographique.

Ainsi, dans le livre du bicentenaire, l'excellent rapport du Professeur Blanc-Jouvan au sujet de « L'influence du Code civil sur les codifications étrangères récentes » reconnaît l'existence de la pluralité des modèles et conclut que plusieurs systèmes sont en concurrence, chaque législation devant dégager, en fin de compte, la solution qui lui paraît la plus adéquate<sup>32</sup>. Dans ce rapport, les droits des pays en développement sont examinés à plusieurs reprises révélant un intérêt constant et une recherche et connaissance approfondies de chacune des législations citées. Dans ce même volume, le destin du Code Civil dans les pays d'Afrique et d'Amérique Latine a mérité plusieurs rapports représentant plus d'une centaine de pages<sup>33</sup>. Dans le même sens, l'étude du Professeur Claude Witz sur « L'influence des codifications nouvelles sur le Code Civil de demain » a examiné les législations récentes non seulement des pays industrialisés comme la Hollande et le Canada, mais aussi le nouveau Code brésilien<sup>34</sup>. De même il y a un rapport sur l'Amérique Latine dans l'ouvrage organisé par l'Université Panthéon-Assas Paris II intitulé « Le Code civil. Un passé, un présent et un avenir »<sup>35</sup>.

Ces considérations nous prouvent qu'un important progrès se réalise dans la mesure où certains droits des pays en développement – en particulier ceux de l'Amérique Latine – ne sont plus exclus des préoccupations des comparatistes. Nous examinerons ensuite le

rôle que certains de ces droits ont dans ce qu'on a fini par appeler le « bi-jurisdisme ».<sup>36</sup>

En ce qui concerne les familles de droit, il n'y a aucun doute que le principe de l'exclusivité, selon lequel chaque droit appartenait à une seule famille ne s'applique plus nécessairement dans tous les cas. Comme cela a été bien remarqué par Jacqueline Flauss-Diem, il y a une certaine analogie entre l'évolution de la famille en droit civil et celle des familles en droit comparé de façon qu'à côté du modèle unique de jadis « il faut constater la présence des familles dites éclatées, recomposées, monoparentales, voire homoparentales ». Et l'auteur conclut que:

En définitive, la découverte du visage des enfants issus de ces unions constitue l'énigme à résoudre pour les comparatistes à l'aube de ce nouveau siècle.<sup>37</sup>

D'autre part, il n'y a aucun doute que les classifications proposées dans ce domaine sont basées sur la connaissance de la société qu'un droit déterminé gouverne et sur les techniques juridiques employées. Or, comme il est possible qu'une culture locale ou nationale subisse des influences les plus variées, il est évident qu'au pluriculturalisme doit correspondre un certain pluralisme des sources du droit et, au fond, un pluralisme juridique.

Finalement, le droit évoluant chaque fois plus rapidement, en passant des progressions arithmétiques aux progressions géométriques, il faut examiner les familles juridiques sous une perspective dynamique, comme l'affirme UGO MATTEI:

[...] 'les systèmes juridiques ne sont jamais. Ils sont toujours en devenir' et ce devenir est déterminé par le poids variable des modèles à l'intérieur des systèmes juridiques.<sup>38</sup>

Il y a, ainsi, dans chaque droit la possibilité de la présence ou de la coexistence de différents modèles, dont l'influence est variable, selon les époques et les domaines d'application, de telle façon que l'on peut même penser à une compétition entre les divers modèles et à une pondération variable de leur influence.

Relativisme, pluralisme et évolution permanente sont donc les caractéristiques que l'on retrouve dans les familles juridiques à partir du XXe siècle.

En appliquant ce critérium et en admettant les droits

<sup>31</sup> *ibidem, ibidem*, p. 892.

<sup>32</sup> Xavier Blanc-Jouvan, In: *Le Code Civil (1804-2004) Livre du bicentenaire*. Paris: Dalloz-Litec, 2004. p. 483.

<sup>33</sup> *Le Code Civil (1804-2004)* déjà cité, p. 515 et suivantes.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 651 et suivantes.

<sup>35</sup> *Le Code civil, un Passé, un Présent, un Avenir*, Paris, co-publication de l'Université Panthéon-Assas, Paris II et de Dalloz, 2004.

<sup>36</sup> Blanc-Jouvan, note bibliographique déjà citée, *loc. cit.*, p. 889.

<sup>37</sup> Jacqueline Flauss-Diem, *op. cit.*, p. 203.

<sup>38</sup> *apud*, Jacqueline Flauss-Diem, *op. cit.*, p. 198.

mixtes comme une troisième famille, il faudrait ajouter aux exemples cités par Vernon V. Palmer, dans son ouvrage, d'autres pays dont l'un représente une population supérieure à celle des sept États étudiés. C'est le Brésil, normalement inclut dans le système romano-germanique par les civilistes, qui ont raison de le faire, mais dont le droit public et, en particulier, le droit constitutionnel a été inspiré par les États-Unis. Des situations analogues peuvent exister dans d'autres pays, exigeant donc un nouvel examen du nombre des législations qui peuvent être considérées comme appartenant à la troisième famille ou peut-être même simultanément à cette dernière et à celle du droit civil. De n'importe quelle façon, une certaine révision des notions traditionnelles qui existaient en cette matière paraît se justifier. Elle pourrait introduire ou consacrer des sous-systèmes dans les familles ou même aller plus loin et rompre l'équation du bi-juridisme pour accepter une pluralité de familles, dépassant la distinction classique entre *common law* et droit civil, ou même introduisant un nouvel élément de classification des droits, en adoptant, par exemple, un critérium complémentaire de nature économique.

En ce qui concerne la famille romano-germanique, il nous paraît qu'il serait opportun de penser à un sous-système de droit comprenant l'Amérique Latine, considérant tant ses caractéristiques culturelles, économiques, politiques et sociales, que le rapprochement qui pourra se réaliser entre les diverses législations de la région, en vertu du Mercosur.

En effet, il existe une originalité des droits de l'Amérique Latine qui a été l'objet des études de René David<sup>39</sup>, dans la mesure où ses citoyens sont simultanément « américains et latins ».<sup>40</sup>

Quoique l'on ne puisse pas parler, en réalité, d'un droit latino-américain, il n'y a aucun doute qu'il faut re-

connaître l'existence d'un groupe de droit, ayant certains dénominateurs communs, qui sont en vigueur en Amérique Latine. Cette situation a été décrite par René David dans son *Traité*<sup>41</sup> mais, depuis lors, peu d'études ont reconnu cette position que devrait avoir le droit de l'Amérique Latine. En réalité, la question a été posée<sup>42</sup>, mais est restée sans réponse dans la majorité des travaux des comparatistes.

## 5 Un critérium économique pour une classification complémentaire en Droit Comparé

Ainsi, au lieu de réunir sous un titre unique tous les droits qui ont subi une double influence, en les étiquetant comme appartenant à une troisième famille, il serait peut-être plus logique et rationnel de créer des sous-systèmes dans les cas où une des influences prévaut, exerçant une espèce d'hégémonie. Dans d'autres situations, de nouvelles classifications devraient être proposées et discutées.

La dénomination de troisième famille peut être interprétée comme une espèce d'exclusion, puisqu'il s'agit d'une catégorie où l'on réunit tous ceux qui n'appartiennent pas exclusivement à une des deux grandes familles. Effectivement, rien d'autre n'unit les uns aux autres l'Écosse, l'Afrique du Sud, Porto Rico et Israël.

Certains auteurs ont voulu opposer le monde occi-

<sup>39</sup> René David écrit à ce sujet: « Certains auteurs latino-américains, Clovis Bevilacqua (*Lições de direito comparado*, 1897), et principalement Enrique Martinez Paz (*Introducción al estudio del derecho comparado*, 1934) ont revendiqué une place spéciale pour les droits de l'Amérique latine, parmi les différents systèmes de droit contemporains. Un point de vue plus nuancé a été soutenu par moi-même dans mon *Traité élémentaire de droit civil comparé* (1950): il m'est apparu que les droits latino-américains, tout en appartenant par leur structure et leurs traits généraux au système du droit continental, méritaient d'être classés, au sein de ce système, dans une catégorie à part, en raison de certains traits particuliers qui les distinguaient des autres droits du système ». (*Le Droit Comparé Droits d'Hier, Droits de Demain*, *op. cit.*, p. 165).

<sup>40</sup> René David, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*. Paris: LGDJ, 1950. p. 259.

<sup>41</sup> René David (*Traité op. cit.*, p. 267) développe son analyse dans les termes suivants: « Les conditions de ce milieu sont telles qu'elles imposent, à certains égards, de considérer les choses et d'organiser la vie sociale autrement en Amérique qu'en Europe. De même que la civilisation latine s'est transformée dans le temps, de même elle se transforme dans l'espace, et elle revêt un aspect différent des deux côtés de l'Atlantique. Les droits des pays latins d'Amérique, faits pour s'appliquer dans un milieu différent du milieu américain, se distinguent des droits de l'Europe continentale et constituent, au sein du groupe du droit français, une catégorie originale, dont les traits spécifiques apparaissent de plus en plus clairement au fur et à mesure que le divorce s'atténue entre des textes jadis théoriques et les réalités de la vie. »

<sup>42</sup> René David et Camille Jauffret-Spinosi. (*Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1992, p. 57) écrivent que: « La question qui se pose est seulement de savoir dans quelle mesure les conditions propres à l'Amérique, différentes de celles du milieu européen, ont conduit ou peuvent conduire à reconnaître ou conférer une certaine originalité aux droits de l'Amérique par rapport aux droits européens de la famille romano-germanique ».

dental au reste du monde, mais ce critérium n'est pas non plus correct, l'adhésion aux valeurs de l'Occident n'étant pas toujours du même degré et pouvant correspondre à des techniques juridiques très différentes.

Finalement, on peut imaginer une nouvelle classification basée sur les niveaux économiques de développement des pays, qui ont des répercussions sur leur droit.

Dans les dernières années, il y a eu un rapprochement important entre le droit et l'économie, non seulement aux États-Unis<sup>43</sup>, mais aussi en Europe et au Brésil, dans la mesure où la doctrine a reconnu l'existence successivement du droit économique et du droit public de l'économie<sup>44</sup>. D'autre part, de la même façon que s'est affirmée l'existence d'une économie du développement, il faut reconnaître que, depuis quelques années, plusieurs travaux se concentrent sur le droit du développement tant dans le domaine international qu'interne<sup>45</sup>.

La comparaison entre les droits des pays industrialisés et ceux du tiers monde ou entre les législations des États en voie de développement, les uns avec les autres, peuvent présenter un intérêt en même temps académique et pratique. La mondialisation a créé une nouvelle donne et une interdépendance croissante entre les diverses régions du monde, de façon qu'il est important de connaître et approfondir les instruments juridiques qui permettent d'assurer la stabilité des marchés et le développement soutenu et durable tant des pays du tiers monde que de ceux considérés comme étant en voie de développement.

<sup>43</sup> Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 31 et suivantes, et du même auteur, *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 406 et suivantes.

<sup>44</sup> Bruno Deffains (sous la direction de), *L'Analyse Économique du Droit dans les Pays de Droit Civil*, Préface de Guy Canivet, Paris, Éditions Cujas, 2002; *perspectives du Droit Économique - Dialogues avec Michel Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999; François Servoin, *Droit Administratif de l'Économie*, 2ème édition, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2001; D. Linotte et A. Mestre, *Services Publics et Droit Public de l'Économie*. Paris: Litec, 1982.

<sup>45</sup> Robert Charvin, *L'Investissement International et le Droit au Développement*, Paris: L'Harmattan, 2002; Cláudia Perrone-Moisés, *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*, São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998; Ana Paula Teixeira Delgado, *O Direito ao Desenvolvimento na Perspectiva da Globalização: Paradoxos e Desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; Arnaldo Wald, « Il Diritto dell'Economia e il Diritto dello Sviluppo in Brasile », In: *Diritto dei nuovi mondi. Atti del convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza*. 5-7 nov. 1992, Genova: CEDAM, 1994, p. 176-191; Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Econômico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

L'étude des systèmes ou « systémalogie juridique » selon la dénomination que lui donne le Professeur RODOLFO SACCO devient ainsi « un instrument de connaissance du droit interne et de vérification des hypothèses concernant l'analyse sociologique du droit ». C'est également « l'élément médiateur entre science juridique et histoire (et) entre science juridique et théorie générale du droit »<sup>46</sup>.

Dans un monde imprévisible, dans lequel les prophéties ne se réalisent souvent pas, une grande banque américaine vient de construire un scénario, pour les années 2050, dans lequel quatre des pays qui sont encore aujourd'hui considérés comme ayant une économie en développement deviendraient les plus importants du point de vue mondial : la Chine, l'Inde, la Russie et le Brésil<sup>47</sup>. L'éventuelle ascension de ces pays connus sous la dénomination de BRIC (Brésil, Russie, Inde, Chine) présuppose toutefois de grandes transformations sur le plan juridique et sur celui des institutions pour chacun d'entre eux.

Ainsi, il serait possible d'imaginer un sous-système de la famille romano-germanique, comprenant les pays en voie de développement, entre lesquels ceux de l'Amérique Latine.

D'un autre côté, une comparaison pourrait être faite entre les pays en phase de grandes transformations économiques et sociales, complétant ainsi une classification purement juridique, culturelle et technique, par une autre qui pourrait être inspirée par les niveaux atteints par le développement juridique et institutionnel et la vitesse des transformations des structures de certains États. Il serait ainsi possible de vérifier, sur le plan juridique, ce qu'il y a de commun entre des pays comme le Brésil, la Chine, l'Inde et la Russie. Peut-être que les analogies ne seraient pas moindres que celles que VERNON PALMER signale entre les sept États qui, selon sa conception, constitueraient la troisième famille juridique.

L'examen des familles juridiques et de leur classification au début du troisième millénaire justifie une révision des conceptions qui dominaient le XXème siècle. Il est donc important de poser des questions à ce sujet et

<sup>46</sup> Rodolfo Sacco, *La Comparaison Juridique au Service de la Connaissance du Droit*. Paris: Economica, 1991. pp. 108-111.

<sup>47</sup> Études de Goldman Sachs (Global Economics Paper, n° 99) intitulé « Dreaming with BRICs: The Path to 2050 ». La revue *Marianne* du 19 au 25.01.2004 fait référence à ce travail dans un article intitulé « Ces géants qui domineront le monde de demain », par Thomas Vallières (p. 52).

de proposer de nouvelles formules qui soient adaptées à un monde juridique agrandi et plus complexe que celui que nous connaissions jadis et qui ne se limite plus à l'Europe et aux États Unis et où l'on assiste sinon à un choc, ou moins à une complémentarité des cultures et des économies.

En conclusion, à côté de la comparaison verticale qui correspondait au monde où le droit était considéré comme ayant une structure pyramidale, il nous faut admettre une comparaison horizontale « infiniment plus fructueuse » à laquelle fait allusion le Professeur BLANC-JOUVAN<sup>48</sup>.

Dans une époque dominée par le droit à géométrie variable, la doctrine est déjà arrivée à considérer que la figure géométrique la plus adéquate pour nous donner une vision claire de l'utilisation des modèles serait :

« celle d'un triangle isocèle dont les trois angles sont constitués chacun par un modèle, les différents systèmes juridiques se plaçant sur les cotés avec une proximité plus ou moins grande de l'un des angles 'modélisés'. »<sup>49</sup>

Peut-être, serait-il également possible de faire des comparaisons en diagonale, en rapprochant des systèmes de droit nationaux inclus parmi des familles juridiques différentes mais dont les niveaux de développement des institutions juridiques seraient d'un même degré ou évolueraient avec la même vitesse.

Tout cela nous ramène à la conclusion que le droit comparé retrouve un nouveau souffle et une importance croissante, comme instrument de compréhension et tolérance entre les pays, comme pont entre les cultures différentes et comme catalyseur de la coopération et de la solidarité internationale.

Il nous faut donc reconnaître avec le Professeur Blanc-Jouvan que :

Si le pluralisme est aujourd'hui à l'ordre du jour, c'est indiscutablement qu'il représente une solution d'avenir : et les questions qu'il pose sont appelées à se multiplier.<sup>50</sup>

## 6 Le Droit Comparé dans la formation et dans la pratique des juristes au Brésil

L'appréhension du droit comparé sous un angle autre que celui de la recherche juridique pure présente une certaine difficulté dans la mesure où il n'a jamais bénéficié de la reconnaissance unanime de sa légitimité dans l'enseignement ou dans la pratique. La situation ambiguë de cette matière résulte de divers facteurs, le plus significatif étant que les facultés de droit enseignent le droit positif interne, le droit international ne visant en réalité qu'à accorder une application extra nationale de règles issues d'un ordre juridique interne. De même, en ce qui concerne la pratique, le juge a pour fonction d'appliquer le droit interne, ce qui se répercutera nécessairement sur les sources utilisées par les avocats, en donnant une plus grande importance au droit national, et se limitant, au maximum, à citer quelques règles de droit étranger, comme illustration ou élément d'interprétation des lois locales.

Ainsi, le droit comparé apparaissait classiquement comme une matière « exotique » sans grande utilité aux yeux de nombreux professionnels de l'enseignement ou de la pratique. Néanmoins, la formation de l'Etat brésilien, et donc de son ordre juridique, a subi les multiples influences des populations qui ont participé à la formation de la Nation brésilienne, généralement présentée comme un exemple de métissage et d'assimilation. En ce sens, personne ne peut nier que le droit national brésilien ne serait ce qu'il est aujourd'hui sans avoir pu croître sur le fertile terreau de la culture juridique occidentale.

De cet incontestable état de fait, on doit déduire la différence structurelle entre les droits des nations plus anciennes et l'ordre juridique brésilien, le droit étranger ayant, implicitement ou explicitement, bénéficié d'une plus forte attention de la part des juristes brésiliens que de leurs homologues du Premier Monde. Aujourd'hui, le Brésil n'étant plus une terre vierge à conquérir, cet aspect originel du droit brésilien devrait naturellement tendre à s'estomper, l'expérience acquise par le juriste brésilien l'autorisant à s'affranchir, en partie, de ses modèles importés.

Nous tenterons ainsi de présenter les traits les plus saillants de l'importance actuelle du droit comparé au sein de la formation et de la pratique du droit, tant en fonction des acquis historiques que des perspectives de l'environnement du juriste.

Lors d'une conférence prononcée à la Faculté Nationale de Droit, à l'occasion de l'inauguration de l'année

<sup>48</sup> Xavier Blanc-Jouvan, note citée, p. 891.

<sup>49</sup> Ugo Mattei, *apud*, Jacqueline Flauss-Diem, *op. cit.*, p. 201.

<sup>50</sup> Xavier Blanc-Jouvan, note bibliographique citée, p. 894.

académique de 1955, le Professeur San Tiago Dantas a tenté de définir l'objet de la formation du juriste, donc également la fonction de l'enseignement juridique universitaire, en affirmant que «*l'université a pour rôle l'élaboration des nouveaux instruments de la culture que réclame la vie sociale*», sans préjudice de l'enseignement professionnel.<sup>51</sup>

La place réservée au droit comparé, lors de la formation de l'étudiant en droit, sera appréciée simultanément à la présentation des divers aspects du cursus universitaire juridique, dont il conviendra tout d'abord de dessiner rapidement la structure institutionnelle, pour ensuite décrire brièvement l'organisation et la durée des enseignements, afin de terminer par les modes d'accès à la magistrature et à la profession d'avocat.

Il convient d'abord de mentionner l'importance relativement forte de l'enseignement supérieur privé au Brésil comparé à celui de certains pays européens.

L'enseignement public, même si le Brésil dispose d'une organisation fédérale, la distribution des compétences en matière d'enseignement supérieur n'est pas exclusive, ce qui amène à une certaine atomisation des structures. Il existe donc un réseau d'universités gérées par l'Etat, sous la responsabilité de l'Union Fédérale ou des Etats-membres. Parmi les plus anciennes, il faut citer celles de Recife et de São Paulo, mais se détachent également d'autres écoles, parmi lesquelles celles de Rio de Janeiro, Porto Alegre, Belo Horizonte, Brasília et Salvador. En outre, on ne peut manquer de mentionner le réseau des Universités catholiques, qui possèdent, au Brésil, un prestige et une reconnaissance internationale égale à ceux des universités publiques, la qualité des enseignements et des travaux de recherche qu'elles produisent étant incontestable. Enfin, il y a également quelques centaines de facultés privées dont les niveaux culturels et pédagogiques sont très inégaux, malgré le contrôle exercé par l'Etat.

Le contenu de l'enseignement juridique est déterminé au niveau national par le Ministère de l'Education, auquel doivent se conformer toutes les entités publiques ou privées délivrant ces formations.

L'étudiant juriste commence théoriquement son cursus universitaire aux alentours de 18 ou 19 ans, après

l'obtention du *vestibular*, qui vise à permettre l'entrée de l'étudiant à l'université. Ensuite, le premier diplôme de droit, le *bacharelado* (licence), ne s'obtient qu'au bout de quatre ou cinq années d'études, dites de *graduação*, au cours desquelles l'étudiant devra obtenir son approbation dans un nombre minimum de matières.

En licence, l'enseignement du droit comparé n'existe pas en tant que tel, même s'il a déjà existé un cours de «*législation comparée*» au début du siècle. Ce n'est donc qu'en maîtrise ou doctorat que les juristes étudieront de manière plus approfondie le droit comparé. Même à ce niveau, il n'y pas, en général, de cours concernant la méthode de droit comparé et l'étude des grands systèmes juridiques. Les professeurs d'une matière déterminée l'examinent donc sous l'angle du droit comparé. Le civiliste enseigne le droit civil comparé ou le droit de la famille comparé. De même, le publiciste traite une institution ou une technique en l'analysant dans les diverses législations, comme ce serait le cas, par exemple, du contrôle de la constitutionnalité des lois.

Cependant, dès les cours de licence l'étudiant sera confronté, en réalité, dans toutes les matières, à une présentation plus ou moins succincte des régimes juridiques étrangers. A titre d'exemple, l'apprentissage du droit civil ne peut se passer de traiter des concepts de base venant du droit étranger, comme bien évidemment le droit romain, mais aussi le Code Napoléon ou le BGB allemand, dans des proportions bien plus importantes que cela se fait normalement en Europe et même aux Etats-Unis. Auparavant, l'étudiant, à ce stade, bénéficiait d'une formation générale humaniste, orientée vers une optique de rhétorique juridique, pour lui permettre d'assimiler tant des concepts de pur droit que de philosophie, d'histoire ou de sociologie et de politique.

En effet, pendant longtemps, les facultés de droit avaient une fonction plus culturelle et moins professionnelle. A cette époque, tant les professeurs, dans leurs cours, que les manuels de droit destinés aux étudiants, ne donnaient pas une grande importance à la jurisprudence et certains traités juridiques la dédaignaient même. Ce n'est qu'à partir des années 1960 que le divorce qui existait entre la doctrine et la jurisprudence a été dépassé et que, d'autre part, les professeurs et les juristes en général ont commencé à attribuer une certaine importance, dans l'enseignement du droit national, aux données sociales et économiques. Cela a été un premier pas pour pouvoir aborder d'une façon rationnelle et scientifique

<sup>51</sup> San Tiago DANTAS, «*A Educação Jurídica e a Crise Brasileira: aula inaugural dos cursos da Faculdade Nacional de Direito, em 1955*», In: *Palavras de um Professor*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p.79.

le droit comparé, en ne limitant plus l'étude du droit étranger à la simple citation des articles de loi.

Aujourd'hui, la méthode d'enseignement tend à équilibrer la formation entre les cours magistraux et les travaux pratiques, les dernières réformes ayant été motivées par le caractère trop théorique de l'enseignement en égard aux besoins des professionnels. Désormais, l'étudiant se spécialise à partir de la quatrième année de *graduação*, pouvant notamment choisir entre une dominante de droit public ou de droit privé. Dans certaines facultés, à côté des matières obligatoires, l'étudiant peut choisir certains cours facultatifs.

En ce qui concerne les professions juridiques, le titre de *bacharel* (licencié) permet de se présenter aux concours de la magistrature et aux examens qui permettent l'inscription au Barreau (Ordre des Avocats du Brésil). La connaissance des législations étrangères ne constitue pas une des conditions de la réussite de ces concours, mais il faut toutefois noter que, lors des épreuves, les étudiants se voient évaluer d'une façon assez sommaire sur leur culture juridique et doivent donc prouver leur maîtrise des principaux concepts juridiques de notre droit, qui s'inspire de la civilisation occidentale.

Comme nous le voyons, le droit comparé en est à ses débuts au Brésil, malgré l'effort fait ces dernières années. Nous sommes encore assez loin de l'idéal auquel fait allusion le Professeur Sacco quand il propose que le navire gagne son port, après les nouvelles batailles que doivent mener les juristes, qu'ils soient italiens ou brésiliens, et en vertu desquelles:

Le professeur qui enseigne le droit territorial se rend compte de l'avantage qu'assure à l'étudiant - pour la compréhension de son droit national - la connaissance du droit comparé. De là, il n'y a qu'un seul pas à faire pour trouver deux vérités. Toute matière juridique devra être enseignée deux fois: sous l'angle comparatif et sous l'angle national. Ensuite l'enseignement du droit comparé devrait précéder et non suivre l'étude du droit national.<sup>52</sup>

## 7 Le Droit Comparé dans la pratique du Droit au Brésil

Le praticien, le juge ou l'avocat, ne peut plus ignorer le droit étranger. Les nécessités de la pratique

<sup>52</sup> Rodolfo SACCO, « La formation au droit comparé, l'expérience italienne ». *Revue internationale de droit comparé*, 1996. p. 274.

imposent de se soucier des droits étrangers. Ce sont, en effet, les besoins de la pratique qui obligent le juriste à s'informer, à s'efforcer de comprendre d'autres règles ou d'autres cultures.<sup>53</sup>

Comme il l'a été précisé, le droit comparé a toujours eu une place remarquable dans la vie des juristes brésiliens. Les lois portugaises ayant été applicables au Brésil après sa déclaration d'indépendance, la connaissance du droit portugais était donc un préalable à l'institution et à la compréhension de l'ordre juridique auquel allait se soumettre le nouvel Etat. Lacunes législatives au temps de la suprématie de la loi véhiculée par la doctrine de l'exégèse, absence d'une littérature juridique brésilienne et besoins de réglementation ont contribué à faire de la recherche comparative une condition *sine qua non* de l'exercice des professions juridiques au Brésil. Ainsi, à cette époque, le recours aux conceptions juridiques tirées de la doctrine étrangère n'était pas un fruit de l'érudition de quelques juristes plus curieux, mais, au contraire, une vraie nécessité pour l'exercice de la profession.

Plus tard, avec l'institution d'une législation brésilienne, l'élargissement de la notion de source de droit et la création des Facultés de Droit, une culture juridique proprement brésilienne a commencé à se développer. Toutefois, cela n'a pas suffi à rayer de l'esprit des juristes brésiliens l'habitude, devenue un réflexe, de la recherche comparative. Aujourd'hui encore, le juriste étranger qui viendrait à pratiquer son activité au Brésil serait frappé par la richesse des références aux textes de loi étrangers, à la jurisprudence ou à la doctrine d'autres pays que les praticiens du droit brésilien utilisent quotidiennement. Un ouvrage, un article, une consultation ou tout autre type de travail juridique ne sont pas considérés dignes de ce nom sans une référence aux solutions des autres ordres juridiques. Ayant déjà examiné l'influence du droit étranger sur le législateur, nous présenterons succinctement le recours aux modèles étrangers dans la pratique des magistrats, puis dans l'exercice de la profession d'avocat.

### 7.1 Le droit comparé et la jurisprudence brésilienne

Il y a 70 ans que René David, en décrivant la prati-

<sup>53</sup> Georges FLÉCHEUX, « La situation en France, le point de vue des professions juridiques », *Revue internationale de droit comparé*, 1996. p.320.

que juridique au Brésil et plus spécifiquement celle des juges, a conclu:

Avec la sécheresse des jugements français, et avec l'ignorance qu'ils manifestent extérieurement de la doctrine, le contraste est frappant si l'on lit les arrêts des juges brésiliens. Au Brésil, la doctrine, tant étrangère que nationale, paraît jouer un rôle de premier plan: auteurs français, italiens, portugais, espagnols, argentins sont constamment cités, commentés par les juges dans leurs arrêts. Quiconque étudie une question de droit brésilien doit en tenir compte, et ne pas prétendre résoudre cette question en considérant les seules lois, décisions judiciaires, opinions des auteurs du Brésil. Chaque droit doit être étudié selon les méthodes propres qu'il comporte, faute de quoi on ne saurait arriver à vraiment le connaître.»<sup>54</sup>

A titre d'exemple de l'influence du droit comparé sur les tribunaux, on peut rappeler que, pour justifier la révision des contrats et même l'indexation des dettes, en période d'hyperinflation, la Cour Suprême a considéré que la théorie de l'imprévision et la révision par le pouvoir judiciaire constituaient de vrais principes généraux applicables par le juge brésilien. Le rapporteur a, à l'occasion, invoqué l'interprétation donnée par les tribunaux allemands de l'article 242 du BGB qui fait allusion à la confiance et à la bonne foi qui doivent inspirer l'exécution des contrats (*treu und glauben*).

De même, un arrêt de la Cour Suprême (*Supremo Tribunal Federal*) du 5 mai 1978, qui, en appréciant les effets éventuels d'un acte administratif irrégulier, annulé en vertu du changement de l'interprétation donnée à un texte par les autorités, a discuté de l'application, en droit brésilien, de la décision du Conseil d'Etat français dans l'affaire *Dame Cachet*. A cet effet, le Ministre Leitão de Abreu a, dans son vote, considéré que le droit brésilien n'admettait pas cette orientation, mais il a préalablement examiné les commentaires de Maurice Hauriou et de Marcel Waline et la position de Léon Duguit, comme s'il s'agissait d'une affaire de droit français<sup>55</sup>.

D'autre part, si le juge brésilien n'applique pas, en général, une loi d'un autre pays, il n'hésite pas à faire référence aux solutions étrangères. Il y a même des juges qui utilisent des textes étrangers et n'hésitent pas à les citer, à titre d'information, au cours des jugements et

dans leurs arrêts<sup>56</sup>.

L'importance de la recherche comparative devient encore plus importante lorsque le juge brésilien est obligé de soumettre la résolution d'une situation juridique déterminée au droit indiqué par sa règle de conflit. Aux yeux du juge brésilien, la loi étrangère n'est pas une question de fait, mais de droit, ce qui implique l'application de règles juridiques étrangères par le juge brésilien, même si ces règles n'ont pas été invoquées par les parties. En pratique, cela n'arrive que très rarement, en vertu de clauses contractuelles, lors des actions de nullité ou d'annulation des arbitrages internationaux ou enfin à l'occasion de l'examen, par le juge, de la validité des effets d'actes juridiques pratiqués à l'étranger<sup>57</sup>.

Autant la Cour Suprême que le Supérieur Tribunal de Justice ont eu l'occasion de discuter la jurisprudence et la doctrine françaises en ce qui concerne la définition des droits acquis, malgré le fait que cette matière ait mérité une protection constitutionnelle au Brésil, tandis qu'en France il s'agit d'une question réglée par la loi.<sup>58</sup>

De même, le principe d'égalité qui doit être reconnu par l'acte administratif a été analysé par le Supérieur Tribunal Justice en se fondant sur les enseignements de Gaston Jèze.<sup>59</sup>

En d'autre matière, comme, par exemple, la responsabilité civile en général et les clauses d'exonération du transporteur, il y a également de nombreuses références de la jurisprudence au droit français et à la doctrine étrangère, comme l'a signalé le Conseiller Cláudio Santos.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Il est intéressant de noter, par exemple, qu'au sein de la Cour Suprême Fédérale brésilienne, il est récemment devenu fréquent de faire référence au contenu des jugements d'autres cours constitutionnelles – et même au contenu des arrêts des cours supranationales telles que la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme – qui ont été adoptés comme paramètre interprétatif pour l'application des règles de droit brésilien.

<sup>57</sup> La fréquence faible de l'application des règles de droit étranger par le juge national au Brésil est historiquement associée à la tendance *territorialiste* des règles de Droit International Privé au pays, dont les critères de rattachement favorisent l'application du droit brésilien. Au même temps, elle est aussi associée au profil traditionnellement opaque, omis, peu concluante de la législation brésilienne à propos de la liberté de choix des parties quant à la loi applicable à leur rapport juridique.

<sup>58</sup> Recurso Especial n° 506-RJ, publié dans la *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 6, 1990, p. 360.

<sup>59</sup> Mandado de Segurança n.° 80, jugé par le STJ.

<sup>60</sup> Cláudio SANTOS, « L'influence du droit français sur la jurisprudence du Supérieur Tribunal de Justice », Rapport des Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant, *Travaux de l'Association*

<sup>54</sup> René DAVID, *Traité élémentaire de Droit compare*. Paris: Economica, 1982. p. 243.

<sup>55</sup> Recurso Extraordinário n. 88.214-SP, publié dans la *Revista Trimestrial de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v.88, 1979. p.278.

## 7.2 Le droit comparé et la pratique des avocats

Le juriste européen débarquant au Brésil ne tardera pas à s'habituer au système législatif, cela aussi bien sous les aspects processuels que matériels du droit, Tullio Ascarelli a également remarqué que les particularités du droit brésilien augmentent quand le voyageur juridique se tourne vers l'observation de la pratique. D'après le Professeur de Bologne, le visiteur va vite s'apercevoir que les doctrines françaises et italiennes sont largement utilisées dans la pratique. Il pourra également observer que ces doctrines sont même plus souvent invoquées que la doctrine allemande, et cela en dépit de l'influence germanique dans l'élaboration du Code Civil de 1916, ce qui sans doute peut s'expliquer par la facilité dans l'apprentissage des langues latines par rapport aux langues germaniques<sup>61</sup>.

Il faut toutefois prendre en considération que ces analyses descriptives réalisées par René David et Tullio Ascarelli se limitent à ce qu'ils ont pu constater pendant les années 1950. Il faut donc donner suite à cette analyse en tenant compte de la récente évolution de la profession d'avocat. Cela étant, à deux moments distincts de l'histoire récente les juristes brésiliens ont été plus sensibles à l'introduction de nouvelles habitudes d'origine étrangère dans leur quotidien.

Tout d'abord, en vertu et à la suite de la Deuxième Guerre Mondiale, les acteurs du commerce international se sont retrouvés en face de l'incontestable hégémonie commerciale nord-américaine qui a perduré, en Amérique Latine, beaucoup plus longtemps et d'une façon beaucoup plus marquante qu'en Europe. Or, ce changement des pratiques commerciales et, plus généralement, de l'économie brésilienne, n'ont pas été sans conséquence sur la réforme du droit et sur l'exercice des professions juridiques au Brésil, dans une reproduction du modèle de relation entre l'infrastructure et la supers-

*Henri Capitant*, Tome XLIV. Paris: Litec, 1994. p. 137-139.

<sup>61</sup> Tullio ASCARELLI; Studi di Diritto Comparato, Milano, Giuffrè, 1952, p. 83. Dans l'original: «Ma la sensazione della peculiarità del diritto brasiliano verrà aumentando quando il viaggiatore giuridico si rivolgerà alla pratica, a quella contrattuale, a quella processuale e a quella che vorrei dire dottrina, e cioè al modo col quale i problemi, ancor prima che risolti, vengono impostati nella dottrina. Noterà immediatamente la larga utilizzazione nella pratica della dottrina francese e italiana, e potrà anche osservare come siano appunto que ste dottrine quelle che, anche (ma non solamente) per ragioni linguistiche, sono le più invocate, nonostante gli elementi germanici del codice civile. »

structure d'une société.

Ensuite, depuis une trentaine d'année, avec la mondialisation, l'ouverture de l'économie brésilienne et le mouvement d'intégration du Cône Sud de l'Amérique Latine, la présence et les investissements étrangers se sont multipliés, ainsi que les contacts tant avec les États-Unis qu'avec l'Europe.

Au cours de ces deux périodes, nous avons pu observer, tout d'abord, l'occurrence d'une certaine *américanisation* du droit privé brésilien. Cela a entraîné l'introduction de certaines habitudes nord-américaines dans la vie et dans la pratique des juristes brésiliens. La réception de ces habitudes s'est premièrement manifestée par l'adoption d'un vocabulaire rempli d'anglicismes. La convivialité entre les opérateurs du droit au Brésil et leurs collègues ou clients de formation nord-américaine rend plus naturelle l'insertion de paroles telles que *due diligence* dans les dialogues en portugais. Par ailleurs, depuis déjà quelques temps, le jeune avocat cherchant à travailler dans un cabinet moderne ne trouvera de place que s'il n'a pas, au moins, une bonne connaissance de la langue anglaise.

La notion de ce que l'on considère au Brésil comme étant un cabinet d'avocats moderne passe nécessairement par l'adoption d'un schéma d'organisation largement inspiré du modèle des *law firms* nord-américaines. Il faut également mentionner, en tant que facteur d'acculturation juridique, l'installation au Brésil de quelques-uns des plus grands cabinets nord-américains, qui exercent la profession à côté des cabinets traditionnels, ce qui a entraîné une augmentation de la qualité des services offerts par les juristes brésiliens. De nos jours, il ne suffit plus de parler la langue des clients et des collègues étrangers pour garantir la quantité et de la qualité des services. Il devient impératif également de bien connaître les droits étrangers. Cela constitue un facteur de la plus grande importance puisqu'il permet aux praticiens du droit de pouvoir passer outre leurs différences culturelles, ce qui rend toute négociation plus facile.

Ces besoins du commerce international encouragent les cabinets brésiliens à envoyer leurs professionnels à l'étranger pour des stages et des périodes de formation et les ont même motivés à engager quelques avocats et stagiaires d'origine étrangère. Aujourd'hui, comme nous pouvons le constater par l'examen de certains annuaires internationaux, un bon nombre des juristes au ser-

vice des cabinets brésiliens ont une formation et une expérience internationale, qui peuvent être placées au niveau des cabinets d'Amérique du Nord ou d'Europe, et connaissent donc le droit étranger, devenant éventuellement, à certains moments, des comparatistes par nécessité dictée par leur clientèle.

Ensuite, cette évolution correspond également aux mutations du contexte national et régional du Brésil depuis la fin des années 1980. Ce n'est qu'après la chute des régimes militaires d'orientation nationaliste, jusqu'alors présents en Amérique Latine, qu'une plus grande libéralisation des rapports commerciaux entre le Brésil et ses voisins sud-américains a été possible. Encore incomplet, ce rapprochement a été relativement rapide, surtout quand on se souvient que, jusqu'au milieu des années 1980, la moitié des troupes de l'armée brésilienne se concentrait encore près de la frontière argentine, alors qu'aujourd'hui les ressortissants des deux pays n'ont plus besoin d'un passeport pour la traverser. Les négociations en vue d'approfondir l'intégration du Cône Sud de l'Amérique Latine au sein des institutions du Mercosul existantes ont déjà fait prendre conscience, à tous les acteurs de la région, de la nécessité d'harmoniser les législations, ce qui passe déjà par la connaissance des droits des partenaires.

De même, la reconnaissance mutuelle des diplômes délivrés par les institutions d'enseignement d'un pays-membre constitue un autre obstacle à la libre prestation de services, dont la résolution pourrait s'inspirer du droit communautaire.

En ce qui concerne la pratique des avocats étrangers au Brésil, qui n'ont pas revalidé leurs diplômes, certaines formules constructives ont été trouvées et d'autres tolérées, afin de trouver une solution adéquate. La présence de ces avocats étrangers au Brésil est également un catalyseur de la meilleure compréhension du droit étranger.

Finalement, pendant les trente dernières années, l'ouverture de l'économie brésilienne et les privatisations, ainsi que le déclin de l'activité de l'Etat comme opérateur financier, commercial, et industriel, ont exigé et permis de très importants investissements étrangers dans des secteurs aussi diversifiés que la banque, l'électricité, le pétrole, la construction des routes, l'assurance ou la réassurance. Parmi les grands investisseurs, on retrouve, après les Etats-Unis, la Chine, la

France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Espagne, le Portugal, l'Italie et les Pays-Bas. Ce mouvement a eu un très grand impact sur l'étude des législations étrangères, tant en ce qui concerne le régime des investissements que sur celui applicable à la progressive libéralisation économique.

## 8 Les activités de Droit Comparé au Brésil

L'impératif est dans l'immédiat, de développer et surtout de coordonner les actions engagées en faveur du droit comparé.<sup>62</sup>

Nous avons déjà vu qu'il n'existe pas, pour le moment, de chair de droit comparé, d'études des grands systèmes juridiques ou de droit étranger dans les facultés, quoiqu'elles aient existées, à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, sous la dénomination de législation comparée. Nous n'avons pas de juristes qui se dédient exclusivement au droit comparé, cette branche du droit étant l'objet d'une seconde activité éventuelle, pour des professeurs, magistrats et avocats spécialisés en droit public ou privé.

Le Brésil dispose de plusieurs instituts, liés ou non à des facultés, ayant des activités se rapportant au droit comparé, mais ils n'ont que des structures réduites, et se limitent à la publication d'une revue ou de travaux divers et à l'organisation de séminaires ou de congrès<sup>63</sup>.

Après la Seconde Guerre Mondiale, un renouveau des études de droit comparé s'est fait sentir, sous l'influence de plusieurs juristes européens que l'exil avait amené au Brésil, comme Tullio Ascarelli et Enrico Tullio Liebman, tous deux professeurs à São Paulo pendant leur séjour dans notre pays à cause de la guerre.

Ainsi, en 1949, l'Institut de droit comparé de Rio de Janeiro a été créé, sous la Présidence du Professeur San Tiago Dantas, disposant de moyens importants et d'une grande bibliothèque, mais il n'a pas résisté plus que quelques années, le contexte de l'époque ne justifiant pas un

<sup>62</sup> Xavier BLANC-JOUVAN, « La formation au droit comparé, le point de vue d'un universitaire ». *Revue internationale de droit comparé*, 1996, p. 347.

<sup>63</sup> Ainsi l'Institut de Droit Comparé brésilien a publié avec la Société de Législation Comparée le livre *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*, Dir. par Arnaldo Wald et Camille Jauffret-Spinosi, Paris, Société de Législation Comparée, 2005.

grand intérêt du public académique ni des professionnels pour cette matière.

Dès cette période, des groupes de juristes brésiliens, professeurs, avocats et magistrats, se sont réunis en vertu de leurs liens avec des associations internationales de droit comparé, comme c'est le cas des groupes brésiliens tant de la Société de législation comparée que de l'Association Henri Capitant. Le premier, avec une cinquantaine de membres, est le plus important entre ceux des pays étrangers, pouvant se comparer au groupe italien, et la Société a réalisé plusieurs congrès au Brésil, ses membres ayant, à plusieurs reprises, eu l'occasion de publier leurs études dans la *Revue internationale de droit comparé*.

Le Comité brésilien de droit comparé créé dans les années 1950, sous la présidence du Professeur Haroldo Valladão, a maintenu ses activités pendant une trentaine d'année, avec des réunions mensuelles et la présentation de travaux lors des congrès internationaux.

Deux instituts sont actuellement plus liés au droit comparé. Il s'agit de la Bibliothèque Tullio Ascarelli de la Faculté de Droit de São Paulo et l'Institut de Droit Comparé Luso-Brésilien, cette première institution réalisant d'importants travaux de droit commercial en général, mais également de droit comparé dans ce domaine, avec une revue qui paraît chaque trimestre et qui a dépassé la centaine de numéros. A Rio de Janeiro, l'Institut de droit comparé luso-brésilien a été créé en 1982, et s'occupe plus directement de la comparaison entre les droits brésiliens et portugais, organisant des congrès, au Portugal et au Brésil, et publiant sa revue annuelle.

Les questions de droit comparé sont également soulevées, éventuellement, dans d'autres écoles de droit, dans les instituts des avocats et aux réunions de certaines associations, comme l'Union internationale des avocats, au sein de laquelle le Brésil a plusieurs membres actifs, qui présentent leurs rapports et travaux devant les diverses commissions. Un des congrès de cette institution s'est notamment tenu au Brésil, sous la présidence d'un brésilien, le professeur Arnaldo Medeiros da Fonseca.

Une tentative de rapprochement avec les universités américaines a été effectuée, en 1965, avec l'organisation d'un cours donné par des Professeurs brésiliens et américains, utilisant en grande partie le *case method*, en s'inspirant des techniques d'enseignement du droit

des facultés américaines. Cette initiative, qui a obtenu l'appui de la Fondation Ford et des Universités de Harvard, Yale et Columbia, ainsi que de la Fondation Getulio Vargas et de l'Université de Rio de Janeiro, a exercé une importante influence dans le sens, d'une part, de stimuler l'intérêt des juristes américains pour le droit brésilien et, d'autre part, de modifier la forme traditionnelle de l'enseignement brésilien du droit.<sup>64</sup> Plusieurs ouvrages ont été publiés, tant au Brésil qu'aux Etats Unis, donnant suite à cette forme de collaboration entre les juristes des deux pays, qui malheureusement n'a duré que quelques années.<sup>65</sup>

Récemment, plusieurs instituts culturels se sont spécialisés dans le droit du Mercosul, en rapprochant les juristes brésiliens et argentins, pour discuter des problèmes juridiques qui intéressent les deux pays et le Mercosul.

En ce qui concerne la bibliographie juridique brésilienne de droit comparé, nous avons, outre certains ouvrages déjà cités de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, quelques livres de droit civil et de droit public comparé, publiés soit en portugais, soit en français, soit en anglais et même en allemand.

Il faut également noter que ces dernières années, une centaine d'articles sur le droit étranger et le droit comparé ont été publiés dans des revues générales de droit au Brésil. De même, plusieurs articles sur le droit brésilien ont été publiés à l'étranger, en français, en anglais, en italien et en allemand, dans des revues de droit comparé ou dans autres périodiques, spécialisés ou non

Un intérêt croissant pour le droit étranger et le droit comparé se fait sentir de la part non seulement des universités, mais aussi des associations d'avocats et du Conseil Fédéral de l'Ordre et de certains Conseils locaux, comme celui de São Paulo.

Des accords avec des universités étrangères et des échanges de professeurs s'organisent de manière régulière ou ponctuelle avec le Portugal, la France, l'Italie et l'Espagne, de même qu'un nombre croissant de stagiaires américains ou européens viennent passer un certain

<sup>64</sup> Arnaldo WALD, *O ensino jurídico: análise e reforma*, publication des Travaux du Séminaire sur l'enseignement juridique réalisé par l'Institut des Avocats Brésiliens, en 1969 et James a. GARDNER; *Legal imperialism*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1980.

<sup>65</sup> Parmi d'autres, par son originalité, doit être cité le livre de Keith S. ROSENN; *O jeito na cultura jurídica brasileira*, avec la préface de Arnaldo WALD. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

temps au Brésil, et à l'inverse des cabinets brésiliens s'implantent à l'étranger ou intègrent des groupes internationaux d'avocats.

Finalement, les tribunaux brésiliens et les écoles de la magistrature multiplient leurs contacts avec l'étranger, pour des études scientifiques ou à fin d'organiser une collaboration institutionnelle.

On assiste, au fond, à une nouvelle phase pour le Brésil, dépassant l'improvisation et le travail individuel de quelques uns pour faire du droit comparé une branche institutionnelle des études juridiques et une méthode de travail, avec des institutions réellement spécialisées, en collaboration avec les diverses professions intéressées (avocats, magistrats, professeurs et membres du Ministère Public) et des contacts et des relations suivies avec l'extérieur.

Si l'on peut dire du juriste brésilien, à l'instar de son homologue canadien, que la vocation du droit comparé est dans ses gènes<sup>66</sup>, il convient maintenant de coordonner et d'institutionnaliser, au sein de l'enseignement du droit, la connaissance des grands systèmes de droit étranger et d'initier avocats et magistrats au droit comparé et étranger. A cet effet, il sera nécessaire, dans le but de concentrer d'une manière pertinente les efforts et ressources pour obtenir les meilleurs résultats, d'organiser, d'intensifier et de rationaliser le travail fait au Brésil et la collaboration internationale.

Cet effort doit se réaliser sur le plan de l'enseignement universitaire et de la formation professionnelle des juges, des avocats et du Ministère Public.

Il a comme but la connaissance du droit étranger, de la méthode comparative et l'amélioration du droit national, mais il signifie également une vraie ouverture vers l'extérieur et une nouvelle vision du juriste en ce qui concerne la compréhension entre les peuples et le partenariat entre les Etats sur le plan international et régional.

Ainsi, à coté des intérêts professionnels et universitaires et de l'harmonisation des législations régionales, le juriste brésilien devra suivre, dans cette nouvelle phase de mondialisation, l'exemple des comparatistes européens et en particulier de René David, qui a beaucoup étudié notre pays qu'il a fini par très bien connaître et apprécié,

<sup>66</sup> Discours de Mme le Juge Claire L'Heureux-Dubé, Présidente du XIIIème Congrès Internationale de Droit Comparé, prononcé le 24 août 1999, *In: Académie Internationale de Droit Comparé, Rapports Généraux*, éd. Les Editions Yvan Blais Inc., 1992, p. XXIX.

dont le Professeur André Tunc a eu l'occasion d'écrire:

Novateur hardi et idéaliste, il voulait que les juristes dépassent l'horizon étroit de leurs frontières. Il était sensible à la communauté des aspirations, au-delà des différentes techniques juridiques résultant des pesanteurs historiques et sociologiques. Il a lutté pour plus de compréhension entre les communautés humaines et pour l'unification ou, au moins, l'harmonisation des droits». <sup>67</sup>

## 9 Conclusion

On a vu tout au long de cet article que, par des raisons de nature historique et culturelle, le Droit Comparé jouait un rôle fondamental pour le Droit brésilien, en tant qu'instrument de son développement et de sa conformation comme un ordre juridique autonome, encore au XIXème siècle. Paradoxalement, toutefois, au cours du XXème siècle jusqu'à nos jours, le Droit Comparé a eu une projection et une influence limitées, timides, tant dans la tradition de l'éducation juridique universitaire que dans la pratique des avocats ou même des juges. Cela met en évidence la nécessité d'approfondir et d'encourager l'utilisation du Droit Comparé, un défi qui se présente comme un objectif très salubre, vu qu'il enrichira la culture juridique brésilienne et sera en outre pleinement conforme à la vocation propre du Droit brésilien, particulièrement au début du XXIème siècle: celle de son internationalisation.

## Bibliographie

- ASCARELLI, Tullio. *Studi di Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 1952.
- AZULAY, Fortunato. *Os Fundamentos do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Edição da Empresa a Noite, 1950.
- BASTIDE, Roger. *Brésil: terre des contrastes*. Paris: Librairie Armand Colin, 1959.
- BEVILAQUA Clóvis. *Lições de Legislação Comparada*. 2. ed. Bahia: José Luiz da Fonseca Magalhães Editor, 1897.
- BLANC-JOUVAN, Xavier. L'influence du Code civil sur les codifications étrangères récentes. *In: Le Code Civil (1804-2004) Livre du bicentenaire*. Paris: Dalloz-Litec,

<sup>67</sup> André TUNC, *Jalons dits et écrits*. Paris: Société de législation comparée, 1991. p. 43.

2004. p. 483.

BLANC-JOUVAN, Xavier. « La formation au droit comparé, le point de vue d'un universitaire ». *Revue internationale de droit comparé*, 1996.

CANIVET, Guy. Tirer profit du droit brésilien. In: WALD, Arnaldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (Dir.), *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*; Paris: Société de Législation Comparée, 2005.

CHARVIN, Robert. *L'Investissement International et le Droit au Développement*. Paris: L'Harmattan, 2002.

DANTAS, Ivo. Direito Comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.134, p. 231, 1997.

DAVID, René. Le droit brésilien jusqu'en 1950. In: WALD, Arnaldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (Dir.). *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*; Paris: Société de Législation Comparée, 2005.

DAVID, René. *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé*. Paris: LGDJ, 1950.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1992.

DEFFAINS, Bruno (Dir.). *L'Analyse Économique du Droit dans les Pays de Droit Civil*. Paris: Éditions Cujas, 2002.

DELGADO, Ana Paula Texeira. *O Direito ao Desenvolvimento na Perspectiva da Globalização: paradoxes e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DORNBUSCH, Rudi. Vérifier la législation avant d'investir. *Gazeta Mercantil*, 28 août 1996.

ERIK, Jayme. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, 1999.

FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1958.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Le droit brésilien, cet "inconnu" qui ne l'est plus. In: CAMPOS, Diogo Leite de; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *A evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. Coimbra: Almedina, 2007.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. Rio de Janeiro: Maia e Schmidt Ltda, 1933.

FROMONT, Michel; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; COSTA, Thales Morais da; CERQUEIRA, Gustavo; GRAEFF, Bibiana; VILARIÑO, Tanísia martini (co-

ord.). *Direito francês e direito brasileiro: perspectivas nacionais e comparadas*. São Paulo: IDP-Saraiva, 2017.

GARDNER, James A. *Legal imperialism*. Madison: The University of Wisconsin Press, 1980.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado, sua realidade e suas utopias. *Revista Forense*, v. 152, p. 20, 1954.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Filosofia do direito e direito comparado. *Revista Forense*, v. 146, p. 3, 1953.

L'HEUREUX-DUBE, Claire. Discours. In: *XIIIème Congrès Internationale de Droit Comparé, prononcé le 24 août 1999*, Académie Internationale de Droit Comparé, Rapports Généraux, Québec, Édition Yvon Blais, 1992.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio Ed., 1936.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La circulation du modèle juridique français: rapport des journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant de 1993, Travaux de l'Association, Tome XLIV. Paris: Litec, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAMBERT, Jacques. *Le Brésil*. Paris: Armand Colin, 1953.

LAMBERT, Jacques. *Os Dois Brasis (Les deux Brésils)*. 12. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1984.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975.

LEME, Lino Morais. *Direito Civil Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LINOTTE, D.; MESTRE, A. *Services publics et droit public de l'économie*. Paris: Litec, 1982.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MONTEIRO, João. *A Universalização do Direito*. São Paulo, 1982.

MORAZE, Charles. *Les trois âges du Brésil*. Paris: Librairie Armand Colin, 1954.

NADELMAN, Kurt H. Studi in memoria di Tullio Ascarelli. In: *Great Comparative Lawyers*. Milan: Giuffrè, 1969, vol. 3, p. 1410.

OLIVEIRA, Candido de. *Curso de Legislação Comparada*.

- Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1903.
- PALMER, Vernon Valentine. *Mixed Jurisdiction Worldwide: the Third Legal Family*. Cambridge: University Press, 2001.
- PERSPECTIVES du Droit Économique: dialogues avec Michel Jeantin*. Paris: Dalloz, 1999.
- PERRONE-MOISES, Cláudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998.
- POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- POSNER, Richard A. *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Prefácio de Arnaldo Wald. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SACCO, Rodolfo. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris: Economica, 1991.
- SANTOS, Claudio. *L'influence du droit français sur la jurisprudence du Supérieur Tribunal de Justice*, Rapport des Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome XLIV. Paris: Litec, 1994.
- SERVOIN, François. *Droit Administratif de l'Économie*. 2. ed. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2001.
- TUNC, André. *Jalons: Dits et écrits*. Paris: Société de Législation Comparée, 1991.
- VALCKE, Catherine. *Comparation law. Comparative law as reconstruction of collective commitments*. Cambridge: University Press, 2018.
- WALD, Arnaldo. La Circulation du Modèle Français en Amérique Latine. In: *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française - La circulation du modèle juridique français au Brésil*, Journées franco-italiennes, 1993. Paris: Litec, 1994.
- WALD, Arnaldo. Il Diritto dell'Economia e il Diritto dello Sviluppo in Brasile. In: *Diritto dei nuovi mondi*. Atti del convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza. 5-7 nov. 1992, Genova: CEDAM, 1994.
- WALD, Arnaldo, ROCHA, Roberto Paraíso (org.). *O ensino jurídico, análise e reforma*. Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados do Brasil, 1969.
- WALD, Arnaldo. La réforme du droit brésilien. *Revue internationale de droit comparé*, n. 4, p. 713, 1962.
- WINIZKY, Ignacio. De la technique comparative en droit. In: *Problèmes contemporains de droit comparé*. Paris: Institut Japonais de Droit Comparé, Université Chuo, Tome II, 1962.
- WITZ, Claude. L'influence des codifications nouvelles sur le Code Civil. In: *1804-2004 Le Code civil, un Passé, un Présent, un Avenir*. Paris: Dalloz, 2004.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Lei da boa razão e  
comparatismo jurídico na  
doutrina civilista brasileira de  
1850 a 1880**

**Good reason law and legal  
comparism in brazilian civilist  
doctrine from 1850 to 1880**

Alan Wruck Garcia Rangel

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Lei da boa razão e comparatismo jurídico na doutrina civilista brasileira de 1850 a 1880\*

## Good reason law and legal comparism in brazilian civilist doctrine from 1850 to 1880\*

Alan Wruck Garcia Rangel\*\*

### Resumo

Estudos indicam o ano de 1900 como marco inicial do direito comparado enquanto ciência autônoma. O presente artigo propõe que a comparação jurídica, como atividade intelectual, já existia nos escritos dos juristas ao final do século XIX, e toma-se como exemplo a doutrina civilista. Propõe, ainda, que o comparatismo está enraizado na doutrina brasileira, esta constituída após a Lei da Boa Razão de 1769 que havia reformado o ensino jurídico em Portugal. O recurso ao direito estrangeiro faz, portanto, parte da formação jurídica dos primeiros juristas brasileiros nas Faculdades de Olinda (a partir de 1854 em Recife) e São Paulo. Apoiada no conceito de “boa razão”, a doutrina perfilha a ideia de que fontes do direito externo são mais adiantadas e modernas, e podem ser aplicadas para preencher lacunas do direito nacional.

**Palavras-chave:** Lei da Boa Razão; Direito Comparado; Direito Civil; Doutrina Civilista; Uso do Direito Romano.

### Abstract

Studies point to the year 1900 as the starting point of comparative law as an autonomous science. This article proposes that legal comparison, as an intellectual activity, already existed in the writings of jurists of the late nineteenth century, and civilist doctrine is taken as an example. It also proposes that comparatism is rooted in Brazilian doctrine, which was established after the “Good Reason Law” of 1769 that had reformed legal education in Portugal. The use of foreign law is, therefore, part of the legal formation of the first Brazilian jurists at the Faculty of Law of Olinda (from 1854 in Recife) and São Paulo. Supported by the concept of “good reason”, the doctrine supports the idea that sources of foreign law are more advanced and modern, and can be applied to fill gaps in national law.

**Keywords:** Good Reason Law; Comparative Law; Civil Law; Civilist Doctrine; Use of Roman Law.

\* Recebido em 02/01/2020

Aprovado em 06/05/2020

O presente artigo é fruto de comunicação oral apresentada no congresso “A função modernizadora do direito comparado – 250 anos da Lei da Boa Razão”. Agradeço aos organizadores por permitir o envio desta versão escrita à presente publicação. Registro, igualmente, meus sinceros agradecimentos à professora Iacyr Aguiar Vieira pela leitura atenta e comentários da versão inicial do texto, e ao professor Alfredo de Jesus Dal Molin Flores pelos preciosos apontamentos durante minha exposição no Grupo de trabalho “Transferências, Transplantes, Tradução Cultural”, no XI Congresso Brasileiro de História do Direito.

\*\* Pesquisador em estágio pós-doutoral no Laboratório Interdisciplinar de História do Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (LIHD-UERJ). Foi bolsista do CNPq pelo programa Pós-Doutorado Júnior (2017-2018). Atualmente, é bolsista da FAPERJ pelo programa Pós-doutorado Nota 10 com projeto de pesquisa intitulado “O direito de correção antes do Código de menores de 1927”. Tem doutorado em História do Direito e das Instituições pela Universidade de Estrasburgo, França (2016). Mestre em História do Direito pela Universidade de Montpellier I (2008), França. Graduado em Direito Comparado pela Faculté Internationale de Droit Comparé (2009). Foi bolsista do Programa de bolsas de excelência do Ministério dos Negócios Estrangeiros francês (2007), e do Programa de bolsas de alto nível da União Europeia para América Latina (2006). Foi, igualmente, Attaché temporaire d’enseignement et recherche (Professor substituto) nas Faculdades de Direito da Universidade de Estrasburgo e Universidade La Rochelle, ambas na França. Atualmente, leciona, no âmbito do pós-doutorado, no curso de graduação da Faculdade de Direito da UERJ. É membro da Société d’Histoire du Droit (SHD). Desenvolve pesquisa nas áreas História do Direito Privado, Direito Privado Comparado, Teoria Geral do Direito, História do Direito Social. Email: alan.wruck@gmail.com

# 1 Introdução

A comparação jurídica na cultura luso-brasileira se desenvolve, inicialmente, no esquema das fontes subsidiárias do direito<sup>1</sup>. Está essencialmente fundada na ideia de que existe uma fonte externa capaz de elaborar uma interpretação moderna das soluções encontradas no *Corpus Iuris Civilis*. O uso moderno do direito romano (*usus modernus pandectarum*) constitui, assim, uma doutrina específica que emerge no século XVI com o humanismo jurídico (*mos gallicus*) ao preconizar o seu estudo científico, erudito, com explicações racionais organizadas de maneira sistemática<sup>2</sup>. Isto significava o retorno às suas fontes originais e a varredura dos inúmeros comentários, muitas vezes confusos, acumulados até então pelos escritos da doutrina do *mos italicus* cujo maior representante foi Bártolo<sup>3</sup>. Os principais representantes do humanismo jurídico — Cujácio, Alciato, Hotman — deixaram seguidores por toda a Europa, de modo que se desenvolve com maior ou menor intensidade nos séculos seguintes, até encontrar alto grau de sofisticação nos pandectistas alemães do século XIX. As Ordenações Filipinas haviam aberto, no século XVII, uma brecha à entrada dessa doutrina moderna em Portugal quando permitem, de modo subsidiário, a aplicação do direito romano “conforme à boa razão”. A falta de efetividade dessa legislação levou o monarca português a repeti-la no século XVIII e, ao mesmo tempo, a criar novos critérios e possibilidades por intermédio da expressão “nações civilizadas”. Com pretexto de estancar de modo permanente o uso abusivo da doutrina es-

colástica (glosadores e pós-glosadores), a Lei de 18 de agosto de 1769, conhecida, posteriormente, como Lei da Boa Razão<sup>4</sup>, reforma o sistema de direito subsidiário das Ordenações Filipinas, e amplia, consideravelmente, o antigo conceito de “boa razão”. Doravante, não se trata, apenas, de recorrer à doutrina moderna do direito romano, mas também da possibilidade de aplicação, enquanto fonte subsidiária do direito pátrio, dos “Códigos das Nações Estrangeiras mais civilizadas, e vizinhas”, estas reputadas como “muito mais adiantadas...”<sup>5</sup>. Essa abertura ao direito estrangeiro, pela ampliação do conceito de “boa razão”, teve efeito considerável no Brasil. Permitiu que a doutrina do século XIX se formasse apoiada na ideia de que as fontes do direito estrangeiro são mais adiantadas e modernas, e podem ser aplicadas para preencher lacunas do direito nacional<sup>6</sup>.

É, portanto, a partir dessa regulamentação do quadro das fontes do direito, prevista na Lei da Boa Razão, que se pretende examinar o desenvolvimento do comparatismo na doutrina civilista brasileira do século XIX<sup>7</sup>. O objetivo é saber como os juristas interpretaram o estoque conceitual e o conjunto normativo dessa lei na parte remissiva ao direito estrangeiro. A estratégia metodológica reside, portanto, na análise de conteúdo<sup>8</sup> dos textos de doutrina a fim de conhecer a imagem que os juristas tinham acerca das fontes que utilizavam, notadamente daquelas produzidas no direito estrangeiro. Trata-se de estudo que tenta historiar o direito comparado na sua dimensão científica<sup>9</sup>, o que implica reperto-

<sup>1</sup> Rui Manuel de Figueiredo Marcos, *A legislação pombalina. Alguns aspectos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 153 e s.; Mário Júlio de Almeida Costa; Rui Manuel de Figueiredo Marcos, “A reforma pombalina dos estudos jurídicos”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, Universidade de Coimbra, 1999, p. 67-98; Guilherme Braga da Cruz, *O direito subsidiário na história do direito português*, Obras esparsas, volume II. Estudos de História do Direito, Coimbra, 1981, p. 279 e s.

<sup>2</sup> A bibliografia sobre o humanismo jurídico é imensa. Para uma primeira abordagem, cf. Jean-Marie Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*. Paris: Puf, 2001, p. 146 e s.; ver também, Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: Quadrilège – Puf, 2006, p. 382-487. Houve resistência, tanto em Portugal como na Espanha, à penetração da doutrina de autores franceses durante os séculos XVI e XVII, como já demonstrado em estudo de caso sobre a obra de Jean Bodin, cf. Martim de Albuquerque, *Jean Bodin na península ibérica. Ensaio de história das ideias políticas e de direito público*. Paris: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

<sup>3</sup> Martim de Albuquerque, “Bártolo e bartolismo na história do direito português”, *Estudos de cultura portuguesa*, 1º Volume. Lisboa: Imprensa nacional-Casa da moeda, 1983, pp.41-123.

<sup>4</sup> A expressão “Lei da Boa Razão” foi cunhada em 1824 pelo jurista português José Homem Corrêa Telles na sua obra *Commentário crítico à Lei da Boa Razão*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1ª edição de 1824 (no presente estudo utilizamos a edição de 1865).

<sup>5</sup> *Memórias de litteratura portugueza, publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*, t. 1. Lisboa: Oficina da Academia Real de Sciencias, 1782, §LIV, p. 328.

<sup>6</sup> Com abordagem diversa da nossa, os diversos usos do direito estrangeiro pelo jurista brasileiro foi estudado em Airton Seelaender, *A doutrina estrangeira e o jurista brasileiro: usos, estratégias e recriações*. In: Carolina Alves Vestena; Gustavo Silveira Siqueira. (Org.). *Direito e experiências jurídicas- Temas de história do direito*. 1ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013, v. 3, p. 1-17.

<sup>7</sup> Este trabalho está em conexão com estudo anterior sobre o comparatismo no projeto de código civil de Teixeira de Freitas, cf. Alan Wruck Garcia Rangel, “O projeto de Teixeira de Freitas: um código civil antinapoleônico? Contribuição ao estudo do comparatismo jurídico no século XIX”, Arno Wehling, Gustavo Siqueira, Samuel Barbosa (orgs.), *História do direito. Entre rupturas, crises e discontinuidades*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 165-183.

<sup>8</sup> Laurence Bardin, *L'analyse de contenu*. Paris: Presses universitaires de France (Quadrilège), 2013.

<sup>9</sup> Abordagem semelhante, para o direito italiano, em Francesco Aimerito, “La comparaison comme méthode d'élaboration des lois au

riar os quadros argumentativos e esquemas interpretativos dos juristas brasileiros no período indicado. Não extraí dos seus escritos informação bruta, a partir da contagem de fontes citadas no texto, e procurei, simplesmente, confrontar as intenções expressas dos autores quanto ao método de exposição e uso da fonte estrangeira<sup>10</sup>. Compulsei as obras publicadas entre 1850 e 1880, período anterior à reforma Benjamim Constant (decreto n.º 1232-H de 2 de janeiro de 1891)<sup>11</sup> que criou a cadeira de “Legislação comparada sobre o direito privado”, cujo primeiro professor foi Clovis Bevilacqua<sup>12</sup>. Utilizei, portanto, as seguintes obras: Lourenço Trigo de Loureiro, *Instituições de direito civil brasileiro*, primeiro livro publicado no Brasil na matéria<sup>13</sup>; Augusto Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*<sup>14</sup>; Agostinho Perdigão Malheiros, *A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social*<sup>15</sup>, e seu opúsculo *Commentário à lei n.º 463 de 2 de setembro de 1847*<sup>16</sup>; Lafayette Rodrigues, *Direitos de família*<sup>17</sup> e Antonio Joaquim Ribas, *Curso de direito civil*<sup>18</sup>.

XIXe siècle: le cas de l'Italie (1814-1866)”, *Clio@Thémis*, n.º 13, 2017.

<sup>10</sup> Apesar de nos ter inspirado, nos distanciamos ligeiramente da metodologia adotada em António Manuel Hespanha, “Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 39, 2010, p. 109-151.

<sup>11</sup> O decreto do “ensino livre” de 1879 evoca a atividade de comparação de maneira incidente ao prever que o estudo do direito constitucional, criminal, civil, comercial e administrativo seja sempre “acompanhado da comparação da legislação pátria com a dos povos cultos” (Art. 23, §5º, decreto n.º 7.247 de 19 de abril de 1879, *Coleção das leis do Império do Brasil*, vol. 1, Parte II, 1879. Rio de Janeiro: Typographia nacional, p. 209).

<sup>12</sup> Alberto Venâncio Filho, *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: editora perspectiva, 1977, p. 177. Antes da criação desta cadeira, a comparação jurídica – ainda que circunscrita à legislação – não havia se especializado enquanto ciência nas faculdades de direito. Para Bevilacqua, com a criação dessa cadeira, a comparação deixa de ser “accidente”, “accessório”, e passa a ser “o systema, ...a substância mesma do assumpto” (Clovis Bevilacqua, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*. Recife: Typographia de F. P. Boulietrau, 1893, p. 3).

<sup>13</sup> Lourenço Trigo de Loureiro, *Instituições de direito civil brasileiro*, 2 tomos. Rio de Janeiro: Garnier, 3ª ed., 1871 [1ª ed. 1851].

<sup>14</sup> Augusto Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, publicação autorizada pelo governo, 3ª edição mais aumentada, Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Livreiro editor do Instituto Histórico, 1876. Dórvante: CLC.

<sup>15</sup> Agostinho Marques Perdigão Malheiros, *A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social*, 3 vols. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1867.

<sup>16</sup> Agostinho Marques Perdigão Malheiros, *Commentário à lei n.º 463 de 2 de setembro de 1847 sobre sucessão dos filhos naturaes e sua filiação*. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1857.

<sup>17</sup> Lafayette Rodrigues Pereira, *Direitos de família*. Rio de Janeiro: typographia franco-americana, 1869.

<sup>18</sup> Antonio Joaquim Ribas, *Curso de direito civil*, 2 vols. Rio de Ja-

É lugar comum na historiografia considerar o primeiro *Congresso internacional de direito comparado* de 1900, realizado em Paris, como o momento da “tomada de consciência” sobre a autonomia do direito comparado enquanto ciência. Há consenso de que, a partir desse congresso, organizado por Raymond Saleilles, à época Professor da Faculdade de Direito de Paris, se determina a criação de método científico específico. Antes desse encontro, afirmam os historiadores do direito, a análise comparativa era, excessivamente, superficial, de sorte que os “juristas se interessavam unicamente por la comparación de legislaciones..., sin que hubiese un interés por el derecho entendido como fenómeno que superaba el soporte textual de los códigos y que incluía la jurisprudencia y la doctrina”<sup>19</sup>. Com efeito, a comparação legislativa ganha contornos próprios dentro do movimento de codificação que se instala na Europa, para situar o direito positivo no centro do quadro de fontes. Entretanto, se, consideramos que, em alguns países, certos ramos do direito tiveram uma codificação bem tardia — a exemplo dos códigos civis da Alemanha (1900) e do Brasil (1916) —, durante o período de ausência de código, vigorava o pluralismo jurídico, o que nos leva a relativizar a ideia de que a atividade intelectual desses juristas se dava unicamente pela “comparación literal de textos legales de países distintos”<sup>20</sup>. Nessa paisagem jurídica plural, não só a legislação, mas também doutrina e decisões judiciais estrangeiras poderiam ser mobilizadas e tratadas como fonte jurídica aplicável de modo acessório ao direito pátrio<sup>21</sup>.

A Lei da Boa Razão, elaborada em Portugal no quadro do despotismo ilustrado da segunda metade do século XVIII, fruto da política reformista levada a cabo por Marquês de Pombal, Ministro de D. José I, revela o traço marcante da filosofia jusracionalista fundada na soberania da razão humana para organizar e ordenar o mundo. Representa, portanto, a função legislativa ou normatizadora do rei caracterizada por uma “atitude racionalista” ao defender a aplicação do direito natural,

neiro: Garnier, 1880 [1ª ed. 1865].

<sup>19</sup> Alfons Aragoneses, *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*. Madrid: Biblioteca del instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la universidad, 2009, p. 12.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>21</sup> Em pleno século XX uma decisão proferida pelo ministro Cláudio Santos no Superior Tribunal de Justiça evoca a doutrina de Pothier, jurista francês do século XVIII, para solucionar lacunas em matéria de contrato e responsabilidade civil (citado em Sylvain Soleil, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition (XVIe-XIXe siècle)*. Paris: IRJS éditions, 2014, p. 310).

e por uma “atitude voluntarista” ao submeter o direito positivo a uma vontade guiada pela razão<sup>22</sup>. Traz, ainda, importantes ensinamentos sobre como mobilizar as fontes do direito e como interpretar essas mesmas fontes. Trata-se, portanto, de uma metanorma<sup>23</sup>, ocupando-se da aplicação de outras normas, com projeção pedagógica, porque foi ensinada nas primeiras Faculdades de Direito criadas em São Paulo e Olinda<sup>24</sup>. Representa, assim, elemento de influência para formação dos juristas brasileiros, isto perceptível em algumas obras examinadas que dedicam capítulos inteiros para explicar o sistema de fontes, atribuindo hierarquia entre elas, e também as regras da hermenêutica jurídica.

De fato, como veremos ao longo do estudo, o modo como os juristas brasileiros raciocinam e articulam seus argumentos tem fundamento no antigo pluralismo jurídico, este, por muitos séculos, teorizado em torno da dicotomia entre direito pátrio (*ius proprium*) e direito comum (*ius commune*)<sup>25</sup>. Assim, a lei de 20 de outubro de 1823, ao declarar que todo o aparato legislativo português “pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821... em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas”<sup>26</sup>, trouxe o antigo pluralismo jurídico português para o Oitocentos brasileiro. Temos aqui uma dependência jurídica formal, muito embora já tivesse ocorrido a independência política em 1822. No entanto, como se verá mais adiante, os juristas brasileiros não se limitaram a aplicar o aparato jurídico do Antigo Regime português, e fizeram uso de outras fontes do direito,

que eles estimavam como “modernas”. Durante todo o século XIX, — e mesmo até o início do século XX —, se presencia, assim, uma paisagem jurídica paradoxal: a vigência de variadas fontes do direito por força de lei, até que uma codificação fosse realizada e promulgada, dentro de um contexto intelectual reinado pelo positivismo<sup>27</sup>. Isto significa que o legicentrismo, princípio de base da filosofia iluminista, que pugna por um direito racional e sistematizado num único código de leis, o qual facilitaria o conhecimento de todos, tardou para se impor no Brasil, e teve de conviver ao lado de diversas normatividades, fruto de vigorosa produção legislativa extravagante, da interpretação de juízes e da doutrina. Em termos teóricos, há um tipo de tensão entre positivismo legalista e positivismo científico, ambos mergulhados no ecletismo jurídico próprio ao século XIX<sup>28</sup>. É, portanto, nesse pluralismo no século do legicentrismo que o conteúdo da Lei da Boa Razão se acomoda no Brasil.

Nesse contexto histórico-jurídico peculiar se desenvolve a técnica da comparação, verificada, neste artigo, na doutrina civilista brasileira, auxiliada pelo conceito de boa razão, relativa, também, à antiga noção de “nações civilizadas”. Essa noção penetra e se expande no século XIX em conjunto com o surgimento de diferentes Estados nacionais, tendo a codificação de diversos ramos do Direito como um sinal de progresso<sup>29</sup> (I). Ademais, para os juristas do Império, a primeira “nação” civilizada foi a dos romanos, cuja influência no “direito ocidental” eles reconhecem como tão importante quanto aquela do cristianismo. Aqui, o tratamento dado ao direito romano, a sua operacionalização enquanto fonte jurídica

<sup>22</sup> Mário A. Cattaneo, *Iluminismo e legislazione*. Milão: Edizione de comunità, 1966, p. 13 e s., citado em Arno Wehling ; Maria José Wehling, “Despotismo ilustrado e uniformização legislativa. O direito comum nos períodos pombalino e pós-pombalino”, *Revista da faculdade de letras*, v. 14, 1997, p. 416.

<sup>23</sup> Gustavo César Machado Cabral, “A lei da boa razão e as fontes do direito: investigações sobre as mudanças no direito português do final do Antigo Regime”, *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 6117.

<sup>24</sup> Os Estatutos do Visconde de Cachoeira de 1825 mantiveram os ensinamentos contidos na Lei da Boa Razão, e representam a “matriz de onde se originam os textos regulamentares do nosso ensino jurídico, perdurando muitos de seus princípios até a República” (Venâncio Filho, *op. cit.*, p. 36). Esses Estatutos serão posteriormente modificados pelo decreto 1.386 de 28 de abril de 1854, que por sua vez, será novamente alterado pela reforma do ensino livre de 1879 (*Ibid.*, p. 65 e s.).

<sup>25</sup> Gustavo César Machado Cabral, *Ius commune. Uma introdução à história do direito comum do Medieval à Idade Moderna*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2019, p. 77 e s.

<sup>26</sup> *Collecção das leis do Império do Brazil*, 1823, Parte 1. Rio de Janeiro: Imprensa nacional, 1887, p. 7-8.

<sup>27</sup> A vertente jurídica do positivismo no século XIX inscreve-se nesta teorização, encontrada em Wieacker, que distingue positivismo científico e positivismo legalista. O primeiro tem como característica o desenvolvimento erudito, intelectual, do direito que funcionaria também como meio de neutralização política por meio dessa cientificidade; aqui, a doutrina tem papel importante e aparece como principal fonte produtora do direito. O positivismo legalista, entretanto, ganha força dentro do movimento de codificação e tende a situar a lei elaborada pelo Estado no centro do direito; é fruto desta visão racionalista herdada do século XVIII colocada em prática com a Revolução Francesa de 1789. cf. Franz Wieacker, *História do direito privado moderno* (tradução de Antônio Manuel Hespánha). 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 524-529.

<sup>28</sup> Paisagem eclética semelhante encontrava-se na Argentina em período anterior a sua codificação civil, cf. Víctor Tau Anzoátegui, *La codificación en la Argentina (1810-1870)*, 2ª edición revisada. Buenos Aires : Librería histórica SRL, 2008, p. 269.

<sup>29</sup> René Hubert, “Essai sur l’histoire de l’idée de progrès”, *Revue d’histoire de la philosophie et d’histoire générale de la civilisation*, 3<sup>e</sup> année, 1935, p. 1-32.

subsidiária, influenciará, também, no modo pelo qual eles pensaram o direito estrangeiro (II). Antes, contudo, para melhor compreensão do presente estudo, é necessário definir “boa razão”.

\* \* \*

A ideia de “boa razão” remete à razoabilidade, ponderação, bom senso, no sentido de equilibrar diferentes elementos concorrentes. A boa razão equivaleria à sabedoria, o conhecimento do bem verdadeiro, este alcançado pela medida justa (*juste milieu*), pelo raciocínio moderado, sem excessos ou extravagância, e sem paixões. É um conceito que dá liberdade à atividade intelectual do jurista para descobrir o verdadeiro espírito e razão das leis (*mens et ratio*), sem se restringir unicamente a sua interpretação literal (*litera legis*). Das três Ordenações promulgadas no Antigo Regime português — Afonsinas, Manuelinas e Filipinas —, apenas esta última faz menção à “boa razão”, as outras se limitando a empregar a expressão “conforme a razão”. De fato, essas expressões remetem à antiga noção de *recta ratio* encontrada nos escritos dos jusnaturalistas clássicos, os quais consideravam a razão humana como um dom de Deus: o Criador dotou o ser humano de certo discernimento, de raciocínio, de compreensão do mundo<sup>30</sup>. No entanto, o ser humano é uma criatura imperfeita, marcada pelo pecado original, de modo que sua razão é limitada. Somente a razão divina é perfeita. Na sua imperfeição, o intelecto do ser humano se compõe de faculdades de raciocínio (razão) e de faculdades morais (virtudes). A *recta ratio*, que os portugueses traduziram para “boa razão”, seria uma avaliação inteligente, reta, sã, virtuosa, do mundo. Daí a ideia segundo a qual a razão deve ter um qualificativo moral para ser eficaz: “boa razão” é uma razão regida, dirigida, pela virtude, e logo justa<sup>31</sup>.

A particularidade do caso português é tentar conciliar essa visão tradicional com o iluminismo jurídico do século XVIII que vincula a razão à vontade humana para situá-la no centro da atividade legislativa<sup>32</sup>. Essa

tentativa de conciliação é perceptível na Lei de 18 de agosto de 1769 quando apresenta uma definição minuciosa do conceito de “boa razão”, e quando estabelece que, em caso de conflito, entre direito canônico e direito pátrio, deve-se recorrer a esse último<sup>33</sup>. Muito embora o monarca tenha tentado delimitar o seu conceito, a “boa razão”, como critério instrumental de hermenêutica e orientação das fontes, permanece de conteúdo aberto, flexível, elástico, o que permitiu sua sobrevivência em diferentes contextos históricos e geográficos, como é o caso do Brasil.

O conceito de “boa razão” ainda se encontra, na doutrina brasileira, apegado à visão tradicional que o liga ao direito natural, este entendido como o “complexo de leis que Deus gravou no coração do homem”, conforme explica Trigo de Loureiro<sup>34</sup>. No entanto, se percebe, nos escritos de outros juristas, ligeira modulação desse conceito, como é o caso de Teixeira de Freitas. Não surpreende, em pleno século XIX, o jurisconsulto do Império ter bosquejado uma definição de “boa razão” sob a perspectiva do positivismo. Isto fica nítido quando ele opõe “boa razão” e “razão absoluta” para explicar que esta não se confunde “com a *recta ratio* – *direita razão*, que é a *boa razão* da Lei de 18 de agosto de 1769” (em itálico no original)<sup>35</sup>. Nessa distinção, ele vincula “boa razão” ao direito positivo, às leis escritas, como um elemento de orientação ao intérprete. Fazendo referência ao adágio *Jus est ars boni et aequi* (direito é a arte do bom e da equidade), Teixeira de Freitas não considera a lei positiva como o campo privilegiado da “razão absoluta”, esta última, nas suas palavras, situada na seara da equidade. Segundo ele, “o direito positivo é transitório, progressivo... um bem relativo” que se percorre para atingir o “bem absoluto da equidade”<sup>36</sup>. Nessa operação intelectual, a “boa razão” aparece como ponto de apoio para alavancar a equidade que é de “razão absoluta”, isto é, perfeita, inteira, soberana. Mesmo sem dizer, Teixeira de Freitas traz uma percepção do constitucionalismo moderno para considerar a “boa

<sup>30</sup> Carbasse, *op. cit.*, p. 244.

<sup>31</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*. Almedina: Coimbra, 2015, p. 302.

<sup>32</sup> Ainda no início do século XIX, um dicionário publicado em Portugal desvincula “boa razão” do intelecto humano e a atrela ao direito natural, isto é, divino: “a Lei, ou he divina, isto he, prescripta por Deos, ou humana, isto he, prescripta pelos homens. A divina he, ou natural, que se conhece por meio da boa razão, ou revelada sobre o que se deve crêr, e obrar” (Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Esboço de hum dictionario juridico, theorético e practico, remissivo às leis compiladas, e extravagantes*, t. 2. Lisboa: typographia rollandiana, 1827, V.º Lei).

<sup>33</sup> Ver item 12 da Lei de 18 de agosto de 1769 (*Collecção da legislação portugueza desde a última compilação das ordenações, redegida pelo desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1763 a 1774*. Lisboa: Typographia de L. C. da Cunha, 1858, p. 413).

<sup>34</sup> Trigo de Loureiro, *op. cit.*, t. 1, p. 18.

<sup>35</sup> CLC, p. 275, nota. Essa distinção aparece no meio de uma explicação, em nota de rodapé, sobre o art. 394 da CLC que trata do juízo arbitral, especificamente sobre a possibilidade das partes concordarem previamente que a sentença seja executada de imediato e sem recurso algum.

<sup>36</sup> CLC, p. 276, nota.

razão” como produto do positivismo, e, por isso, transitória e reformável de modo progressivo. Percebe-se, portanto, que o conceito de “boa razão” ultrapassa os paradigmas estabelecidos na antiga legislação portuguesa para aglutinar concepções e mentalidades que são próprias ao século XIX.

\* \* \*

## 2 Comparatismo jurídico e ideologia do progresso

O comparatismo jurídico, durante todo o século XIX, é fomentado pelo esforço intelectual, racional, em descobrir regras universais, a partir da confrontação dos diversos sistemas jurídicos. Inflamados pelo cientificismo da época, os juristas acreditam na existência de um direito ideal, superior e moderno, tendo como modelo de referência o direito dos países do hemisfério Norte (Europa e América do Norte), reputados como civilizados<sup>37</sup>. As expressões “nações civilizadas”, “povos cultos” ou “nações modernas”, remetem à ideia de que existe um modelo ideal de humanidade, e que certas nações se encontram em estado mais avançado, mais próximo desse ideal, e que outras estão mais atrasadas no sentido de que devem transformar-se, converter-se, para atingir o modelo idealizado<sup>38</sup>. No mundo luso-brasileiro, essa visão recebe coloração religiosa para considerar como avançado e, portanto, civilizado, apenas os países que professam a religião cristã. Não é outra a opinião de Joaquim Ribas quando afirma que o modelo jurídico ideal se encontra nas leis e códigos das nações pertencentes ao “systema da civilização christã”<sup>39</sup>.

Essa visão messiânica da Igreja, do seu papel civilizador da humanidade, permanece no século XIX e se adapta à ideologia do progresso<sup>40</sup>. Impulsionada pela

matriz da filosofia da história ou cronosofia<sup>41</sup>, cujos principais representantes foram Turgot e Condorcet, é uma visão de mundo que crê no movimento natural de desenvolvimento das sociedades em todos os campos possíveis — instituições sociais e políticas, língua, técnica, religião, leis, ciência, escrita, comércio, indústria etc. — e, ao mesmo tempo, projeta como ideal o atingimento de determinado estado de evolução desses diversos campos. Entre a condição de barbárie e rudeza, e aquela de sabedoria e civilidade, existem diferentes escalas de humanidade, de modo que o progresso se revela na passagem e na transformação operada entre esses dois extremos. A marcha lenta do progresso aponta sempre na direção do futuro, de modo que não existe “período histórico, categoria ou sequência de eventos históricos, que possa traduzir uma decadência, uma degeneração...”<sup>42</sup>. Trata-se de um “juízo de valor sobreposto à constatação de uma evolução histórica. Esse juízo de valor é pronunciado do ponto de vista do homem, do ponto de vista de uma humanidade que chegou a certo grau de desenvolvimento”<sup>43</sup>. Nessa visão universalista, e também otimista da humanidade, não há espaço para qualquer questionamento de viés etnocêntrico, e todos os juristas acreditam ser possível descobrir regras universais e comuns nos diversos sistemas jurídicos com vistas a atingir certo grau de progresso. A comparação, enquanto técnica jurídica, inscreve-se nessa operacionalização das fontes do direito para buscar pela “melhor” regra ou norma jurídica. Como pontua Erik Jayme, “a ideia de progresso está ligada àquelas normas jurídicas (*Rechtsätzen*), cuja aceitação universal era considerada apenas uma questão de tempo”<sup>44</sup>. É, nesse sentido, que Teixeira de Freitas pretende encontrar, nas diversas fontes jurídicas do seu tempo, uma “unidade superior”<sup>45</sup>, e Lafayette Rodrigues “princípios superiores”<sup>46</sup>, do mesmo modo que Trigo de Loureiro investiga nas leis um

mento [é] a ideia fundamental contida sob a palavra civilização” (Febvre, *op. cit.*, p. 35). Alguns autores afirmam que a ideia de progresso é própria ao século XIX (cf. Jean Ehrard, *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIIIe siècle*. Paris: éditions Albin Michel en poche, 1994, p.760), outros entendem que ela é identificável, sob diferentes matizes filosóficas, desde o século XVI (cf. Hubert, *op. cit.*, p. 1-32).

<sup>41</sup> Hubert, *op. cit.*, p. 5.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>44</sup> Erik Jayme, “Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado”. Tradução de Cláudia Lima Marques. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, v. 1, n.º1, 2003, p. 117.

<sup>45</sup> CLC, p. XXXVI-XXXVII.

<sup>46</sup> Lafayette, *op. cit.*, p. 9.

<sup>37</sup> Os estudos sobre o conceito de civilização são abundantes. Ver o estudo recente de Luís Filipe Silvério Lima, “Civil, civilidade, civilizar, civilização: usos, significados e tensões nos dicionários de língua portuguesa (1562-1831)”, *Almanack*, Guarulhos, n.º 03, 2012, p. 66-81 que remete à numerosa bibliografia; e aquele de Stéphane Zékian, “Le discours du progrès dans l’Histoire de la civilisation en Europe de Guizot”, *Revue Française d’Histoire des Idées Politiques*, 2006/1, n.º23, p.55-82, que se ocupou do tema sob a perspectiva dos escritos de Guizot. Vale também indicar o estudo clássico de Lucien Febvre, *Civilisation, évolution d’un mot et d’un groupe d’idées*, Paris: Renaissance du Livre, 1930.

<sup>38</sup> Febvre, *op. cit.*, p. 23.

<sup>39</sup> Ribas, *op. cit.*, vol. 1, p. 194.

<sup>40</sup> Tal como afirmava Guizot: “a ideia de progresso, do desenvolvi-

único e “verdadeiro sentido”<sup>47</sup>, e Joaquim Ribas estima que “a humanidade acha na razão o direito como noção fundamental..., como typo inalteravel... com a qual ella compara os actos de todos os agentes livres, os costumes nacionaes, as leis solemnemente decretadas, os julga e os condemna ou absolve”<sup>48</sup>.

Especificamente para o caso do Brasil, o pressuposto de que existem direitos de “nações civilizadas” é alimentado pelo “fantasma” da escravidão que o deixava, perante outros países, numa posição de “atraso” neste processo civilizatório<sup>49</sup>. Perdígão Malheiros alerta ao tocar no tema: “é, portanto, não só de justiça, porém da mais alta conveniencia, que seja abolida a escravidão também entre nós. As outras nações civilizadas o hão feito; e os resultados tem sanctificado tão salutar resolução”<sup>50</sup>. A “questão do elemento servil”, como o tema ficou conhecido de modo abrandado à época, contribuiu, sem dúvida, para “internalizar uma condição de inferioridade, na forma de um sentimento de exclusão do mundo civilizado, ou de sua inserção nele numa condição subalterna”<sup>51</sup>. Essa visão colocava o direito brasileiro em posição periférica, de modo que a sua modernização devia, necessariamente, passar pelo modelo das instituições do “centro”, isto é, dos países do hemisfério Norte, porque são reputados como mais avançados, e, logo, civilizados. Joaquim Ribas alinha o seu pensamento nesse sentido ao crer que a “América civilizada... é a continuação, ou antes nova e progressiva phase da Europa”<sup>52</sup>.

Essa percepção valorativa do mundo influenciou a maneira pela qual os juristas brasileiros pensaram o direito estrangeiro no século XIX. As nações consideradas como civilizadas refletem, assim, a imagem do progresso, este compreendido na sua forma mais bem-acabada, e o direito interno brasileiro o local de produções singulares, específicas, ainda distantes do ideal de progresso. Nesse sentido, não seria exagero afirmar que a comparação jurídica emerge como técnica de conhecimento e compreensão do direito pátrio à luz da experiência es-

trangeira. Trata-se de uma ferramenta para identificação de regras semelhantes que possibilitaria, em seguida, a avaliação e escolha das melhores, isto é, daquelas que se encontram na via do progresso, e por meio dessa operação incentivar o avanço do conhecimento<sup>53</sup>.

### 3 Comparatismo jurídico e sistema de fontes subsidiárias

Antes de examinar como os juristas do Império operacionalizaram o sistema de fontes subsidiárias — particularmente as estrangeiras — por intermédio do tratamento dado ao direito romano, convém ressaltar que, para eles, o direito português é fonte do direito pátrio. Para eles, Portugal não integra o grupo de países qualificados como “nações estrangeiras”, em virtude do sentimento de pertencimento a uma mesma cultura jurídica. Perdígão Malheiros trata os autores portugueses, notadamente aqueles que escreveram após a reforma pombalina — Mello Freire, Coelho da Rocha, Borges Carneiro, Corrêa Telles —, de “nossos jurisconsultos”<sup>54</sup>, o que demonstra apego e assimilação entre as culturas jurídicas portuguesa e brasileira, esta ainda em formação. Na mesma época, Lafayette Rodrigues afirma ter se apoiado, prioritariamente, no Código civil português, promulgado em 1867, porque tem “mais autoridade do que os outros códigos estrangeiros”. Para ele, esse código reuniu e sistematizou regras do direito civil português preexistente, completando as suas lacunas “com as reformas que os progressos da sociedade exigião”<sup>55</sup>. Isto significa que o direito português é, para ainda usar as palavras de Perdígão Malheiros, parte integrante das “nossas ideias, usos e costumes”, e não figura no quadro de fontes subsidiárias.

Os juristas brasileiros repetem o que Corrêa Telles havia escrito na sua obra *Commentário crítico à Lei da Boa Razão*, publicada pela primeira vez em 1824, que o direito romano constitui o primeiro corpo de “leis das nações civilizadas da Europa”<sup>56</sup>. O direito romano é

<sup>47</sup> Trigo de Loureiro, *Instituições de direito civil brasileiro... op. cit.*, t. 1, p. 35.

<sup>48</sup> Ribas, *op. cit.*, vol. 1, p. 49.

<sup>49</sup> Christian Edward Cyril Lynch, “Por que pensamento e não teoria? A imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970)”, *Dados*, vol. 56, n.º 4, 2013, p. 735.

<sup>50</sup> Perdígão Malheiros, *A escravidão no Brasil... op. cit.*, Parte 3, 1867, p. 137.

<sup>51</sup> Lynch, *op. cit.*, p. 734.

<sup>52</sup> Ribas, *op. cit.*, vol. 1, p. 307.

<sup>53</sup> Erik Jayme, “Diritto comparato e teoria del progresso”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1995, fascicolo 1-4, p. 44.

<sup>54</sup> Perdígão Malheiros, *A escravidão no Brasil... op. cit.*, Parte 1, p. 165, nota 682.

<sup>55</sup> Lafayette, *op. cit.*, p. 19, nota 16.

<sup>56</sup> Corrêa Telles, *Commentário crítico à Lei da Boa Razão... op. cit.*, n.º 143, p. 64.

considerado como fonte estrangeira, e tratado de modo semelhante à qualquer outra legislação ou código moderno promulgado no século XIX — Código civil francês de 1804, Código civil da Lousiana de 1824, Código civil holandês de 1838, Código civil do Chile de 1855, Código civil português de 1867, apenas para citar alguns exemplos. Todas essas fontes são estimadas como lugares possíveis de se encontrar soluções jurídicas para preencher as lacunas do direito pátrio. Mas não só os códigos. A doutrina estrangeira também recebe tratamento de fonte subsidiária. É, nesse sentido, que Perdigão Malheiros trata de forma igual direito romano e doutrina norte-americana. Para ele, a “boa razão”, que incide na interpretação do direito romano, deve, também, se aplicar, por motivos semelhantes, à “doutrina da legislação da União (Sul) Americana”<sup>57</sup>.

Essa assimilação entre direito romano e direito estrangeiro moderno, ambos tratados como fontes subsidiárias, tem, inicialmente, fundamento na Lei da Boa Razão, e, posteriormente, nas regras determinadas pelos Estatutos da Universidade de Coimbra de 28 de agosto de 1772, na parte que formula uma metodologia específica para manusear o direito romano<sup>58</sup>. Como explica Coelho da Rocha, na suas *Instituições de direito civil português*: em primeiro lugar, deve-se verificar se a solução encontrada é fundada em “razão puramente civil”, em máximas e princípios capazes de o aceitar como solução jurídica ou em regra “peculiar ao povo romano”, contendo “circunstâncias dos tempos” que não existem mais; posteriormente, se consultam os usos que os jurisconsultos das nações modernas da Europa fazem dessas leis para as seguir ou refutar<sup>59</sup>. O direito romano passa a ser considerado como fonte subsidiária somente quando apresenta uma solução jurídica moderna e, portanto, civilizada.

Esse historicismo comparatista, fundado na dicotomia entre antigos e modernos, consiste em identificar uma opinião comum sobre determinado assunto, sem considerar o processo histórico e as vicissitudes do país

onde ela foi colhida. É, portanto, esse modo peculiar de tratar o direito romano, interpretando seus textos para julgar sua modernidade, com base numa regra comum praticada por todos os códigos e legislações modernas, que reside o primeiro substrato do comparatismo jurídico no século XIX. Com efeito, os juristas brasileiros estavam muito mais preocupados em banir das fontes as regras anacrônicas, obsoletas, antigas, e distingui-las das regras modernas, atuais e conforme “...ao espírito do Direito actual, às ideias do século”<sup>60</sup> — no dizer de Perdigão Malheiros —, do que fazer um juízo crítico sobre a particularidade do direito estrangeiro. Para eles, a ciência do direito não tem fronteiras geográficas rígidas, muito embora ela tenha delimitações temporais. Isto significa que a validade de determinada solução jurídica é resultado de exame racional de atualização e julgamento de sua modernidade ou não, isto é, seu potencial de adaptação às necessidades, ideias e progressos da época.

Assim, se a noção de “boa razão” serve de apoio para operar uma triagem em perspectiva temporal, isto é, seleção e escolha das inúmeras regras contidas no *Corpus Iuris Civilis*, e conservação, apenas, daquelas convergentes ao direito moderno, uma mesma preocupação inexistente para os “códigos modernos das nações civilizadas”, porque a sua modernidade é presumida. Isto não significa que o direito estrangeiro tenha se revestido, entre os juristas brasileiros, de “autoridade extrínseca” — para usar uma expressão da época —, pois seu uso não é pelo simples fato de pertencer à civilização cristã. Os códigos e leis estrangeiras, bem como a doutrina que se desenvolvia apoiada neles, poderiam (e deveriam) ser objeto de crítica. A simples recepção de soluções estrangeiras, sem qualquer apreciação crítica, seria adotar postura semelhante àquela que se tinha com relação ao direito romano. Como lembra Joaquim Ribas: a Lei da Boa Razão “declarou as leis romanas privadas de força extrínseca”<sup>61</sup>, o que significa que a análise de conteúdo passa a ser condição de sua validade. A mobilização de textos estrangeiros não se perfaz por transplante sistemático, e, por isso, é necessário o estudo crítico e conhecimento prévio do direito estrangeiro. Segundo Joaquim Ribas, “...se o estudo dos escriptos dos jurisconsultos estrangeiros é um meio adequado para distinguirmos os textos antiquados do direito romano daqueles que por sua boa razão ainda estão em uso nas nações modernas,

<sup>57</sup> Perdigão Malheiros, *A escravidão no Brasil... op. cit.*, Parte 1, p. 167. O culto à legislação estadunidense se explica pelo contexto histórico em que Malheiros escrevia sua obra, apenas dois após o fim da guerra de secessão que abolia a escravidão naquele país.

<sup>58</sup> Costa e Marcos, *op. cit.*, p. 72.

<sup>59</sup> Manuel António Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil português*, 4ª edição. Coimbra: Livraria de J. Augusto Orcel, 1857, p. 21-22). Semelhante explicação em Perdigão Malheiros, *A escravidão no Brasil... op. cit.*, Parte 1, p. 93; e em Trigo de Loureiro, *op. cit.*, t. 1, p. 27.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>61</sup> Ribas, *op. cit.*, vol. 1, p. 167.

por mais forte motivo deve, também sel-o o estudo dos códigos e leis dessas nações”<sup>62</sup>.

Em seguida, esse mesmo autor questiona: quando leis e códigos das nações civilizadas divergirem entre si ou se contradizerem, qual adotar? Ele responde, citando Coelho da Rocha, que “neste caso a regra a seguir-se é indagar qual dessas leis ou mais se aproxima das leis e costumes patrios, quanto à instituição do direito, a cujo respeito versa o ponto da questão”<sup>63</sup>. O uso moderno das fontes do direito não significa, apenas, recolher regras conforme “às ideias do século”, mas também selecionar aquelas conforme “aos costumes e índole da Nação”<sup>64</sup>. A escolha da solução estrangeira e sua comparação com o direito nacional torna-se meio para se atingir o conhecimento de determinada regra jurídica. Por esse modo particular de comparação, se acreditava que a “boa” solução jurídica emergiria, naturalmente, como resultado de uma síntese necessária. Nesse ponto específico, os juristas brasileiros aprofundam a técnica comparatista, porque a Lei da Boa Razão não oferecia nenhum critério objetivo no caso de as soluções do direito estrangeiro serem divergentes. Corrêa Telles já havia percebido essa insuficiência ao sugerir que, nesse caso, deve-se recorrer ao direito de uma única nação<sup>65</sup>. Se é, portanto, a partir da dicotomia “uso antiquado” e “uso moderno” que se origina a técnica de comparação jurídica, esta se situa, também, na oposição entre “direito nacional” e “direito estrangeiro”, de modo que a modernização do direito brasileiro contém essas duas perspectivas.

Cabe ressaltar, enfim, que cada jurista brasileiro mobilizou as fontes estrangeiras à sua maneira, dando prevalência a certos países em detrimento de outros. Há, portanto, uma predisposição particular para reagir de maneira individual ao contato com o direito estrangeiro. Isto dependia, também, do objeto e, sobretudo, da matéria jurídica a ser tratada. A seguir, identificar-se-á, em cada uma das obras aqui trabalhadas, o método “científico” elaborado pelo jurista, e também sua explicação sobre as fontes do direito subsidiário, com especial atenção à estrangeira, a fim de sublinhar a atividade de comparação aí subjacente.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 168-169.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>64</sup> Perdígão Malheiros, *A escravidão no Brasil...* *op. cit.*, Parte 1, p. 93.

<sup>65</sup> Corrêa Telles, *Commentário crítico à Lei da Boa Razão...* *op. cit.*, p. 68. De fato, registra-se em Portugal um caso de adoção da legislação alemã em matéria de “minas e estabelecimentos metálicos” pelo Alvará de 30 de janeiro de 1802 (citado em Manuel Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*. Lisboa: Imprensa regia, 1826, p. 60).

a) *Trigo de Loureiro* não traz, na primeira edição da suas *Instituições de direito civil brasileiro* de 1851, reflexão sobre o método que adotou; não traz tampouco capítulo dedicado ao sistema de fontes<sup>66</sup>. Somente na segunda edição de sua obra, publicada em 1857 — depois aparecerá uma terceira em 1871 —, que se pode conhecer seu posicionamento em face do direito estrangeiro, precisamente no Capítulo III, intitulado “Noções geraes sobre as fontes do Direito civil Patrio”<sup>67</sup>. Trigo de Loureiro afirma que “emquanto não tivermos um Código Civil”, se deve recorrer à duas classes de fontes, a fim de evitar o uso de “fontes estranhas”: as fontes “que tem fôrça de lei” e as fontes subsidiárias. Na primeira classe, ele segue a orientação da lei de 20 de outubro de 1823, para considerar todo o antigo aparato legislativo português (Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções) e toda a legislação brasileira posterior à 1822 e, na segunda classe, as fontes subsidiárias propriamente ditas<sup>68</sup>. Nesta, ele deixa de seguir a ordem de hierarquia da Lei da Boa Razão e exclui a legislação régia para situar como primeira fonte integrativa do direito pátrio os assentos da Casa da Suplicação<sup>69</sup>, seguido dos costumes, do direito romano, da doutrina (opiniões dos jurisconsultos), dos Arestos (aqui ele não especifica o tribunal, o que pressupõe tanto o brasileiro como o português) e, por fim, as “leis das nações modernas”<sup>70</sup>. O direito estrangeiro é tratado como fonte subsidiária menor, a qual se deve recorrer por último, quando a lacuna não puder ser integrada por outra, e apenas a legislação estrangeira (leis e códigos) aparece como fonte moderna do direito. É, precisamente, no parágrafo XLII consagrado às “Leis das nações modernas” que se pode inferir uma atividade comparatista, mas ainda entendida como técnica para testar a aplicabilidade do direito romano. Nesse sentido, ele escreve que as leis e códigos “mais acreditados das nações modernas” são objeto de comparação para se escolher a melhor regra supletória das lacunas das leis pátrias, somente quando puderem

<sup>66</sup> Lourenço Trigo de Loureiro, *Instituições de direito civil brasileiro, extrahidas das instituições de direito civil lusitano do Exmo jurisconsulto portuguez Paschoal José de Mello Freire, na parte compatível com as instituições da nossa cidade, e augmentadas nos lugares competentes com a substancia das leis brasileiras pelo Doutor Lourenço Trigo de Loureiro*, t. 1. Pernambuco: Typographia da vvia roma e filhos, 1851.

<sup>67</sup> Trigo de Loureiro, *op. cit.*, t. 1, 1871, p. 23.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 23 e s.

<sup>69</sup> A Casa de Suplicação do Brasil, criada em 1808, foi extinta em 1828, dando lugar ao Supremo Tribunal de Justiça, conforme previa a Constituição do Império de 1824. A referência aqui é, portanto, a Casa de Suplicação de Portugal.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p.26.

ter preferência sobre o direito romano<sup>71</sup>. É o que ele faz, muito raramente<sup>72</sup>, diga-se de passagem, quando recorre às “leis das nações civilizadas”, citando expressamente o *Code civil de 1804*, para explicar o instituto da adoção, porque as leis romanas nessa matéria são consideradas como antiquadas<sup>73</sup>.

b) *Teixeira de Freitas*, na sua *Consolidação das leis civis*, não tem capítulo consagrado às fontes do direito porque este trabalho pretende modernizar o direito civil brasileiro por meio da reunião de diversas leis esparsas e sistematização em um único lugar. É, portanto, compreensível a crítica de *Teixeira de Freitas* à Lei de 18 de agosto de 1769 que, para ele, “deu largas ao arbítrio com o título de *boa razão*”, e concorreu para que os “nossos juristas carregassem suas obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos”<sup>74</sup>. Sob pretexto de “mostrar o último estado da legislação”, *Teixeira de Freitas* usa livremente inúmeras fontes do direito, inclusive estrangeira, quando convergente à “civilização moderna”, para fabricar a sua consolidação civil<sup>75</sup>. Muito embora ainda se possa verificar, nos seus escritos, que a atividade de comparação se situa em perspectiva temporal, que consiste em “comparar attentamente as leis novas com as antigas”, para “medir com precisão o alcance e as consequências de umas e outras”, ele parece ir mais além. Para *Teixeira de Freitas*, não se trata de simples justaposição de dispositivos legais, de “comparar o texto de cada um dos artigos com lei, ou leis”, mas de “achar... os limites do direito civil, a norma da exposição das materias que lhe pertencem”<sup>76</sup>. Por isto, o jurista deve agir como um verdadeiro perito e consultar, com “livre espírito”, os “monumentos le-

gislativos” e as “tradições da Sciencia” para encontrar “fecundos traços [e] proposições susceptíveis dos mais ricos desenvolvimentos...”<sup>77</sup>. Se, para *Teixeira de Freitas*, a comparação de diferentes fontes serve para conhecer a “substância viva da legislação”, ela serve, sobretudo, para encontrar uma “unidade superior que concentra verdades isoladas”<sup>78</sup>.

c) *Perdigão Malheiros*, no preâmbulo da sua *A escravidão no Brasil*, não restringe as fontes do direito à doutrina, e faz uso abundante das decisões dos tribunais e da legislação extravagante com a finalidade de extrair os “princípios fundamentaes e de maior frequencia prática”<sup>79</sup>. Isto porque o tema da escravidão havia sido proscrito das legislações modernas, seu método de trabalho operando através da confrontação entre tradição luso-brasileira (legislação e prática) e direito científico cujo substrato principal se encontra no *Corpus iuris civilis* e na interpretação posteriormente feita não só pelos modernos, mas também pela Patrística. Na sua obra, o direito da América do Norte, que havia recentemente abolido a escravidão, aparece como pertencente às nações civilizadas. Mas é no seu opúsculo *Commentário à lei n.º 463 de 2 de setembro de 1847*, sobre a filiação natural, que ele recorre, com frequência, ao direito estrangeiro. Nessa obra, em veia comparatista, *Perdigão Malheiros* classifica as fontes do direito em “Legislações não codificadas”, “Códigos anteriores ao francez” e “Código francez e posteriores”<sup>80</sup>. Interessante notar essa subdivisão feita pelo autor entre “leis não codificadas” e códigos propriamente ditos, tendo o *Code civil* de 1804 como ponto de referência importante, estimado como verdadeiro divisor de águas na matéria.

d) *Lafayette Rodrigues* não dedica capítulo específico para explicar o quadro de fontes, e os principais desenvolvimentos nesse tema se encontram na Introdução do seu livro *Direitos de família*. Apenas o direito romano é explicitamente mencionado como fonte subsidiária<sup>81</sup>, de sorte que as outras fontes referendadas na Lei da Boa Razão recebem tratamento diferente<sup>82</sup>. As Ordenações

<sup>71</sup> *Ibid.*, p.28.

<sup>72</sup> Na obra dele, a doutrina estrangeira do Antigo Regime corresponde à 6% do total de citações, e a legislação estrangeira pós-constitucional (a dos novos códigos) representa 5% (cf. Hespanha, “Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX”... *op. cit.*, p. 145).

<sup>73</sup> Trigo de Loureiro, *op. cit.*, p.93.

<sup>74</sup> CLC, p. XXXII.

<sup>75</sup> É, neste sentido, que *Teixeira de Freitas* enxerta na *Consolidação das leis civis* regras inspiradas do liberalismo europeu sem conexão com a tradição do direito luso-brasileiro. Sobre a questão, ver Ricardo Marcelo Fonseca, “*Teixeira de Freitas: um jurisconsulto “traidor” na modernização jurídica brasileira*”, *Revista do IHGB*, a. 172 (452), jul.-set., 2011, p. 350. O fenômeno pode ser considerado como “tradução cultural”. Sobre esse conceito aplicado à história do direito, cf. Alfredo J. Flores e Gustavo C. Machado, “Tradução cultural: um conceito heurístico alternativo em pesquisas de história do direito”, *História e Cultura*, Franca, v. 4, n. 3, dez. 2015, p. 118-139.

<sup>76</sup> CLC, p. XXXVI.

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. XXXVI-XXXVII.

<sup>79</sup> *Perdigão Malheiros, A escravidão no Brasil... op. cit.*, Parte 1, p.1.

<sup>80</sup> *Perdigão Malheiros, Commentário à lei n.º 463 de 2 de setembro de 1847...op. cit.*, Capítulo sexto: “Direitos hereditarios dos filhos naturaes, segundo a Legislação Romana, e algumas das nações modernas”, p. 58 e s.

<sup>81</sup> *Lafayette, op. cit.*, p. 12.

<sup>82</sup> Ele julga como “bem pobres e mesquinhas... são as fontes do nosso Direito Civil” (*Ibid.*, p. 9).

Filipinas (antiga Legislação régia) e as leis posteriores em geral (legislação extravagante) são qualificadas de incoerentes, defectivas e disformes, devendo o jurista se valer de método “profundamente racional”<sup>83</sup> para deduzir princípios jurídicos, estes formados, prioritariamente, “pelos costumes, pelas decisões dos tribunais e pela elaboração científica”<sup>84</sup>. Mais adiante, o uso das fontes aparece como objeto de comparação por contraste: “é á esse toque que devem de ser contrastados os costumes, as praticas forenses, as opiniões dos escriptores e as disposições parallellas dos códigos estrangeiros”<sup>85</sup>. Como já dito, Lafayette Rodrigues se apoia no Código civil português, recentemente promulgado à época, este servindo de referência para se descobrir o direito brasileiro, mas não descarta a possibilidade de remissão a outros códigos estrangeiros. Seu método comparativo inscreve-se, naturalmente, numa perspectiva temporal (antigos e modernos), mas Lafayette Rodrigues deixa a entender que também fez uso corrente da doutrina estrangeira quando afirma ter consultado um “grande número de escriptores antigos e modernos, nacionaes e estrangeiros. Delles adoptamos francamente as opiniões que nos parecerão mais justas...”<sup>86</sup>. É, nesse sentido, que ele se inspira no “exemplo dado pelos povos cultos” para qualificar a instituição do pátrio poder no Brasil como um “invento absurdo”, já que em “França, em Portugal, no Chile e em muitos outros paizes... termina pela maioria do filho familias”<sup>87</sup>.

e) *Joaquim Ribas* desenvolve, também, uma metodologia apoiada no positivismo científico, na força da doutrina para construir e elaborar sistemas racionais. Na parte do seu livro consagrada ao “direito das nações modernas” (§3º do Capítulo IV: *Das fontes subsidiarias do direito civil – Legislação estranha*), ele se apoia nas regras da lei de 18 de agosto de 1769 para afirmar que a fonte estrangeira é aplicável em dois casos: para avaliar a boa razão dos textos do direito romano, e “decidir se são ou não sancionados pelo uso moderno”; e nas matérias políticas, econômicas, mercantis e marítimas, nas quais o direito romano não tem preferência<sup>88</sup>. Em seguida, ele lembra que, em algumas matérias, se aplica o direito estrangeiro em detrimento do brasileiro: quanto à idade e estado do estrangeiro residente no Império e sua capa-

cidade para contratar, não sendo ele comerciante regido pelo Código de comércio de 1850; e quanto à forma dos contratos ajustados em país estrangeiro<sup>89</sup>. Joaquim Ribas se apresenta como verdadeiro comparatista, pois sua obra é repleta de citações de autores franceses e alemães do Antigo Regime e do século XIX, portugueses e brasileiros pós-pombalinos, os códigos francês, prussiano, austríaco, da Sardenha, e de textos do direito romano. Ele adota, enfim, uma metodologia sofisticada ao fazer uma bipartição das “nações civilizadas cristãs” em dois grandes troncos: de um lado o *Código geral dos estados prussianos (Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten)* de 1794, e do outro o *Code civil* francês de 1804. Segundo Joaquim Ribas, esses códigos representam dois modelos distintos que influenciaram todos os outros que vieram depois deles<sup>90</sup>. Em seguida, ele dá alguns exemplos de matérias regulamentadas em um e outro código a fim de sublinhar suas diferenças. Nos direitos influenciados pelo código civil francês, escreve ele, a transferência do domínio é feito pelo contrato e independente da tradição, ao passo que a exigência de registro da propriedade tem influência do código alemão. Mesmo sem dizer, Joaquim Ribas propõe uma classificação sistemática de direito comparado, o que mais tarde se denominaria “famílias jurídicas”. Tanto em um como em outro tronco, pertencente à tradição cristã, e logo reputado como civilizado, é possível encontrar soluções jurídicas para preencher lacunas do direito brasileiro.

## 4 Considerações finais

Como restou demonstrado, a atividade de comparação aparece nos autores estudados como resultado do tratamento dado às fontes subsidiárias ao direito pátrio, a começar pelo direito romano e depois leis, códigos e doutrina das nações reputadas como civilizadas. Guiado pela ideologia do progresso, o comparatismo jurídico emerge, portanto, desse esforço intelectual de interpretação das diferentes fontes para encontrar, por intermédio de uma síntese geral, a norma moderna, atual e conveniente à tradição e aos costumes nacionais, e, assim, capaz de preencher a lacuna deixada pelo direito em vigor. Será preciso esperar pela criação da cadeira de “Legislação Comparada”, na última década do século

<sup>83</sup> *Ibid.*, p.19.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p.9.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p.19.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p.19, nota 16.

<sup>87</sup> Ribas, *op. cit.*, vol. 1, p. 156, nota 1.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 196-197.

XIX, para que o direito comparado se desenvolva com autonomia e fora do quadro restrito do antigo sistema de fontes subsidiárias.

## Referências

- AIMERITO, Francesco. La comparaison comme méthode d'élaboration des lois au XIXe siècle : le cas de l'Italie (1814-1866), *Clio@Thémis*, n.º 13, 2017, pp. 1-11.
- ALBUQUERQUE, Martim de. Bártolo e bartolismo na história do direito português, *Estudos de cultura portuguesa*, 1º Volume. Lisboa: Imprensa nacional-Casa da moeda, 1983, pp. 41-123.
- \_\_\_\_\_. *Jean Bodin na península ibérica. Ensaio de história das ideias políticas e de direito público*. Paris: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- ANZOATEGUI, Víctor Tau. *La codificación en la Argentina (1810-1870)*, 2ª edición revisada. Buenos Aires: Librería histórica SRL, 2008.
- ARAGONESES, Alfons. *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*. Madrid: Biblioteca del instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la universidad, 2009.
- BARDIN, Laurence. *L'analyse de contenu*. Paris: Presses universitaires de France (Quadrillage), 2013.
- BEVILAQUA, Clovis. *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*. Recife: Typographia de F. P. Boulitreau, 1893.
- BORGES CARNEIRO, Manuel. *Direito civil de Portugal*. Lisboa: Imprensa regia, 1826.
- BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *O direito subsidiário na história do direito português*, Obras esparsas, volume II. Estudos de História do Direito, Coimbra, 1981.
- CABRAL, Gustavo César M. *Ius commune. Uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2019.
- \_\_\_\_\_. A lei da boa razão e as fontes do direito: investigações sobre as mudanças no direito português do final do Antigo Regime, *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 6114-6126.
- CARBASSE, Jean-Marie. *Manuel d'introduction historique au droit*. Paris: Puf, 2001.
- COELHO DA ROCHA, Manuel António. *Instituições de direito civil português*, 4ª ed. Coimbra: Livraria de J. Augusto Orcel, 1857.
- COLLECÇÃO DA LEGISLAÇÃO PORTUGUEZA desde a última compilação das ordenações, redegida pelo desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1763 a 1774. Lisboa : Typografia de L. C. da Cunha, 1858.
- COLLECÇÃO DAS LEIS DO IMPÉRIO DO BRASIL, vol. 1, Parte II, 1879. Rio de Janeiro: Typographia nacional.
- COLLECÇÃO DAS LEIS DO IMPÉRIO DO BRASIL, 1823, Parte 1. Rio de Janeiro: Imprensa nacional, 1887, p. 7-8.
- CORRÊA TELLES, José Homem. *Commentário crítico à Lei da Boa Razão*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1ª edição de 1824 (no presente estudo utilizamos a edição de 1865).
- COSTA, Mário Júlio de Almeida; MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A reforma pombalina dos estudos jurídicos. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, Universidade de Coimbra, 1999, pp. 67-98.
- EHRARD, Jean. *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIIIe siècle*. Paris : éditions Albin Michel en poche, 1994.
- FEBVRE, Lucien. *Civilisation, évolution d'un mot et d'un groupe d'idées*. Paris: Renaissance du Livre, 1930.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurista "traidor" na modernização jurídica brasileira. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, a. 172 (452), jul.-set., 2011, pp...
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, publicação autorizada pelo governo, 3ª edição mais aumentada, Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Livreiro editor do Instituto Histórico, 1876.
- HESPANHA, António M. Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 39, 2010, p. 109-151.
- HESPANHA, António M. *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2015.
- HUBERT, René. Essai sur l'histoire de l'idée de progrès. *Revue d'histoire de la philosophie et d'histoire générale de la civilisation*, 3ª année, 1935, pp. 1-32.

- JAYME, Erik. Diritto comparato e teoria del progresso. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1995, fascicolo 1-4, pp. 103-118.
- \_\_\_\_\_. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Tradução de Cláudia Lima Marques. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, v. 1, n.º1, 2003, pp. 115-131.
- J. FLORES, Alfredo *et alii*. “Tradução cultural: um conceito heurístico alternativo em pesquisas de história do direito”. *História e Cultura*, v. 4, n. 3, dez. 2015, p. 118-139.
- LIMA, Luís Filipe Silvério. Civil, civilidade, civilizar, civilização: usos, significados e tensões nos dicionários de língua portuguesa (1562-1831). *Almanack, Guarulhos*, n.º 03, 2012, p. 66-81.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. Por que pensamento e não teoria? A imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970). *Dados*, vol. 56, n.º 4, 2013, pp. 727-767.
- MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina. Alguns aspectos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2006.
- Memórias de litteratura portugueza, publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*, t. 1. Lisboa: Officina da Academia Real de Sciencias, 1782, §LIV, p. 328.
- PERDIGÃO MALHEIROS, Agostinho Marques. *A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social*, 3 vols. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1867.
- \_\_\_\_\_. *Commentário à lei n.º 463 de 2 de setembro de 1847 sobre sucessão dos filhos naturaes e sua filiação*. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1857.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: typographia franco-americana, 1869.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. *Esboço de hum dictionario juridico, theorético e practico, remissivo às leis compiladas, e extravagantes*, t. 2. Lisboa: typographia rollandiana, 1827, Vº Lei.
- RANGEL, Alan. O projeto de Teixeira de Freitas: um código civil antinapoleônico ? Contribuição ao estudo do comparatismo jurídico no século XIX. In: Arno Wehling, Gustavo Siqueira, Samuel Barbosa (orgs.), *História do direito. Entre rupturas, crises e discontinuidades*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 165-183.
- RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil*, 2 vols. Rio de Janeiro: Garnier, 1880 [1ª ed. 1865].
- SEELAENDER, A. L. C. L.. A doutrina estrangeira e o jurista brasileiro: usos, estratégias e recriações. In: Carolina Alves Vestena; Gustavo Silveira Siqueira. (Org.). *Direito e experiências jurídicas- Temas de história do direito*. 1ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013, v. 3, p. 1-17.
- SOLEIL, Sylvain. *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition (XVIIe-XIXe siècle)*. Paris: IRJS éditions, 2014.
- TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço. *Instituições de direito civil brasileiro*, 2 tomos. Rio de Janeiro: Garnier, 3ª ed., 1871 [1ª ed. 1851].
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: editora perspectiva, 1977,
- VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: Quadrilage - Puf, 2006,
- WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. Despotismo ilustrado e uniformização legislativa. O direito comum nos períodos pombalino e pós-pombalino. *Revista da faculdade de letras*, v. 14, 1997, pp. 413-428.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno* (tradução de António Manuel Hespanha). 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- ZEKIAN, Stéphane. Le discours du progrès dans l’Histoire de la civilisation en Europe de Guizot, *Revue Française d’Histoire des Idées Politiques*, 2006/1, n.º 23, p. 55-82.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?\***

**A network Supreme Court? How, when, with which level of argumentative engagement does the Brazilian Supreme Court deal with foreign precedents?**

Patrícia Perrone Campos Mello

Felipe Meneses Graça

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?\*

## A network Supreme Court? How, when, with which level of argumentative engagement does the Brazilian Supreme Court deal with foreign precedents?

Patrícia Perrone Campos Mello\*\*

Felipe Meneses Graça\*\*\*

### Resumo

O artigo se propõe a examinar como o Supremo Tribunal Federal (“Tribunal” ou “STF”) lida com a permeabilidade entre direito constitucional doméstico, direito constitucional comparado e direito internacional dos direitos humanos. Busca aferir se o Tribunal atua “em rede”, com amplo diálogo e interação com a jurisprudência de outras cortes constitucionais e internacionais, ou de forma isolada. Com esse propósito, parte de elaborações teóricas sobre modelos de comportamento judicial relacionados à operação com precedentes estrangeiros e, com base em tais modelos, desenvolve um estudo empírico que avalia: (i) se o STF se vale de tais precedentes em seu processo decisório; (ii) quais são as principais cortes estrangeiras e/ou internacionais a que recorre em sua argumentação; e, finalmente, (iii) com que profundidade argumentativa opera no tratamento de tais precedentes estrangeiros.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional Comparado. Direito Internacional dos direitos humanos. Precedentes estrangeiros. Migração de ideias constitucionais. Constitucionalismo em rede.

### Abstract

The article aims to examine how the Brazilian Supreme Court (“Brazilian Court” or “the Court”) deals with the permeability between domestic Constitutional Law, Comparative Constitutional Law and International human rights Law. It seeks to assess whether the Brazilian Court operates in a kind of “network environment”, with dialogue and interaction with other constitutional, supreme and international courts or not. With this purpose the work starts from theoretical elaborations on models of judicial behavior related to the operation with foreign precedents and, based on such models, develops an empirical study that analyses: (i) if the Brazilian Court use foreign precedents in its decision-making process; (ii) which are the main foreign or international courts whose precedents are referenced by the Court;

\* Recebido em 25/03/2020

Aprovado em 15/04/2020

O presente artigo é produto do grupo de pesquisa “Cortes Constitucionais e Democracia”, desenvolvido juntamente ao Programa de Doutorado e Mestrado da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Trata-se de um trabalho em fase inicial, que busca examinar empiricamente o processo decisório do Supremo Tribunal Federal e que vem sendo objeto de reflexão e aprimoramento. Agradecemos a Clara Accioly, nosso anjo da guarda, pela ajuda com a revisão final de números e referências.

\*\* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado e da Graduação do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.  
E-mail: pcamposmello@uol.com.br.

\*\*\* Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Pós-graduando em Gestão da Tecnologia da Informação na Faculdade de Informática e Administração Paulista – FIAP.  
E-mail: felipe.meneses96@gmail.com.

(iii) how deep is the Court's reasoning based on these precedents.

**Keywords:** Brazilian Supreme Court. Comparative Constitutional Law. International Law of Human Rights. Foreign precedents. Migration of constitutional ideas. Network constitutionalism.

## 1 Introdução

Em um mundo progressivamente integrado e interconectado, o intercâmbio de experiências e de soluções entre cortes que enfrentam casos semelhantes é uma realidade. Transplantes jurídicos<sup>1</sup>, migração de ideias constitucionais<sup>2</sup>, fertilização cruzada<sup>3</sup>, transconstitucionalismo<sup>4</sup>, *ius constitutionale commune*<sup>5</sup> e constitucionalismo em rede<sup>6</sup> são algumas das múltiplas formulações que tratam de um mesmo fenômeno: a permeabilidade dos direitos constitucionais domésticos aos institutos e às práticas de outros países, bem como ao direito internacional; e, portanto, a progressiva inserção das cortes constitucionais e supremas cortes em um diálogo transnacional.

O propósito do presente artigo é examinar como o Supremo Tribunal Federal ("STF" ou "Tribunal") lida com esse fenômeno. Pretende-se verificar (i) se o Tribunal se vale de precedentes estrangeiros<sup>7</sup> em seu processo decisório; (ii) quais são as principais cortes a que recorre; e, finalmente, (iii) com que profundidade argumentativa opera em suas decisões. O artigo se divide em duas

partes. A *primeira parte* apresenta três modelos comportamentais, já consolidados na literatura sobre o tema, que buscam caracterizar a forma como cortes constitucionais e supremas cortes lidam com precedentes estrangeiros em seus processos decisórios. São eles: (i) o modelo de resistência, (ii) o modelo de convergência e (iii) o modelo de engajamento argumentativo<sup>8</sup>. Essa parte se encerra com nossa proposta de um quarto modelo comportamental, que denominamos: (iv) modelo híbrido ou ambivalente.

A *segunda parte* do artigo desenvolve uma análise empírica sobre o uso de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de casos relevantes e paradigmáticos, apreciados entre os anos de 2013 e 2018<sup>9</sup>. Essa seção identifica (i) a assiduidade com que o STF recorre ao uso de precedentes estrangeiros, (ii) as cortes mais citadas nos votos de seus ministros e (iii) desenvolve um critério de avaliação sobre a profundidade da argumentação desenvolvida em torno de tais precedentes. Por meio dessa avaliação, o uso dos julgados estrangeiros é avaliado em níveis argumentativos que variam de 1 a 4, conforme os critérios definidos no trabalho. O propósito dessa análise é aferir se o uso de tais precedentes pelo STF efetivamente enseja um intercâmbio de experiências e argumentos com outras cortes, agregando (ou não) valor epistêmico ao processo decisório.

Ao final, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal adota um modelo comportamental híbrido no que respeita à operação com precedentes estrangeiros. O comportamento dominante no Tribunal, quanto ao uso de tais precedentes, segue majoritariamente um padrão de baixo engajamento argumentativo, o que não favorece uma produção significativa de conhecimento com base

<sup>1</sup> WATSON, Alan. *Transplants*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

<sup>2</sup> CHOUDHRY, Sujit. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

<sup>3</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003.

<sup>4</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>5</sup> VON BOGDANDY, Armin. *Ius constitutionale commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

<sup>6</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra. 2019. No prelo.

<sup>7</sup> Por precedentes estrangeiros, alude-se, neste trabalho: (i) aos julgados de cortes constitucionais e/ou de supremas cortes de outros países com competência constitucional, bem como (ii) às decisões proferidas por tribunais internacionais, conforme explicitado na seção I.

<sup>8</sup> Esses três modelos foram extraídos das obras de Vicki Jackson: JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010; JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005; JACKSON, Vicki. Constitutions as "Living Trees"? Comparative constitutional law and interpretative metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006.

<sup>9</sup> O recorte temporal não estende o conjunto de casos até 2019 em virtude da sistemática utilizada para a identificação dos casos relevantes. Consideraram-se relevantes os casos mencionados como tal nas retrospectivas de final de ano elaboradas por advogados, professores e juristas que acompanham o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Os julgados mencionados em tais retrospectivas formaram a base de dados objeto da nossa análise. Limites de tempo nos impediram de recuar para além de 2013 ou de examinar os julgados e as retrospectivas de 2019, publicados quando o presente artigo já se encontrava em fase de conclusão.

na experiência de outras cortes. Entretanto, em casos pontuais, registram-se votos com uma abordagem detalhada sobre os julgados estrangeiros neles invocados e sobre sua aplicabilidade ao caso em exame. Nesses julgados, o aproveitamento dos *insights* e dos *standards* firmados nas decisões citadas tende a ser mais relevante. Essa particularidade demonstra que o Tribunal tem potencial para desenvolver uma interação mais profunda com outras cortes e, portanto, para atuar em rede.

## 2 Modelos comportamentais sobre o uso de precedentes estrangeiros

A expressão “precedentes estrangeiros” é utilizada neste trabalho para designar os julgados de cortes constitucionais e/ou de supremas cortes de outros países, bem como as decisões proferidas por tribunais internacionais indistintamente. Para a análise que se pretende desenvolver aqui, não será importante — de modo geral — diferenciar entre a eficácia das decisões proferidas por outras cortes constitucionais e a eficácia dos julgados de tribunais internacionais, nem mesmo quando o país houver se submetido à sua jurisdição. Embora reconheçamos que esses últimos julgados merecem tratamento diferenciado, a questão não será abordada neste artigo, porque extrapola o objeto do trabalho e não interfere sobre seus resultados<sup>10</sup>. O comportamento ado-

tado por cortes constitucionais e supremas cortes no que respeita à utilização de precedentes estrangeiros em seu processo decisório é objeto de extensa literatura e de infindáveis debates acerca da (i) legitimidade e da (in) adequação de tal recurso. Procurando organizar as diferentes posturas adotadas quanto ao tema, Vicki Jackson propôs uma modelagem que categoriza o comportamento adotado na matéria em: (i) modelo de resistência ao uso de precedentes estrangeiros, (ii) modelo de convergência e (iii) modelo de engajamento argumentativo. Esses modelos são nosso ponto de partida neste trabalho e encontram-se brevemente descritos a seguir<sup>11</sup>.

### 2.1 Modelos de comportamento quanto ao uso do direito estrangeiro

#### 2.1.1 Modelo de resistência

O primeiro modelo comportamental identificado acima, designado *modelo de resistência*, se caracteriza pela rejeição à utilização de precedentes estrangeiros no processo decisório das cortes constitucionais e/ou

*manos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016; SAGUÉS, Néstor Pedro. *El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Acesso em: 20 jul. 2019.

<sup>11</sup> Embora a modelagem se inspire nos trabalhos de Vicki Jackson, os argumentos utilizados no exame de cada qual dos comportamentos foram selecionados a partir de um conjunto mais amplo de trabalhos. V. POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard College, 2008. p. 347-368; WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern *ius gentium*. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 129-147, 2005; ROSENFELD, Michael. Comparative constitutional analysis in United States adjudication and scholarship. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 38-53; JACKSON, Vicki. Comparative constitutional law: methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 54-74; ROSENFELD, Michel. Constitutional identity. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 756-776; PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing and migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1304-1327; GABOR, Hálmai. The use of foreign law in constitutional interpretation. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1328-1348; SIEMS, Mathias. *Comparative law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 231-330; TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 7-55.

<sup>10</sup> Quando um país adere a um tratado e se submete à jurisdição de uma corte internacional, as decisões proferidas por essa corte, no caso em que o país é parte, produzem *res judicata* e são de observância obrigatória. Além disso, entende-se, majoritariamente, que a *ratio decidendi* das decisões proferidas pelas cortes internacionais constitui *res interpretata* e deve ser, em princípio, observada pelos estados que se submeteram à sua jurisdição. Essa é a lógica do controle de convencionalidade, tal como reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte Interamericana” ou “Corte IDH”). A eficácia normativa da *ratio decidendi* das decisões proferidas pela Corte IDH é um tema controvertido, que reúne sutilezas que não serão abordadas neste artigo, porque extrapolam seu objeto. Sobre o tema, na literatura nacional, v. SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 93-138. Na literatura internacional: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*). In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016; GARCIA RAMÍREZ, Sérgio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: origen, vocación y cumplimiento. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos hu-*

supremas cortes domésticas. De modo geral, a postura de resistência se baseia em três argumentos centrais: (i) a preservação da identidade constitucional de uma comunidade, (ii) a legitimidade democrática do direito que lhe é aplicado ou, ainda, (iii) a seletividade de decisões judiciais estrangeiras, dada a possibilidade de serem utilizadas com mero propósito de legitimar o resultado pretendido pelo julgador (*cherry picking*)<sup>12</sup>. Vejamos cada qual de tais argumentos.

No que se refere à identidade constitucional, defende-se que constituições são documentos produzidos, de modo geral, em momentos marcados por profunda mobilização popular e caracterizados por situações de ruptura e de fundação de uma nova ordem. Trata-se de documentos fortemente aspiracionais, por meio dos quais uma coletividade expressa um estado de coisas que deseja alcançar e procura compor os conflitos e tensões que lhe são particulares. Nessa medida, as constituições têm uma forte carga identitária, refletem a cultura, as aspirações e os anseios de um povo. Interpretá-las à luz dos entendimentos alcançados por outras comunidades políticas contrariaria essa lógica e as descaracterizaria<sup>13</sup>.

Esse primeiro argumento, conduz, a seu turno, ao questionamento quanto à ilegitimidade democrática da utilização de precedentes estrangeiros na interpretação de uma constituição. Segundo ele, constituições são instrumentos de expressão da soberania popular e do direito ao autogoverno de um povo. São documentos produzidos por uma determinada comunidade política e/ou por seus representantes, legitimamente eleitos por voto popular. Por meio da constituição, elaborada

por um processo democrático, a comunidade escolhe autolimitar-se e submeter-se ao poder estatal, desde que observadas determinadas condições previamente fixadas pela própria comunidade. Por isso, a interpretação da constituição à luz de precedentes estrangeiros, firmados a partir de outras normas, referentes a outras comunidades, que formularam escolhas distintas, implicaria alterar consensos alcançados com uma forte carga de participação popular, com base em critérios — estrangeiros — inadequados e por juízes desprovidos de mandato para tal<sup>14</sup>.

Esses dois primeiros argumentos — quanto à identidade e quanto à ilegitimidade democrática do uso de precedentes estrangeiros — procuram reforçar a *relevância do particular* em detrimento do universal. Frisam que as escolhas constitucionais de um povo são peculiares àquele povo e, portanto, não devem ceder diante das escolhas de outros povos. A esse ponto retornaremos mais adiante, para enfrentá-lo parcialmente.

Por fim, a alegação de uso seletivo de fontes manifesta uma preocupação de outra ordem: a utilização puramente retórica dos precedentes estrangeiros, voltada a legitimar e a ocultar decisões tomadas pelos juízes em outras bases. De fato, muitos dos autores que se opõem à utilização de precedentes estrangeiros observam que, em temas controvertidos, é possível encontrar precedentes em todos os sentidos imagináveis; e que a opção do intérprete por alguns em detrimento de outros é puramente orientada por suas próprias preferências. Por isso, esse tipo de utilização do precedente apenas ampliaria a discricionariedade judicial e se prestaria a ocultar as verdadeiras razões para a tomada das decisões, não contribuindo para a transparência dos seus fundamentos<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 17-38; JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005; JACKSON, Vicki. Constitutions as “Living Trees”? Comparative constitutional law and interpretive metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006; POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard College, 2008. p. 347-368; ROSENFELD, Michael. Comparative constitutional analysis in United States adjudication and scholarship. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 38-53.

<sup>13</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 178-200; ROSENFELD, Michel. Constitutional identity. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 756-776; ROSENFELD, Michael. Comparative constitutional analysis in United States adjudication and scholarship. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 51-53.

<sup>14</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 20-24; POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard College, 2008. p. 353-368; JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005; JACKSON, Vicki. Constitutions as “Living Trees”? Comparative constitutional law and interpretive metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006.

<sup>15</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 26-28; POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard College, 2008. p. 350; JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010; JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005; JACKSON, Vicki. Constitutions as “Living Trees”? Comparative constitutional law and interpretive metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006.

A despeito da relevância dos argumentos acima, de modo geral, quando as cortes utilizam precedentes estrangeiros em sua fundamentação, reconhecem a tais precedentes mera eficácia persuasiva. Não os tratam como precedentes vinculantes, a serem obrigatoriamente observados. O valor atribuído a tais precedentes está na credibilidade das cortes que os produziram, na qualidade dos seus argumentos, na similitude de contextos, em sua aplicabilidade à situação em exame<sup>16</sup>. Não há de se falar, por isso, em desrespeito à identidade ou à legitimidade democrática de um povo. A interpretação da constituição não está sendo subordinada às escolhas de outras nações. De modo geral, precedentes estrangeiros servem de mera inspiração às cortes nacionais quando e se se mostrarem pertinentes. O que se busca, com o recurso a eles, é informação, intercâmbio de ideias e de experiências e reforço argumentativo<sup>17</sup>.

Deve-se considerar, ainda, que as normas constitucionais são habitualmente compostas por princípios de conteúdo vago e por conceitos jurídicos indeterminados, cujo significado é consideravelmente indefinido. A utilização de tais cláusulas gerais e fluidas é muitas vezes produto da dificuldade de obter um consenso em torno de determinada matéria durante o processo constituinte. Consequentemente, a sua adoção significa que o próprio constituinte entregou às futuras gerações e ao Poder Judiciário a delimitação precisa de seu significado, segundo novos contextos e tensões. Portanto, se, por um lado, as constituições são produto da identidade de um povo; por outro lado, não são um documento definitivo, acabado ou estático. São um documento vivo, composto por significados que se modificam e atualizam por meio de interpretação<sup>18</sup>.

Além disso, em muitas circunstâncias, compete às cortes constitucionais ou supremas definir, em caráter final, o significado de um preceito constitucional de conteúdo aberto. A legitimação de juízes não eleitos

para fazê-lo, ainda que amplamente debatida na doutrina, é reconhecida na maior parte das democracias do mundo Ocidental<sup>19</sup>. Quando, para além de toda a argumentação já desenvolvida pelas partes, as cortes optam por buscar elementos argumentativos na experiência de outros tribunais, elevam a carga informacional com que estão decidindo e, portanto, tendem a decidir com maior domínio quanto aos argumentos favoráveis e contrários a determinado posicionamento e quanto às implicações de suas decisões<sup>20</sup>.

Por fim, vale esclarecer que o debate em torno da utilização de precedentes estrangeiros em tema constitucional tem razões históricas que remontam ao período pós 2ª Guerra Mundial. Dado o quadro gravíssimo de violação de direitos humanos vivenciado durante a guerra, as constituições do pós-guerra se apoiaram fortemente no direito internacional dos direitos humanos como um elemento de legitimação. Houve uma influência mútua na elaboração de documentos internacionais e de constituições. Por essa razão, ao menos em matéria de direitos humanos, há uma tendência ao reconhecimento de uma base comum e compartilhada entre direito constitucional e direito internacional. Essa base comum conduz à afirmação de um mínimo universal que se opõe a particularismos identitários extremados<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 71-102 e 162-196; PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing and migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJO, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1304-1327.

<sup>17</sup> JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-115, 2005; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306-350; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999; ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, p. 73-183. Em sentido contrário, para uma síntese da crítica democrática oposta ao judicial review: v. WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-159; TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 221-241.

<sup>20</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 71-102 e 162-196; JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005; JACKSON, Vicki. Constitutions as "Living Trees"? Comparative constitutional law and interpretive metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>21</sup> WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the modern ius gentium. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 129-147, 2005; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, 1998.

Uma vez reconhecida essa base comum, parece justificável que se procure conhecer o posicionamento de cortes internacionais acerca de um determinado direito humano, quando questão semelhante estiver sendo apreciada por uma corte doméstica<sup>22</sup>.

### 2.1.2 Modelo de convergência

O modelo de convergência com o direito comparado retrata cortes e ordens jurídicas com grande identificação com a experiência transnacional e internacional, que, por isso, adotam um comportamento de ampla utilização de precedentes estrangeiros em seu processo decisório. Como já mencionado, essa postura não é rara em matéria de direitos humanos, sobre a qual há uma tendência ao reconhecimento de uma base comum universal<sup>23</sup>.

Nesse sentido, algumas ordens jurídicas com inclinação de convergência com o estrangeiro incorporam os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional ao texto constitucional. Outras atribuem aos tratados internacionais de direitos humanos *status* de norma constitucional e até mesmo supraconstitucional. A incorporação de tais direitos ao texto constitucional ou o reconhecimento do mencionado *status* funciona como um mecanismo de abertura das constituições à experiência internacional. Fala-se na existência de um “bloco de constitucionalidade” ou de um “bloco de supraconstitucionalidade” para aludir ao reconhecimento das normas internacionais como paradigmas de validade e/ou de interpretação e de conformação das normas domésticas<sup>24</sup>. Em tais condições, a própria *institucionalidade* favorece uma postura de interlocução e de convergência

com precedentes estrangeiros<sup>25</sup>.

O mesmo comportamento pode ser produto, ainda, da circunstância de um país ser *membro de um sistema de proteção de direitos humanos*. Países que aderiram a um tratado e que se submeteram à jurisdição internacional de um tribunal enfrentam, em suas esferas domésticas, discussões comuns sobre o significado e o alcance das mesmas normas internacionais que foram incorporadas a seus ordenamentos internos. É natural, em tais condições, que as cortes constitucionais e supremas cortes de tais países se sintam incentivadas a desenvolver sua argumentação com recurso a precedentes de outras cortes do mesmo sistema, em que questão semelhante tenha sido examinada<sup>26</sup>. E espera-se que cortes domésticas busquem alinhar seus entendimentos aos precedentes do tribunal internacional a cuja jurisdição estão sujeitas. Todos esses aspectos sugerem que ser parte de um sistema internacional de proteção pode favorecer a adoção de uma postura de convergência com precedentes estrangeiros.

Por fim, um argumento bastante atual em favor do modelo de convergência diz respeito à importância estratégica de criar um *entrincheiramento reforçado* de determinadas normas, como aquelas pertinentes à tutela de

<sup>22</sup> O desafio, contudo, especificamente no que respeita à interação entre direito doméstico e internacional, é construir um equilíbrio entre a preponderância absoluta do direito internacional sobre o direito doméstico e uma espécie de provincianismo constitucional, que se recusa considerar outras compreensões alcançadas por cortes internacionais no processo decisório constitucional. V., sobre o tema: SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 93-138.

<sup>23</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 39-70; JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 111-116, 2005.

<sup>24</sup> SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 93-138.

<sup>25</sup> MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O Estado aberto: objetivo do “Ius Constitutionale Commune” em direitos humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *“Ius Constitutionale Commune” na América Latina: marco conceptual*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. A título ilustrativo, os textos constitucionais de países como Argentina e Colômbia, que conferem status constitucional aos tratados sobre direitos humanos e/ou orientam o intérprete atribuir aos direitos previstos na constituição significado compatível com o tratamento que lhe é atribuído pelo direito internacional. V. Constituição da República da Argentina de 1994, Seção 75, item 22; Constituição da Colômbia de 1991, art. 93.

<sup>26</sup> PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: Astrea, 2017; GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo; SANTOLAYA, Pablo; CANOSA, Raúl. *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. 2. ed. Lima: ECB, 2015; VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. p. 13-66; MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. *Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra*. 2019. No prelo; ACOSTA ALVARADO, Paola. *Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*. 2015. Tesis (Doctorado) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

direitos humanos, à preservação do Estado de Direito e à proteção da democracia. Em tempos de populismos e de risco de retrocesso em temas tão essenciais, acredita-se que o reconhecimento de normatividade a standards internacionais em tais matérias pode constituir uma proteção maior contra lideranças autoritárias. Cortes internacionais, acredita-se, são menos vulneráveis aos mecanismos de pressão de que dispõem tais lideranças do que cortes domésticas, já que as cortes domésticas podem ter sua composição ou seu regime de funcionamento alterado por líderes autoritários que desejem controlar suas decisões<sup>27</sup>, o que não ocorre com as cortes internacionais<sup>28</sup>.

Uma advertência, contudo, é válida. O reconhecimento de uma base universal para os direitos humanos, a inserção de elementos institucionais de abertura ao direito internacional e ao direito comparado nas constituições, a condição de Estado membro de um sistema internacional de proteção de direitos são condições importantes, mas não suficientes para a presença de um comportamento de convergência quanto a precedentes estrangeiros. Dependendo da intensidade com que as cortes tendem a convergir com ou a considerar tais precedentes, pode-se ter um comportamento de convergência ou, ainda, de mero engajamento argumentativo — modelo que se passa a examinar em seguida.

### 2.1.3 Modelo de engajamento argumentativo

O modelo de engajamento argumentativo reconhece o direito internacional e o direito constitucional comparado como elementos relevantes para a reflexão crítica sobre o direito constitucional doméstico. Por essa razão,

compromete-se com o desenvolvimento de um *diálogo* com a prática estrangeira<sup>29</sup>. Por um lado, compreende que algumas matérias favorecem tratamentos mais universais, como no modelo de convergência. Por outro lado, considera a relevância de particularidades locais, identitárias e de legitimação democrática, tal como no modelo de resistência. Assim, o modelo de engajamento argumentativo não recusa a aplicação de precedentes estrangeiros, tampouco simplesmente adere à sua utilização. Em lugar disso, assume que tais precedentes têm uma carga informacional relevante. Por isso, adota o compromisso de investigar como questões comuns são decididas em distintas cortes para, em seguida, refletir sobre seguir ou não uma solução convergente com tais precedentes. Trata-se, portanto, de uma abordagem que concilia aspectos universais e particularidades locais, por meio da argumentação e da reflexão crítica<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Vicki Jackson evita a utilização do termo “diálogo” em seu trabalho porque entende que a palavra implicaria uma “conversa” entre duas cortes e, portanto, uma espécie de reciprocidade no intercâmbio de razões (JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 71). Não utilizamos a palavra com esse significado no presente trabalho. Quando aludimos a “diálogo” acima, nos referimos ao comportamento das cortes de considerar os precedentes estrangeiros, enfrentar seu conteúdo e, portanto, “responder” às suas formulações e, na sequência, aderir ou rejeitar suas soluções. É nessa medida que consideramos o modelo de engajamento um modelo “dialógico”.

<sup>30</sup> Jackson defende a possibilidade de dois tipos diferenciados de modelo de engajamento argumentativo, a saber: (i) o modelo deliberativo e (ii) o modelo relacional. O *modelo deliberativo de engajamento* é, na descrição da autora, um modelo “fraco” de interação com o estrangeiro, em que se admite a possibilidade de debate em torno de fontes internacionais e transnacionais, mas no qual não há uma obrigação de desenvolver tal debate e em que se confere pequena importância a tais fontes. O *modelo relacional de engajamento*, a seu turno, representa um comportamento mais forte com relação à experiência estrangeira, em que um sentimento de conexão com as ordens internacionais e transnacionais conduz a uma postura de quase-obrigatoriedade ou de obrigatoriedade quanto a considerar suas fontes e precedentes no processo decisório doméstico. No mesmo sentido, esse segundo modelo enseja para as cortes um dever especial de justificar as suas decisões, quando divergentes de decisões estrangeiras que expressam um consenso consolidado em determinada matéria. Essa segunda forma de engajamento se aproxima do modelo de convergência, segundo Jackson, porque impõe um ônus argumentativo diferenciado para divergir. Optamos por não fazer a distinção entre o modelo deliberativo (fraco) e o modelo relacional (forte). Parece-nos que gera certa confusão considerar a mera não proibição de abordagem de fontes e precedentes estrangeiros como um comportamento de engajamento. O engajamento pressupõe esforço de interação. Nessa medida, *não fomos fiéis à classificação original da autora e limitamos o modelo de engajamento argumentativo à segunda hipótese*, em que uma corte, confrontada com precedentes estrangeiros que expressam um consenso sobre determinada matéria, tem o compromisso de considerar seus fundamentos e de justificar eventual divergência. Ter que justificar a divergência não implica reconhecer um dever

<sup>27</sup> GINSBURG, Tom. Locking in democracy: constitutions, commitment and international law. *International Law and Politics*, v. 38, p. 707-759, 2006; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *La protección supranacional de la democracia: un estudio sobre el acervo del “Ius Constitutionale Commune”*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 254-285, ago. 2019.

<sup>28</sup> Cortes internacionais também podem sofrer represálias por suas decisões. A mais grave delas é a retirada de um país do tratado e/ou de sua jurisdição. Entretanto, as cortes domésticas se sujeitam a maior pressão do que as cortes internacionais, porque o modo de funcionar dessas últimas dificilmente pode ser alterado pelo líder de um país e os ataques a elas têm repercussão internacional (e reputacional) imediata. V. SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, n. 14, p. 237-257, 2018.

A adoção de tal modelo tem uma importância epistêmica relevante. Em primeiro lugar, desempenha uma *função informacional* sobre os diferentes tratamentos dados a uma mesma questão por ordens jurídicas distintas. Nessa medida, permite que cada novo julgador parta do conhecimento acumulado por decisões anteriores e, a partir dele, possa avançar. Cumpre uma *função argumentativa*, que impõe ao juiz que explicita as razões pelas quais entende que a solução conferida pelo precedente estrangeiro é ou não a mais apropriada para o ordenamento em exame. Nessa medida, o magistrado precisa desincumbir-se do ônus de demonstrar sua (in)adequação. Por fim, o modelo de engajamento argumentativo pode, ainda, desempenhar uma *função de elevação de standards* na tutela de direitos. A troca de experiências revela os consensos internacionais já construídos e, portanto, a presença de certos *standards* mínimos de proteção. Esses *standards* operam como incentivos reputacionais para cortes que não desejam ser vistas como descumpridoras de um “mínimo comum compartilhado” e que ambicionam exercer influência sobre uma comunidade de tribunais<sup>31</sup>.

Assim, o modelo de engajamento argumentativo permite um bom nível de interação com as práticas estrangeiras, sem que tal interação implique, necessariamente, uma convergência de soluções. Esse processo de diálogo promove, ainda, uma compreensão crítica do próprio sistema doméstico. Permite que um juiz enxergue “pontos cegos”, práticas viciadas ou enraizadas culturalmente, que, talvez por falta de distanciamento, não lograria captar. Possibilita, assim, reconhecer “dentro da ordem do outro, elementos que possam servir para sua autotransformação”<sup>32</sup>. Nessa medida, o modelo de engajamento argumentativo pode favorecer com-

---

de convergir. Implica, apenas, estar empenhado em dialogar com as demais cortes que decidem temas semelhantes. Somente quando há tal compromisso há efetivamente engajamento na nossa visão. V. JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 71-102.

<sup>31</sup> Esses são os mecanismos que possibilitam, no longo prazo, o desenvolvimento do que temos denominado *constitucionalismo em rede*: o processo pelo qual múltiplos atores, que se sujeitam a ordens jurídicas distintas, mas enfrentam problemas jurídicos semelhantes, se engajam em um exercício contínuo de mútua observação, intercâmbio e diálogo, por meio do qual logram construir, em rede, compreensões comuns acerca do alcance de determinados direitos. MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. *Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra*. 2019. No prelo.

<sup>32</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 276.

portamentos de convergência entre julgados de distintos países e cortes. Em síntese, portanto, o modelo de engajamento argumentativo permite a construção de um ponto de equilíbrio entre o universal e o local, por meio do diálogo entre cortes e da argumentação. Não cai no extremo da submissão a posições estrangeiras (que também podem se sujeitar à captura por interesses econômicos e políticos), tampouco se isola e deixa de considerar o valor de tais experiências para um aperfeiçoamento crítico do ordenamento jurídico doméstico.

#### 2.1.4 Modelo híbrido ou ambivalente

Os modelos comportamentais descritos acima — de resistência, convergência e engajamento com o direito internacional e transnacional — não cobrem, todavia, todos os comportamentos adotados por cortes constitucionais e supremas na matéria. Há cortes — e esse nos parece ser o caso do Supremo Tribunal Federal — que não apresentam um comportamento de resistência, de plena convergência ou de engajamento e que, ainda assim, fazem uso de tais precedentes em seus processos decisórios. Tais cortes não apresentam um modo de operar fixo com relação ao direito internacional ou ao direito constitucional comparado, mas sim uma postura que oscila entre ignorar a prática estrangeira em algumas situações; utilizar decisões estrangeiras com um bom nível de engajamento argumentativo em outros casos; e, por fim, invocar decisões estrangeiras de forma superficial e sem grande aprofundamento em outros tantos. De fato, há um universo de cortes em que a interação com o direito comparado e com o direito internacional é, ainda, uma experiência em construção. Por essa razão, propomos a adoção de um quarto modelo comportamental, como uma categoria residual. A esse quarto comportamento possível conferimos a denominação de modelo híbrido ou ambivalente, de modo a assinalar uma oscilação no trato dos precedentes estrangeiros ou, quiçá, um processo de amadurecimento da forma de operar com o internacional e o transnacional.

#### 2.2 Elementos que influenciam o recurso a precedentes estrangeiros

A reflexão sobre o uso de precedentes estrangeiros passa, ainda, pela consideração de múltiplos elementos que interferem no peso reconhecido a tais precedentes, como: o teor do texto constitucional que está sendo

interpretado, a natureza da questão em debate, a fonte transnacional do direito, a comparabilidade de contextos e a origem do precedente em exame. Quando o *texto constitucional* é bastante determinado e deixa pouca margem para debate, a tendência é conferir um peso menor aos precedentes estrangeiros e concluir pela existência de um elemento local com maior relevância.

Por outro lado, há circunstâncias em que o próprio texto constitucional remete à experiência estrangeira. A título de ilustração, quando a Constituição do Canadá condiciona a limitação de direitos à sua possibilidade de justificação “em uma sociedade livre e democrática”<sup>33</sup>, entende-se que está implícito um convite para verificar os comportamentos adotados por outras sociedades livres e democráticas na matéria. Quando a Constituição da África do Sul, de forma semelhante, determina que a limitação de direitos deve ser “razoável e justificável em uma sociedade aberta e democrática, baseada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade”, percebe-se implícito o mesmo convite<sup>34</sup>. De forma mais sutil, verifica-se que a previsão, constante da Constituição norte-americana, de vedação a “punições incomuns e cruéis”<sup>35</sup>, também é sugestiva de que se proceda a uma avaliação das punições que não alcançam tal *standard* em outras ordens.

Na mesma linha, a *natureza da questão* em discussão é um elemento a ser considerado no peso conferido a precedentes estrangeiros. Há matérias com um incontestável viés universal, como é o caso dos direitos humanos. Há, contudo, temas que, guardados certos limites, tendem a ser mais locais, como pode ser o caso de assuntos como: distribuição de competências federativas, sistema eleitoral e sistema tributário<sup>36</sup>. Também a *natureza da fonte do direito* invocada pelo precedente estrangeiro pode interferir sobre o peso que lhe é atribuído. Quando a base da decisão estrangeira é um direito reconhecido por tratado ao qual o país aderiu, a interpretação de outro tribunal estrangeiro sobre o mesmo dispositivo

trata de norma que tem a mesma expressão textual em ordens distintas, de países que lograram chegar a um consenso mínimo, que permitiu a celebração do tratado. Essa circunstância pode favorecer uma interpretação convergente.

A *comparabilidade entre ordens jurídicas e contextos* é igualmente relevante. Experiências e contextos culturais diversos podem justificar soluções diferenciadas para debates (aparentemente) semelhantes. Tal comparabilidade é um elemento essencial para a interlocução entre o local e o universal. Ela pressupõe, em nossa visão, que, ao considerar o precedente estrangeiro, a corte constitucional identifique: (i) os fatos relevantes do caso; (ii) os fundamentos normativos invocados pela corte estrangeira para decidir; (iii) a *ratio decidendi*; (iv) o contexto e as características do sistema que produziu a decisão, bem como que demonstre (v) um razoável grau de equivalência e similitude entre os referidos elementos e o novo caso (da ordem jurídica distinta), ao qual se cogita aplicar a mesma solução<sup>37</sup>.

Portanto, na aplicação de precedentes estrangeiros, além dos elementos já habitualmente considerados na operação com precedentes (fatos, fundamentos, *ratio decidendi*, associação ou distinção entre casos), deve-se considerar, ainda, a comparabilidade das ordens jurídicas e dos contextos em que a mesma questão está sendo apreciada. Trata-se de um processo hermenêutico consideravelmente mais complexo do que aquele envolvido no mero debate sobre a aplicação de precedentes domésticos, que já é, em si, sujeito a múltiplas

<sup>37</sup> Os fatos relevantes são aqueles que têm repercussão jurídica. Os fundamentos são os argumentos utilizados pela corte para decidir. A *ratio decidendi* corresponde a uma síntese da resposta dada pela maioria da Corte à questão jurídica colocada pelo caso, funcionando como uma premissa necessária à solução dada ao caso. Segundo a teoria dos precedentes, esses são elementos essenciais de um precedente, que precisam ser conhecidos e explicitados para sua boa compreensão e aplicação. É preciso demonstrar, ainda, que o novo caso tem elementos semelhantes. Isso porque o que justifica a aplicação de um entendimento a um novo caso é que as mesmas razões lógicas que serviram para decidir o primeiro justifiquem a solução do segundo. Por isso, a demonstração dos elementos de cada qual e da semelhança entre eles é imprescindível. Quando mudam os fatos relevantes, a questão jurídica posta pelo caso também tende a ser distinta. Quando dois casos não colocam a mesma questão jurídica, o precedente gerado pelo primeiro não se presta a solucionar o segundo. V., sobre o tema: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. *Revista da Advocacia Geral da União*, Brasília, v. 15, n. 5, p. 9-52, jul./set. 2016.

<sup>33</sup> Carta Canadense de Direito e Liberdades (*Constitution Act*, 1982), seção 1.

<sup>34</sup> Constituição da República da África do Sul de 1996, art. 36, I.

<sup>35</sup> Constituição dos Estados Unidos da América, 8ª Emenda.

<sup>36</sup> Fala-se, acima, expressamente em “guardados certos limites” porque também essas matérias podem ensejar debates relacionados a direitos humanos e, portanto, suscitar discussões em torno de temas mais universais. Esse seria o caso do igual direito de participação de cidadãos pertencentes a cada unidade federativa; do livre exercício de direitos políticos passivos e ativos, conforme o regime eleitoral adotado; do direito de propriedade e não confisco, no que se refere ao direito tributário.

controvérsias<sup>38</sup>.

Por outro lado, é importante considerar que cortes constitucionais e supremas cortes têm por missão essencial resolver casos e aplicar o direito, e não desenvolver amplas reflexões acadêmicas sobre a semelhança ou diferença entre sistemas. De modo geral, as cortes operam pressionadas por demandas de produtividade e por limites de tempo. Há, portanto, um *custo de oportunidade* em utilizar o direito comparado em seus processos decisórios, que se reflete em consideráveis gastos de tempo e de pessoal, em pesquisa e no aprofundamento sobre o modo de funcionar de outras ordens jurídicas. Além disso, deve-se ter em conta que o conhecimento de tais ordens estrangeiras sempre será parcial para o intérprete que não pertence a elas e que opera com as pré-compreensões do seu sistema. Portanto, é importante não pretender um nível de imersão e de domínio desproporcional da ordem estrangeira, como condição para operar com precedentes estrangeiros nas cortes<sup>39</sup>. Esse tipo de postura inviabilizaria seu uso ou o descolaria da realidade. A operação do Direito não é exata ou metodologicamente perfeita nem mesmo quanto às

<sup>38</sup> V., a título ilustrativo, as diversas discussões envolvidas na delimitação da *ratio decidendi*: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 118-142.

<sup>39</sup> Como assinala Allan Watson, os “transplantes jurídicos” são, em alguma medida, acidentais ou aleatórios: não são sempre o resultado de uma busca exaustiva pelo melhor direito e decorrem da preferência ou do conhecimento de algum agente específico sobre determinada ordem. A despeito disso, uma parte considerável das mudanças no Direito são produto de tal intercâmbio de ideias e ensejam resultados positivos. Nas palavras (desencantadas) do autor (WATSON, Allan. *Comparative law: law, reality and society*. Lake Mary: Vandepul Publishing, 2007. livre tradução): “o empréstimo [de institutos entre ordens jurídicas] é o mais proeminente meio de mudança do Direito. Essa realidade é tão desconsiderada que o fato só pode ser explicado pelo preconceito decorrente de afirmações segundo as quais ‘O Direito é o espírito de um povo’ ou ‘O Direito reflete a estrutura de poder da classe governante’” (p. 5). E, mais adiante: “Não é raro que um instituto jurídico seja tomado emprestado simplesmente porque está lá” (p. 12). Por fim, Watson pondera que a busca por “entender o Direito não deve privá-lo — brutalmente — do seu mistério” (p. 12-13). Ainda que não deixemos de reconhecer que o Direito é, em parte, produto do “espírito de um povo” e, em parte, resultado de “estruturas de poder”, não há dúvida de que é, também, em alguma medida, produto do acaso. Esse acaso se manifesta, por exemplo: em contextos transitórios que movem as decisões em uma determinada direção; em conjunções de forças imprevistas; em composições de colegiado acidentais; ou na utilização de precedentes estrangeiros pertinentes, mas não necessariamente mais pertinentes que outros. Entretanto, esse fato não exclui a importância de desenvolver uma metodologia consistente para a operação com precedentes estrangeiros pelas cortes, de forma a torná-la menos acidental.

normas e precedentes domésticos. Algum nível de imprecisão integra a essência da sua interpretação e aplicação.

Por fim, a *instituição* que produziu o precedente estrangeiro pode ter um impacto relevante sobre o peso que lhe é conferido. É importante saber, em primeiro lugar, se os precedentes estrangeiros em debate são produto de cortes que operam em ordens democráticas, com independência judicial e respeito a direitos fundamentais. Em segundo lugar, e como se verificará no estudo empírico desenvolvido na segunda parte deste trabalho, determinadas cortes construíram uma reputação de qualidade que avaliza seus precedentes e provavelmente explica, em considerável medida, o peso que lhes é conferido a recorrência das citações dos casos por elas decididos<sup>40</sup>. Passa-se, na sequência, à análise do uso de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal.

### 3 O Uso de Precedentes Estrangeiros pelo STF

O exame do uso de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal, desenvolvido a seguir, se subdivide em duas seções. A primeira delas trata das condicionantes jurídicas e culturais que conformam a utilização de tais precedentes na ordem jurídica brasileira. Como demonstrado, tais condicionantes podem criar um ambiente mais ou menos favorável à sua invocação. A segunda seção busca examinar, empiricamente, a prática real e concreta do Supremo Tribunal Federal nesse assunto, de forma a aferir em que medida o Tribunal efetivamente se vale de tais precedentes, bem como com que nível de profundidade e de intercâmbio de informações opera.

#### 3.1 Condicionantes jurídicas e culturais

A respeito das *condicionantes jurídicas*, dois elementos favorecem a interlocução entre o direito constitucional brasileiro e o direito internacional e comparado, a saber:

<sup>40</sup> Por outro lado, também há casos de entendimentos que se tornaram tão impopulares, que produzem o efeito contrário: de automática rejeição. V. SCHEPELLE, Kim Lane. The case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law*, I.CON, v. 1, n. 2, p. 296-234, 2003; CHOUDHRY, Sujit. The lochner era and comparative constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, 2004.

(i) as cláusulas de incorporação dos tratados de direitos humanos, constantes dos arts. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição (e a interpretação que lhes é conferida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal); e (ii) a utilização, pelo texto constitucional, de um amplo conjunto de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados em matéria de democracia, estado de direito e direitos fundamentais. Na *vertente cultural*, são referências que podem funcionar como um elemento de reforço ao recurso a decisões estrangeiras: (iii) o bacharelismo, o beletismo e o colonialismo, que marcam a raiz (portuguesa) da formação jurídica nas universidades.

### 3.1.1 Cláusula de incorporação dos tratados de direitos humanos

A Constituição de 1988 estabeleceu uma cláusula de abertura ao direito internacional dos direitos humanos, prevendo que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros, derivados dos tratados internacionais de que o país seja parte (art. 5º, § 2º). Essa cláusula, contra o entendimento de parte importante da doutrina brasileira<sup>41</sup>, foi interpretada inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de conferir aos tratados de direitos humanos mero *status* de lei ordinária<sup>42</sup>.

Em 1992, o Brasil promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>43</sup>. Em 1998, submeteu-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte Interamericana” ou “Corte IDH”)<sup>44</sup>. Dez anos mais tarde, em 2008, o STF modificou a sua jurisprudência para reconhecer aos tratados de direitos humanos nível hierárquico supralegal, ainda que infraconstitucional<sup>45</sup>. Por fim, a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu o art. 5º, § 3º, na Constituição de

1988, estabelecendo que os tratados de direitos humanos que fossem incorporados ao ordenamento interno por meio do procedimento legislativo aplicável às emendas constitucionais disporiam de *status* constitucional.

Assim, desde a promulgação da Constituição de 1988, há um lento processo de institucionalização da interlocução entre a ordem interna e o direito internacional dos direitos humanos. Apenas em 2008, se apresentou *uma condição essencial* para um diálogo multinível na matéria: o reconhecimento de uma posição hierárquica diferenciada para os tratados sobre o tema. Até então, a lei posterior contrária a um tratado implicava a sua derrogação. Com o reconhecimento do *status* supralegal, os tratados passam a integrar um bloco de supralegalidade, que funciona como paradigma para o controle e a interpretação das normas infraconstitucionais<sup>46</sup>. Nesse novo contexto, torna-se mais importante conhecer os entendimentos da Corte IDH sobre o alcance dos direitos previstos na CADH<sup>47</sup>. A despeito dessa circunstância, o nível de conhecimento da jurisprudência da Corte IDH pelos operadores do direito no Brasil ainda é baixo. Além disso, há considerável resistência no cumprimento de algumas decisões proferidas pela Corte IDH. De acordo com o sistema de monitoramento do cumprimento de suas decisões, das 8 (oito) condenações impostas ao Brasil, 7 (sete) seguem com seu cumprimento ao menos parcialmente em aberto<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 93-138.

<sup>47</sup> V. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 254-285, ago. 2019. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Apresentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 13-15. Nessa última obra, de 2013, os organizadores declaram esperar que o livro “inaugure” a cultura do controle de convencionalidade das normas domésticas. Vale, ainda, examinar, a título ilustrativo, a ADPF 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, tendo por objeto a validade da Lei 6.683/1979, por meio da qual foram anistiados os opositores ao regime militar, bem como todos os militares envolvidos com a repressão a tais opositores. Postulou-se, por meio dela, que o STF reconhecesse que a anistia não alcançava os crimes comuns praticados pelos agentes do regime. A inicial traz um único parágrafo sobre a jurisprudência da Corte. Esse aspecto é bastante ilustrativo do baixo diálogo com a Corte Interamericana que se experimentava então.

<sup>48</sup> O único caso integralmente cumprido arquivado é: CORTE INTERAMERICANA. *Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso*

<sup>41</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, p. 88-89, 1998; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

<sup>42</sup> BRASIL. STF. *HC 72.131*, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23.11.1995.

<sup>43</sup> BRASIL. *Decreto n. 678/1992*.

<sup>44</sup> A aprovação do reconhecimento da competência da Corte IDH ocorre por meio do Decreto Legislativo n. 89/1998. A declaração de aceitação é depositada perante a Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos em 10 de dezembro de 1998. Em 2002, finalmente, edita-se o Decreto n. 4.463, que reconhece a competência obrigatória da Corte.

<sup>45</sup> BRASIL. STF. *RE 466.343*, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008.

### 3.1.2 Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Não bastasse o exposto, a Constituição de 1988 se vale de um conjunto amplíssimo de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados. A título ilustrativo, a Carta prevê que o Brasil é um “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput*); que tem como fundamentos a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e a “cidadania” (art. 1º, II). Determina que o Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, par. único). Assegura direitos à igualdade entre o homem e a mulher (art. 5º, inc. I), à liberdade de expressão (art. 5º, inc. IV), à liberdade de consciência, de religião e de associação (inc. VI), à privacidade (art. 5º, inc. X), à propriedade e à sua função social (art. 5º, incs. XXII e XXIII); o direito de petição, certidão e informação dos órgãos públicos (art. 5º, inc. XXXIV), o direito de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV); prevê os princípios da legalidade e ir-retroatividade da norma penal (art. 5º, XXXIX e XL), o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV), entre outros. Estipula os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à previdência, à assistência, à proteção à maternidade e à infância (art. 6º). Assegura direitos políticos. O STF, a seu turno, já assentou que os direitos fundamentais tutelados pela Constituição não se concentram nos dispositivos que aludem expressamente à matéria, encontrando-se dispersos por todo o texto constitucional. A amplitude, generalidade e indeterminação de tais textos e a circunstância de que muitos reproduzem direitos humanos reconhecidos na esfera internacional favorecem a busca por *standards* internacionais ou transconstitucionais em eventuais deba-

---

*Escher y Otros vs. Brasil*, 19 de junho de 2012. Os demais, não integralmente cumpridos, são: CORTE INTERAMERICANA. *Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, 22 de novembro de 2019; CORTE INTERAMERICANA. *Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Povo Indígena do Xucuru e seus membros vs. Brasil*, 22 de novembro de 2019; CORTE INTERAMERICANA. *Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, 07 de outubro de 2019; CORTE INTERAMERICANA. *Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Gomes Lund vs. Brasil*, 17 de outubro de 2014; CORTE INTERAMERICANA. *Sentença do Caso Herzog e outros vs. Brasil*, j. 15 de março de 2018; CORTE INTERAMERICANA. *Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, 17 de maio de 2010; CORTE INTERAMERICANA. *Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Garibaldi vs. Brasil*, 20 de fevereiro de 2012.

tes sobre o seu alcance, pelas razões já desenvolvidas.

### 3.1.3 Bacharelismo, beletrismo e colonialismo

Em relação a *condicionantes culturais*, o Brasil foi colonizado por Portugal e recebeu grande parte de suas instituições do direito desse país. Foi também profundamente influenciado pelo direito constitucional norte-americano, em matéria de controle difuso da constitucionalidade<sup>49</sup>. Inspirou seu controle concentrado da constitucionalidade no sistema europeu<sup>50</sup>. Mais recentemente, introduziu precedentes vinculantes de forma ampla, em ambas as modalidades de controle de constitucionalidade, por inspiração norte-americana e europeia<sup>51</sup>. Portanto, transplantes, empréstimos e migração de ideias fazem parte da nossa realidade, como de modo geral ocorre na grande maioria das ordens jurídicas.

A colonização portuguesa foi responsável, ainda, pelo desenvolvimento de uma cultura jurídica marcada pelos fenômenos do *bacharelismo*, do *beletrismo* e do *colonialismo eurocêntrico*<sup>52</sup>. O *bacharelismo* caracterizou-se pela valorização dos bacharéis e dos doutores<sup>53</sup>, pelo enaltecimento das suas qualidades intelectuais e, conseqüentemente, pela atribuição de uma espécie de “status social” à demonstração de saber, como se ela permitisse elevar o seu detentor acima dos demais<sup>54</sup>. Os bacharéis eram incentivados a recorrer, ainda, a obras literárias e, portanto, às “belas letras”, marca registrada do *beletrismo*<sup>55</sup>. Por fim, a referência a teorias estrangeiras, segundo tal perspectiva, qualificava os juristas e suas opiniões, porque expressava o domínio da cultura europeia, compreendida como superior às demais. Esse fenômeno expressava a presença de um *colonialismo eurocêntrico* na

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade do direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 23-47.

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade do direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 23-47.

<sup>51</sup> MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents*. Farnham-Burlington: Ashgate, 1997. p. 531-550.

<sup>52</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 187-197.

<sup>53</sup> VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 5 e ss.

<sup>54</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 13-38.

<sup>55</sup> Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI*: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 285.

academia jurídica<sup>56</sup>.

Essas influências foram transmitidas às práticas brasileiras e podem, em alguma medida, ensejar um “gosto” dos magistrados pela referência ao internacional e ao estrangeiro, menos como instrumento genuíno de aquisição de informação, ou de desenvolvimento argumentativo, e mais como “elemento decorativo”, de valorização de quem demonstra conhecimento ou como expressão — involuntária — de uma persistente valorização cultural do que vem de fora<sup>57</sup>. Esses também são elementos que têm potencial para interferir sobre a abordagem de precedentes estrangeiros no Brasil.

### 3.2 Estudo empírico do comportamento do STF quanto ao uso de precedentes estrangeiros

Apresentados os modelos comportamentais de operação com precedentes estrangeiros, e explicitadas as condicionantes jurídicas e culturais que favorecem a sua utilização no Brasil, passa-se, nessa seção, a um exame empírico de como o Supremo Tribunal Federal efetivamente opera com tais precedentes. A presente análise tem o objetivo de responder a três questões centrais: 1 – o STF utiliza precedentes estrangeiros em seu processo decisório? 2 – Quais são as principais cortes citadas pelo Tribunal e com que intensidade? 3 – Qual é o nível de aprofundamento argumentativo com que tais precedentes são utilizados?

<sup>56</sup> Consoante Quijano, sobre o processo de colonização europeu na América: “[...] todas as experiências, histórias, recursos e produtos culturais terminaram também articulados em uma só ordem cultural global, em torno da hegemonia europeia ou ocidental. Em outras palavras, como parte do novo padrão de poder mundial, a Europa também concentrou sob sua hegemonia o controle de todas as formas de controle da subjetividade, da cultura, e em especial do conhecimento, da produção do conhecimento” (QUIJANO, Anibal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In: QUIJANO, Anibal. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 121). Segundo o autor, esse processo foi responsável por uma apreensão *eurocêntrica* do conhecimento, a partir da cultura e dos padrões europeus, bem como pela afirmação do *etnocentrismo*, expresso na percepção de superioridade e centralidade do que era produzido na Europa. Ainda de acordo com o autor, a colonialidade do poder, o capitalismo e o eurocentrismo implicaram a produção de “um piso básico de práticas sociais comuns para todo o mundo” (p. 124) e a incorporação de uma “racionalidade ou perspectiva de conhecimento hegemônica”, que colonizou e se sobrepôs às demais (p. 126).

<sup>57</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 187-192.

### 3.2.1 Metodologia

O Supremo Tribunal Federal julga um quantitativo altíssimo de processos por ano<sup>58</sup>. No que respeita a tal conjunto de julgados, a atuação do STF apresenta ao menos dois perfis distintos: (i) o tratamento dos casos relativamente simples, de baixa visibilidade, que representam o grande volume do Tribunal, muitos dos quais são decididos por decisões monocráticas ou pelo Plenário Virtual, por meio da mera reiteração de jurisprudência<sup>59</sup>; e (ii) o tratamento dos casos complexos, de alta visibilidade, que correspondem às decisões mais sofisticadas e que tendem a se concentrar no Plenário Físico (embora não se restrinjam a ele), em sessões sujeitas a televisualização ao vivo<sup>60</sup>.

No primeiro conjunto de casos, o foco do STF está, de modo geral, em dar respostas rápidas e em fazer face ao grande volume de demandas que chegam ao Tribunal<sup>61</sup>. No segundo conjunto de casos, a tônica é solucionar conflitos relevantes e de grande repercussão, fixando diretrizes para o julgamento de casos semelhantes. Assim, enquanto o primeiro conjunto tende a apresentar uma fundamentação mais simplificada. O segundo envolve maior esforço argumentativo por parte de cada qual dos ministros. Nos casos simples, de mera reiteração de jurisprudência, como a questão já está composta internamente, há um baixo incentivo para o uso de precedentes estrangeiros. Nos casos complexos e de repercussão, pode haver um incentivo maior, decorrente da indeterminação do direito e da busca por informações de como outras nações trataram o mesmo assunto, para respaldar o posicionamento dos ministros. Por essa razão, optou-se por restringir a presente análise ao exame

<sup>58</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoescolegiadas>. Acesso em: 12 mar. 2020.

<sup>59</sup> STF. *Resolução n. 642/2019* (dispõe sobre o julgamento de processos em lista nas sessões presenciais e virtuais do Supremo Tribunal Federal). Vale observar que, com a Emenda Regimental n. 53/2020, o conjunto de casos examinados pelo Plenário Virtual foi substancialmente expandido, em resposta à necessidade de ajustar o funcionamento do Tribunal às necessidades de distanciamento social decorrentes da pandemia relacionada ao COVID-19. Tais ajustes poderão alterar os dois perfis indicados acima a partir de 2020, período que não é objeto deste trabalho.

<sup>60</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 293-378.

<sup>61</sup> Não se deve descartar, ainda, algum uso estratégico do Plenário Virtual para o julgamento de casos relevantes aos quais, por razões as mais diversas, se opte por conferir menor visibilidade. Trata-se, contudo, de tema para outro trabalho.

de casos relevantes e paradigmáticos apreciados no âmbito do Plenário Físico do STF.

Uma observação adicional é importante, todavia. Além do Plenário Físico e do Plenário Virtual, que reúnem todos os 11 (onze) integrantes da Corte, o Supremo Tribunal Federal é composto por 2 (duas) Turmas, órgãos fracionários integrados por 5 (cinco) ministros cada qual, e pela Presidência. As Turmas não julgam apenas casos de baixa complexidade<sup>62</sup>. Também julgam casos de alta complexidade, e que atraem o interesse do público, como, ilustrativamente, aqueles relacionados à competência penal originária do STF para apreciar crimes praticados por altas autoridades. Sem prejuízo disso, quando a questão jurídica tem alta relevância e não está pacificada, há uma tendência a levar matéria para julgamento do Plenário Físico, embora tampouco seja uma regra inafastável<sup>63</sup>. De todo modo, a busca por um critério objetivo para identificação de casos relevantes de grande repercussão — onde um maior esforço argumentativo poderia ensejar maior recurso a precedentes estrangeiros — nos fez optar por concentrar o presente estudo sobre os *casos relevantes* decididos pelo Plenário Físico.

Os casos relevantes foram objetivamente identificados de acordo com a seguinte metodologia. Todo final de ano, juristas, advogados e professores que acompanham o funcionamento do Supremo Tribunal Federal publicam *retrospectivas* sobre os casos mais importantes que foram apreciados. Com o propósito de formar uma base de dados de casos relevantes, coletamos todas as retrospectivas que pudemos localizar, que tivessem por objeto os casos importantes julgados pelo Tribunal, entre os anos de 2013 a 2018 (inclusive). Com base nessa sistemática, formamos uma base de dados composta por 224 (duzentos e vinte e quatro) casos de grande repercussão<sup>64</sup>. Dessa base foram excluídos os casos que não foram decididos pelo Plenário Físico ou cujo julgamento não foi concluído no período. Ao final da filtragem, a base de dados contava com 145 (cento e quarenta e cinco) acórdãos.

Como é de conhecimento geral, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir, não produz um voto único, que expressa o entendimento do Tribunal sobre determinado

tema. Os acórdãos e o posicionamento do Tribunal são, em verdade, o resultado da agregação dos votos individuais de todos os ministros que participaram da decisão. Por essa razão, cada um dos 145 (cento e quarenta e cinco) casos gerou até 11 (onze) votos cada, que foram examinados com o propósito de buscar referências ao uso de precedentes estrangeiros, com base em verbetes indicativos dessa ocorrência<sup>65</sup>. Apuramos, então, o quantitativo de casos relevantes e de referências a precedentes estrangeiros por ano. Na sequência, verificamos as cortes mais citadas pelo Tribunal. Por fim, avaliamos a profundidade argumentativa empregada na citação dos precedentes estrangeiros.

Para a *análise da profundidade argumentativa*, criamos um método de classificação dos votos, que varia do nível 1 ao nível 4, observados os seguintes critérios:

- (i) NÍVEL 1: nível mínimo de profundidade argumentativa. Foi atribuído aos votos que apenas invocassem precedentes estrangeiros e explicitassem brevemente sua *ratio decidendi*, sem desenvolver uma explicação sobre suas particularidades. A opção se justifica porque a mera alusão à *ratio* corresponde à forma mais simples de tratar um precedente, já que deixa de aprofundar seus elementos essenciais (fatos relevantes e fundamentos invocados para

<sup>65</sup> Para realizar a pesquisa por meio de verbetes, foram listadas 54 (cinquenta e quatro) palavras ou partes de palavras. Os verbetes pesquisados foram os seguintes: Estados Unidos, norte-american-, Suprema Corte norte-american-, Canad-, Alemanha, BverfGE, Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal, Alemão, França, Conselho Constitucional Francês, Inglaterra, Portugal-, Espanha-, Corte Constitucional Espanhola, Itália, Sentenza, Áustria, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Costarriquenha, Equador, Equatoriana, México, Mexicana, Paraguai, Peru, Uruguai, Venezuela, Cuba, El Salvador, Salvadorenha, Guatemala, Haiti, Honduras, Hondurenha, Nicarágua, Panamá, República Dominicana, África do Sul, Índia, Israel, Interamerican-, Corte Europeia de Direitos Humanos, CEDH, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Africano de Direitos Humanos, Africana de Direitos Humanos. Acrescentaram-se, ainda, variações de verbetes designativos das nacionalidades. A título ilustrativo, as referências ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha foram pesquisadas por meio dos verbetes: “Alemanha”, “Alemão”, “Alemã”, “Tribunal Constitucional Federal”, “Bundesverfassungsgericht” e “BverfGE”. As cortes e respectivos verbetes foram selecionados a partir de uma pesquisa prévia sobre as cortes, nacionalidades e países mais referenciados pela doutrina e pela jurisprudência constitucional no Brasil. Temos consciência de que a busca por referências a cortes de nacionalidades específicas e pré-determinadas pode ensejar algum viés no resultado. Isso porque a não seleção prévia, para pesquisa, de verbetes referente a alguma corte muito citada pelo Tribunal faria com que as alusões a ela fossem ocultadas pela pesquisa e poderia implicar uma distorção na percepção sobre as cortes mais utilizadas pelo Tribunal. Procuramos minimizar tal risco com base em uma pesquisa prévia sobre as cortes predominantemente citadas pelo STF, como aludido.

<sup>62</sup> STF. Regimento Interno, arts. 143 a 146 e 147 a 150.

<sup>63</sup> STF. Regimento Interno, art. 22.

<sup>64</sup> As retrospectivas utilizadas pelo trabalho estão listadas no Anexo I.

decidi-lo) e apenas extrai uma regra geral do caso<sup>66</sup>.

(ii) NÍVEL 2: atribuiu-se Nível 2 ao voto que invocasse os elementos do Nível 1 e, ainda, explicitasse seus fatos relevantes e fundamentos de forma mais substancial. Isso porque sempre que se ingressa em tais elementos se constrói uma narrativa mais precisa sobre a decisão estrangeira, fornecendo-se subsídio para equipará-la ou dissociá-la do caso em exame pela Corte.

(iii) NÍVEL 3: atribuiu-se Nível 3 ao voto que invocasse a decisão estrangeira, explicitasse os elementos dos Níveis 1 e 2 e, ainda, desenvolvesse argumentação expressa sobre a semelhança entre o precedente estrangeiro e o caso em exame, já que a demonstração da comparabilidade e identidade (ou não) entre casos é fundamental para aplicar ou afastar a incidência um precedente<sup>67</sup>.

(iv) NÍVEL 4: finalmente, o Nível 4 foi atribuído ao voto que invocasse o precedente estrangeiro com os elementos dos NÍVEIS 1, 2 e 3, e, ainda, descrevesse o contexto político, econômico, social e/ou jurídico em que o precedente foi produzido, comparando tais elementos com o caso em exame. Esses contextos também permitem aproximar ou diferenciar casos e suas particularidades — sobretudo quando se tratam de ordens jurídicas distintas — e expressam, de modo geral, um nível mais profundo de conhecimento sobre um julgado estrangeiro<sup>68</sup>.

Durante o exame das citações a precedentes, percebemos, contudo, que alguns julgados faziam uma breve demonstração da semelhança entre o precedente e o caso em exame (o que sugeria um Nível 3), mas não entram no exame dos fatos e fundamentos (como exigido pelo Nível 2). Não havia uma necessária cumulação entre os elementos. Nessas situações a semelhança entre casos era estabelecida com base na questão jurídica mais geral que pareciam colocar<sup>69</sup>. Para apreender essa

<sup>66</sup> Para uma perfeita delimitação dos conceitos de *ratio decidendi*, fatos relevantes e fundamentos, conforme a teoria dos precedentes, v.: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 175-232.

<sup>67</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>68</sup> SIEMS, Mathias. *Comparative law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 113-179 e 262-302.

<sup>69</sup> Do ponto de vista da teoria dos precedentes, a demonstração da semelhança (ou da diferença) entre dois casos se baseia essencialmente em um confronto dos fatos relevantes do primeiro caso, dos fundamentos utilizados para decidi-lo e da questão jurídica que ele colocava. Esses elementos devem ser comparados com os fatos relevantes, a “transplantabilidade” dos fundamentos e a questão jurídica pertinentes ao segundo caso. Havendo semelhança entre eles, afirma-se a solução do primeiro pode “governar” o segundo. Por isso, é quase contraditório demonstrar a semelhança entre dois ca-

particularidade, reconsideramos como NÍVEL 2 os precedentes que, mesmo sem especificar fatos e/ou fundamentos, faziam um cotejo entre a decisão estrangeira e o caso em exame pelo STF<sup>70</sup>. Confira-se, no Quadro 1, a síntese dos critérios propostos e utilizados no presente artigo.

Quadro 1

NÍVEL	ELEMENTOS AVALIADOS
NÍVEL 1	(i) Citação do precedente estrangeiro e <i>ratio decidendi</i>
NÍVEL 2	(i) Elementos do Nível 1; e (ii) Identificação dos fatos relevantes e dos fundamentos; ou (ii) Cotejo entre o precedente estrangeiro e o caso em exame.
NÍVEL 3	(i) Elementos do Nível 1; e (ii) Identificação dos fatos relevantes e/ou dos fundamentos; e (iii) Cotejo entre o precedente estrangeiro e o caso em exame.
NÍVEL 4	(i) Elementos dos Níveis 1, 2 e 3 (ii) Identificação do contexto político, social, econômico e/ou jurídico em que se produziu o precedente

Fonte: elaboração própria.

Em relação à verificação do nível de engajamento argumentativo, não emitimos um juízo de concordância ou discordância sobre a forma como o STF interpretou o precedente estrangeiro, o significado que lhe atribuiu ou a adequação de sua aplicação ao novo caso. Não “julgamos” os votos examinados. Verificamos, apenas, com

so, sem adentrar em fatos e fundamentos. Nos julgados em que isso ocorreu, aos quais aludimos acima, a comparação entre casos baseava-se essencialmente na transplantabilidade da *ratio decidendi* (ou seja, na aparente semelhança entre as questões jurídicas que os casos colocavam e em sua resposta). Entretanto, essa transplantabilidade só pode ser afirmada com precisão se verificados também os fatos e fundamentos. Por isso, justamente, pontuamos essas situações com baixo nível argumentativo (Nível 2).

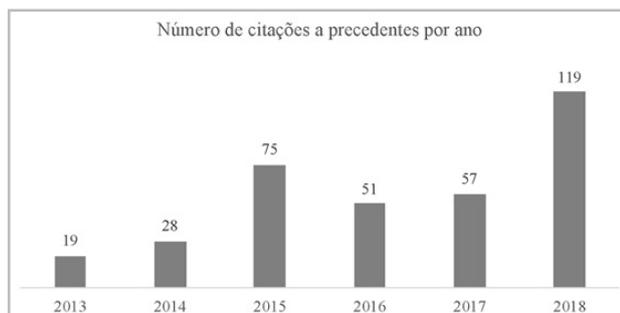
<sup>70</sup> Constatamos, ainda, em reflexão crítica realizada ao final da análise, que seria recomendável que a metodologia proposta acrescentasse, em novas oportunidades de pesquisa, um Nível 5 de exame, voltado a pontuar a *densidade* do desenvolvimento argumentativo. Estivemos muito preocupados, metodologicamente, em produzir critérios objetivos de avaliação da operação com precedentes estrangeiros (que, como quaisquer critérios aplicados por pessoas, tampouco logram ser puramente objetivos ou neutros). Buscamos definir elementos cuja presença pudesse ensejar a automática pontuação em determinado nível. Entretanto, verificamos que a preocupação com a objetividade fez com que equiparássemos citações de precedentes estrangeiros que embora abordassem os mesmos fatores, o faziam com densidades argumentativas distintas: apresentando-se ora extremamente lacônicas, ora bem mais profundas. Assim, a incorporação futura de um Nível 5 à análise, referente à *densidade argumentativa*, poderia se prestar a acrescentar um “modulador” subjetivo aos critérios “objetivos” antes pensados, fazendo um pouco mais de justiça aos exames mais profundos.

a objetividade possível, se houve esforço em abordar os elementos antes indicados. Tampouco exigimos que tais elementos viessem explicitados como *ratio decidendi*, fato, fundamento, contexto ou comparabilidade. Bastava que fossem aferíveis para que fossem considerados em nosso exame.

### 3.2.2 Resultados

Com relação ao *volume de citações* a precedentes de Cortes estrangeiras e internacionais por ano, constatarem-se os seguintes quantitativos: (i) em 2013, os 35 (trinta e cinco) casos analisados produziram 19 (dezenove) citações a precedentes estrangeiros<sup>71</sup>; (ii) em 2014, os 20 (vinte) casos geraram 28 (vinte e oito) citações; (iii) em 2015, 23 (vinte e três) casos examinados geraram 75 (setenta e cinco) citações; (iv) em 2016, os 24 (vinte e quatro) casos geraram 51 (cinquenta e uma) citações; (v) em 2017, os 28 (vinte e oito) casos geraram 57 (cinquenta e sete) citações; e, por fim, em 2018, os 15 (quinze) casos examinados geraram 119 (cento e dezenove) citações<sup>72</sup>. Esses números estão retratados no Quadro 2. Como já esclarecido, as citações foram contabilizadas a partir de todos os votos proferidos em cada decisão. Tais números indicam uma tendência ao aumento quantitativo de citações a precedentes estrangeiros, embora isso não necessariamente implique um maior proveito argumentativo.

Quadro 2: Número de citações a precedentes por ano

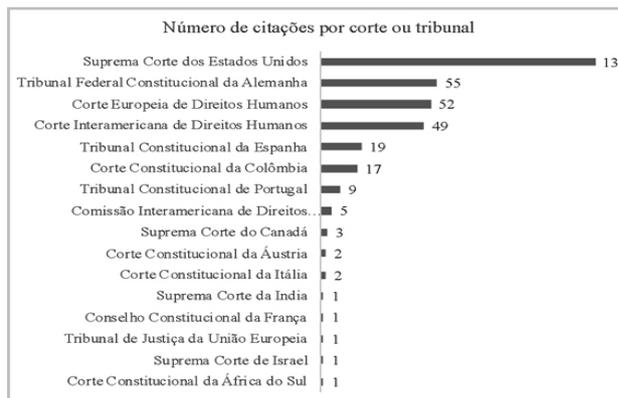


Fonte: elaboração própria.

No que respeita às *cortes mais referenciadas* pelo Tribunal entre 2013 e 2018 (v. Quadro 3), a Suprema Corte dos Estados Unidos foi a corte mais citada, com 131

(cento e trinta e um) precedentes. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha foi a segunda corte mais citada, com 55 (cinquenta e cinco) referências. Os precedentes produzidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos — combinadas as manifestações da Corte Interamericana e da Comissão — ficaram em terceiro lugar, reunindo 54 (cinquenta e quatro) citações, sendo 49 (quarenta e nove) referentes à Corte IDH e 5 (cinco) citações referentes à Comissão. A Corte Europeia de Direitos Humanos ficou em quarto lugar, com 52 (cinquenta e duas) citações. O Tribunal Constitucional da Espanha se posicionou em quinto, com 19 (dezenove) referências; a Corte Constitucional da Colômbia, em sexto lugar, com 17 (dezesete) referências; o Tribunal Constitucional de Portugal recebeu 9 (nove) referências. Outras cortes internacionais e nacionais também foram mencionadas, com quantitativos menores.

Quadro 3: Número de citações por corte ou tribunal



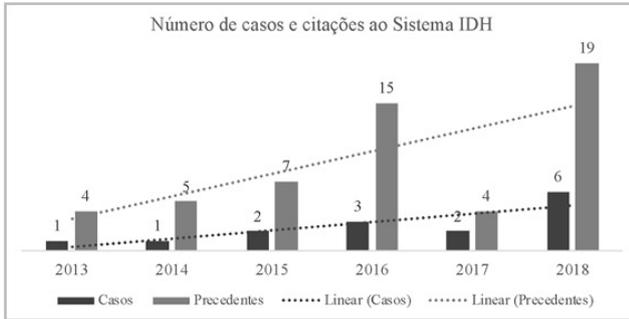
Fonte: elaboração própria.

Com relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao qual o Brasil aderiu, constatou-se uma linha de tendência progressiva quanto à citação de seus precedentes (v. Quadro 4). O número de citações aumentou a cada ano analisado, com exceção do ano de 2017. O aumento, por si só, não significa necessariamente um maior diálogo. Há de se aferir a qualidade da fundamentação desenvolvida com base em seus precedentes e a disposição para referenciá-los e enfrentá-los quando não confirmam a solução que se deseja defender. De todo modo, o aumento de alusões a julgados do SIDH é um indício de um crescente interesse por seus precedentes, o que por si só é importante.

<sup>71</sup> O quantitativo de casos relevantes é superior ao número de precedentes estrangeiros porque nem todos os casos relevantes filtrados recorreram à argumentação com base em tais precedentes.

<sup>72</sup> A identificação de todos os precedentes estrangeiros filtrados pelo trabalho e de seu nivelamento argumentativo encontra-se no Anexo II.

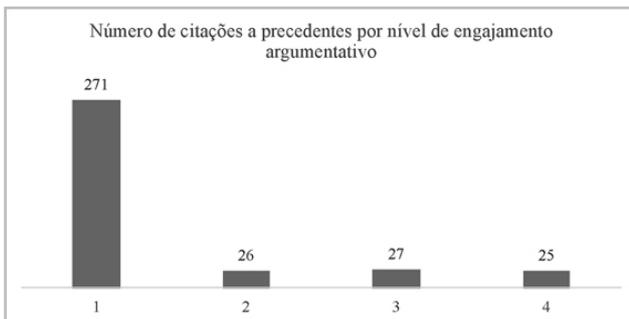
Quadro 4: Número de casos e citações do Sistema IDH



Fonte: elaboração própria.

Finalmente, no que respeita à *profundidade da argumentação desenvolvida pelo STF* com base nos precedentes estrangeiros, embora o número de citações a precedentes tenha aumentado ao longo do tempo, predominam as citações com NÍVEL 1, que corresponde ao menor nível de engajamento argumentativo, conforme a classificação proposta. De fato, constataram-se 271 (duzentos e setenta e uma) citações com NÍVEL 1. Identificaram-se 26 (vinte e seis) citações com NÍVEL 2. Apuraram-se 27 (vinte e sete) citações com NÍVEL 3 e, finalmente, 25 (vinte e cinco) citações com NÍVEL 4. O Quadro 5 espelha esse cenário.

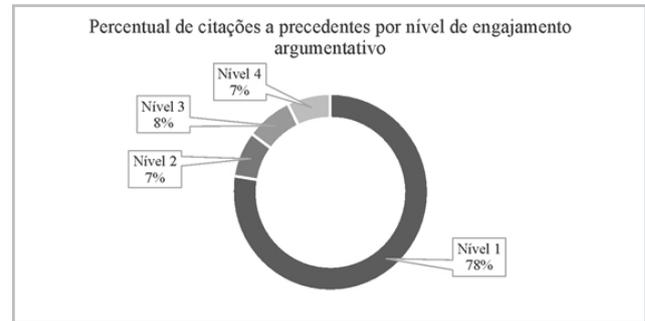
Quadro 5: Número de citações a precedentes por nível de engajamento argumentativo



Fonte: elaboração própria.

Constata-se, assim, que 78% (setenta e oito) por cento das referências a precedentes estrangeiros se enquadrou no nível argumentativo mais baixo (NÍVEL 1). Ao passo que as referências com o nível argumentativo mais alto (NÍVEL 4) corresponderam a apenas 7% (sete por cento) do quantitativo total de citações (v. Quadro 6).

Quadro 6: Percentual de citações a precedentes por nível de engajamento argumentativo



Fonte: elaboração própria.

Passa-se, a seguir, à análise das implicações desses resultados.

### 3.2.3 Análise

No que respeita aos *quantitativos de precedentes estrangeiros* citados nos votos examinados, os resultados descritos acima permitem afirmar que o Brasil não adota um comportamento de resistência ao uso de precedentes estrangeiros, tendo em vista o grande número de citações a julgados de outras cortes constitucionais, de supremas cortes e de tribunais internacionais. Chama atenção, ainda, o fato de que a invocação de tais julgados não suscita maiores debates por parte de ministros do STF, quanto à legitimidade ou não de recorrer a tais precedentes na argumentação. A sua utilização parece, portanto, amplamente aceita. Por outro lado, a documentada a cumprir algumas decisões da Corte Interamericana é indicativa de que tampouco há um comportamento de plena convergência com relação às decisões estrangeiras, mesmo em se tratando de uma corte a cuja jurisdição o país se submeteu.

Com relação às *cortes preferencialmente consultadas* pelo Supremo Tribunal Federal, embora o quantitativo de citações não seja um indicador absoluto<sup>74</sup>, aquelas predominantemente invocadas — Suprema Corte norte-americana e Tribunal Constitucional Federal alemão — correspondem às cortes e ordens jurídicas que detêm uma grande reputação no direito constitucional brasileiro e cujas decisões mais conhecidas são mencionadas, inclusive, em cursos de graduação.

Não deixa de merecer menção, contudo, o fato de

<sup>73</sup> As citações e suas respectivas classificações podem ser conferidas no Anexo II.

<sup>74</sup> De fato, uma corte pode não deter precedentes sobre certos temas ou dispor de um grande conjunto de precedentes sobre outros, circunstância que pode distorcer a análise quantitativa e gerar uma impressão equivocada de preferência ou rejeição.

que os precedentes das referidas cortes são substancialmente mais citados que os precedentes produzidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao qual o país aderiu. Também merece menção a constatação de que o número de precedentes do SIDH é quase equivalente ao quantitativo de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos citados pelo Tribunal. Nesse sentido, a relevância dos julgados das cortes norte-americana, alemã e europeia para a jurisprudência do STF, quando confrontada com o quantitativo de citações aos precedentes do Sistema Interamericano, também poderia ser sugestiva de que há, ainda, um elemento de colonialidade e de valorização do pensamento estrangeiro de raiz eurocêntrica na prática do direito brasileiro. De todo modo, parece haver uma tendência de crescimento nas referências a julgados do SIDH.

Por fim, quanto ao *nível argumentativo* adotado pelo STF, constatou-se uma grande predominância de casos com argumentação NÍVEL 1, em que os precedentes estrangeiros e, no máximo, a sua *ratio decidendi* são citados, sem esclarecimento sobre seus elementos essenciais ou sobre a comparabilidade com o caso em apreciação. Esse achado também pode ser indicativo da influência da colonialidade, do eurocentrismo e do bacharelismo na utilização de julgados estrangeiros. Sugere que tais precedentes poderiam estar sendo invocados como argumento de autoridade, como elemento decorativo ou como recurso retórico. Entretanto, esse aspecto pode ser produto ainda de uma cultura — de operação com precedentes de modo geral e com precedentes em estrangeiros em particular — que está em processo de amadurecimento. De fato, a não articulação de certos elementos essenciais para a teoria dos precedentes também se faz presente eventualmente na operação com precedentes nacionais<sup>75</sup>.

Qualquer que seja a justificativa, contudo, a não explicitação dos fatos, dos fundamentos, da comparabilidade e dos contextos em que foram gerados os precedentes estrangeiros expressa uma baixa interação efetiva do STF com outras cortes e um baixo engajamento argumentativo, o que não recomenda, portanto, seu enquadramento no terceiro modelo de comporta-

mento antes indicado. Por outro lado, vale ressaltar que 25 (vinte e cinco) citações alcançaram o NÍVEL 4, expressando situações em que foram abordados os principais elementos dos precedentes estrangeiros, o contexto em que foram produzidos e em que se estabeleceu uma relação de comparabilidade e equivalência com o caso em exame.

Com a ressalva, sempre relevante, de que não estamos analisando trabalhos acadêmicos sobre direito comparado, mas sim decisões judiciais, são bons exemplos de desempenho argumentativo os votos proferidos: (i) pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no caso que tratou do direito dos presos a perceber danos morais, quando encarcerados em condições indignas (RE 580.252)<sup>76</sup>; (ii) o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, quanto à relação entre sátiras eleitorais e liberdade de expressão (ADI 4451)<sup>77</sup>; bem como (iii) o voto proferido pelo Min. Luiz Fux, quando da análise da constitucionalidade do Código Florestal e da deferência à discricionariedade regulatória do legislador (ADC 42)<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> O Ministro Luís Roberto Barroso cita, no caso, decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, da Suprema Corte e de outras cortes norte-americanas e da Corte Constitucional da Colômbia. Explicita os fatos, faz uma breve análise do contexto em que os precedentes foram estabelecidos e associa a *ratio* do precedente ao problema enfrentado no caso em exame. V., entre outras: p. 55-57 do acórdão, para evolução da jurisprudência da CEDH em relação à reparação de presos; pp. 58-60, para a experiência dos EUA com intervenções judiciais no sistema carcerário; e p. 60-61, para o instituto do estado de coisas inconstitucional desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia; p. 61-62, para a relação entre os precedentes citados e o caso em exame: a importância de reconhecer o caráter estrutural e complexo do problema da superlotação carcerária, a necessidade de atuação conjunta de vários órgãos estatais e a importância de produzir uma solução que ataque a causa do problema. BRASIL. STF. RE 580.252, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 18.12.2017.

<sup>77</sup> Nesse voto, o Ministro Gilmar Mendes invoca precedentes do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da Suprema Corte norte-americana, explicita seus fatos, contexto e pertinência com o caso em exame. V., a título ilustrativo: p. 88-91 do acórdão, para o conceito de “arte” no direito constitucional alemão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência do Tribunal Constitucional; e p. 106-108, para explicação do Caso Lebach, entre outras decisões abordadas pelo voto. BRASIL. STF. ADI 4451, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 21.06.2018.

<sup>78</sup> O voto do Ministro Luiz Fux invoca diversos precedentes da Suprema Corte norte-americana, em que se reconhece um dever de deferência ao Legislador e a agências reguladoras, por parte do Judiciário, em matéria técnica envolvendo questões ambientais e regulatórias, sobre as quais haja fundada dúvida científica, desde que tenham formulado uma interpretação plausível e razoável do texto legal. O voto descreve os fatos do caso, a decisão proferida e sua *ratio* e procura a afirmar a semelhança com a situação em exame (p. 55-61 do acórdão, ilustrativamente). BRASIL. STF. ADC 42, Rel.

<sup>75</sup> V., sobre a operação com precedentes nacionais e a importância de desenvolvimento de uma teoria dos precedentes por parte do STF: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da Advocacia Geral da União*, Brasília, v. 15, n. 5, p. 9-52, jul./set. 2016.

Os votos antes mencionados são indicativos de que há espaço para o aprimoramento da utilização de precedentes estrangeiros no Supremo Tribunal Federal e, portanto, para um diálogo mais relevante entre o Tribunal e outras cortes. Fica claro, contudo, que não se pode afirmar que o Supremo observa o modelo de resistência, o modelo de convergência ou o modelo de engajamento argumentativo em seu comportamento quanto a tais precedentes. Ao menos por ora, o comportamento adotado pelo Tribunal se enquadra no *modelo híbrido*. Em um grande quantitativo de casos, invoca precedentes estrangeiros sem grande aprofundamento. Em um conjunto mais selecionado de casos, certos ministros e/ou determinados temas apresentam abordagens aprofundadas e uma argumentação mais cuidadosa em torno de tais precedentes. Não se deve desconsiderar, ademais, a grande carga de trabalho enfrentada pela Corte e o custo de oportunidade de pesquisas sobre direito internacional e direito comparado. Nessa medida, há de se refletir sobre quando efetivamente se justifica o recurso a tais fontes.

Deve-se ter em conta, de todo modo, que um uso importante de precedentes estrangeiros depende do exame dos seus elementos essenciais. Somente a partir de tal exame se podem extrair informações substantivas sobre a experiência da outra corte, sobre os standards com que trabalha e sobre suas razões. Tal uso depende, igualmente, de engajamento argumentativo por parte da corte que invoca os julgados estrangeiros, quer para explicitar tais elementos, quer para demonstrar a aplicabilidade ou não da decisão e de suas razões ao caso que é chamada a decidir. Sem isso, o recurso a tais precedentes extrai pouca informação, contribui de forma diminuta para o desenvolvimento de uma avaliação crítica sobre o sistema nacional e tende a ter baixo impacto para a elevação de standards em matéria de tutela de direitos.

## 4 Considerações finais

Como demonstrado ao longo do trabalho, o comportamento das cortes com relação ao uso de precedentes estrangeiros varia consideravelmente. Pode-se falar, contudo, em 4 (quatro) padrões comportamentais. O *comportamento de resistência* ao uso de precedentes estrangeiros, no qual predomina a rejeição à sua utilização. O

*comportamento de convergência* com relação a tais precedentes, no qual há uma tendência à afirmação de uma identidade com as decisões estrangeiras, sobretudo em matéria de direito internacional dos direitos humanos e/ou de direitos fundamentais. O *comportamento de engajamento argumentativo* para com precedentes estrangeiros, no qual há um compromisso de estabelecer um diálogo com as decisões proferidas por outras cortes e de enfrentá-las argumentativamente em caso de divergência. Por fim, o *comportamento híbrido*, caracterizado por tribunais que se alternam entre as diferentes posturas e que, em algumas oportunidades, citam precedentes estrangeiros sem grandes aprofundamentos e, em outras, apresentam um desempenho argumentativo mais importante.

O Supremo Tribunal Federal, pelas razões já expostas, enquadra-se na última hipótese, de comportamento híbrido. Um quantitativo relevante dos votos se aprofunda pouco na análise dos precedentes estrangeiros. Algumas decisões, contudo, expressam considerável domínio de tais precedentes e indicam que é possível construir um diálogo mais denso com outras cortes. Há, de todo modo, ampla margem para o aperfeiçoamento da atuação do Supremo na operação com o direito constitucional comparado e internacional e essa é uma matéria em que se deve investir, quer para integrar o trabalho do Tribunal a uma rede de cortes mais ampla, quer porque essa experiência pode auxiliá-lo a desenvolver uma visão crítica sobre suas práticas e sobre sua própria jurisprudência, contribuindo para seu aperfeiçoamento e para a sua atuação “em rede”.

## Referências

- ACOSTA ALVARADO, Paola. *Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*. 2015. Tesis (Doctorado) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção*

- do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade do direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CHOUDHRY, Sujit. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- CHOUDHRY, Sujit. The lochner era and comparative constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata). In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GABOR, Hálmai. The use of foreign law in constitutional interpretation. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1328-1348.
- GARCIA RAMÍREZ, Sérgio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: origen, vocación y cumplimiento. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo; SANTOLAYA, Pablo; CANOSA, Raúl. *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. 2. ed. Lima: ECB, 2015.
- GINSBURG, Tom. Locking in democracy: constitutions, commitment and international law. *International Law and Politics*, v. 38, p. 707-759, 2006.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JACKSON, Vicki. Comparative constitutional law: methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 54-74.
- JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- JACKSON, Vicki. Constitutions as “Living Trees”? Comparative constitutional law and interpretive metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006.
- JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005.
- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents*. Farnham-Burlington: Ashgate, 1997. p. 531-550.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Apresentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 13-15.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 254-285, ago. 2019.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da Advocacia Geral da União*, Brasília, v. 15, n. 5, p. 9-52, jul./set. 2016.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. *Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra*. 2019. No prelo.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O Estado aberto: objetivo do Ius Constitutionale Commune em direitos humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *“Ius Constitutionale Commune” na América Latina*:

- marco conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *La protección supranacional de la democracia: un estudio sobre el acervo del "Ius Constitutionale commune"*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing and migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1304-1327.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: Astrea, 2017.
- POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard College, 2008.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: QUIJANO, Anibal. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-142.
- ROSENFELD, Michael. Comparative constitutional analysis in United States adjudication and scholarship. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 38-53.
- ROSENFELD, Michael. Constitutional identity. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 756-776.
- SAGUÉS, Néstor Pedro. *El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un Ius Commune interamericano*. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Acesso em: 20 jul. 2019.
- SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 93-138.
- SCHEPELLE, Kim Lane. The case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law*, I.CON, v. 1, n. 2, p. 296-234, 2003.
- SIEMS, Mathias. *Comparative law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton U. Press, 2005.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003.
- SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, n. 14, p. 237-257, 2018.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, 1998.
- TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 221-241.
- TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 7-55.
- VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.
- VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. p. 13-66.
- WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio

de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-159.

WALDRON, Jeremy. Foreing law and the modern ius gentium. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 129-147, 2005.

WATSON, Allan. *Comparative law: law, reality and society*. Lake Mary: Vandepias Publishing, 2007.

WATSON, Allan. *Transplants*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

## Anexo A - Lista de Retrospectivas que Formaram a Base de Dados

ANDRADE, Fábio Martins. STF concluiu julgamentos relevantes em matéria tributária. *Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-03/retrospectiva-2013-stf-concluiu-julgamentos-relevantes-materia-tributaria>. Acesso em: 15 out. 2019.

ARABI, Abhner Youssif Mota; ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Constituição & tributação: retrospectiva de 2017. *Jota*, 2017. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/constituicao-tributacao-retrospectiva-de-2017-26122017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/constituicao-tributacao-retrospectiva-de-2017-26122017). Acesso em: 15 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. Os 10 julgamentos mais importantes do Supremo Tribunal Federal neste ano. *Consultor Jurídico*, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-31/retrospectiva-2014os-10-julgamentos-importantes-supremo>. Acesso em: 15 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. As 10 principais decisões da pauta “qualitativa” do Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-28/retrospectiva-2015-10-principais-decisoes-pauta-supremo>. Acesso em: 15 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. Os dez temas mais importantes do STF em 2016. *Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2016-parte.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. O Supremo Tribunal Federal em 2017: as 10 decisões mais importantes do ano. *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-](https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2017-barroso-parte.pdf)

[2017-barroso-parte.pdf](https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2017-barroso-parte.pdf). Acesso em: 15 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2018: atravessando a tempestade em direção à nova ordem. *Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-28/luis-roberto-barroso-atravesando-tempestade>. Acesso em: 15 out. 2019.

CARNEIRO, Luiz Orlando; TEIXEIRA, Matheus; FALCÃO, Márcio. As 20 decisões mais importantes do STF em 2018. *Jota*, 2018. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/as-20-decisoes-mais-importantes-do-stf-em-2018-24122018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/as-20-decisoes-mais-importantes-do-stf-em-2018-24122018). Acesso em: 15 out. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Retrospectiva 2018 e prospectiva 2019: questões criminais destacam-se no STF. *Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-22/observatorio-constitucional-retrospectiva-prospectiva-questoes-criminais-destacam-stf>. Acesso em: 15 out. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. *Anuário da Justiça Brasil 2014*. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/loja/item/anuario-justica-brasil-2014-pre-venda>. Acesso em: 15 out. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. *Anuário da Justiça Brasil 2015*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/loja/item/anuario-justica-brasil-2015>. Acesso em: 15 out. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. *Anuário da Justiça Brasil 2016*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-26/conjur-lanca-anuario-justica-brasil-2016-dia-26-abril>. Acesso em: 15 out. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. *Anuário da Justiça Brasil 2017*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/loja/item/anuario-justica-brasil-2017>. Acesso em: 15 out. 2019.

COUTINHO, Felipe; FERNANDES, Talita. Retrospectiva 2016: o ano em que o Supremo exibiu os músculos. *Época*, 2016. Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/noticia/2016/12/retrospectiva-2016-o-ano-em-que-o-supremo-exibiu-os-musculos.html>. Acesso em: 15 out. 2019.

DIZER O DIREITO. *Retrospectiva: 8 principais julgados de direito constitucional 2015*. 2016. Disponível

em: <https://www.dizerodireito.com.br/2016/01/retrospectiva-8-principais-julgados-de.html>. Acesso em: 15 out. 2019.

MEDINA, Damares. Supremo deveria ser guardião da Constituição, não da governabilidade. *Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-20/retrospectiva-2016-decisoes-stf-repetiram-instabilidade-campo-politico>. Acesso em: 15 out. 2019.

MENDONÇA, Eduardo. Os 11 julgamentos que marcaram o ano do Supremo. *Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-11-julgamentos-marcaram-ano-stf>. Acesso em: 15 out. 2019.

RECONDO, Felipe; FALCÃO, Márcio. STF: árbitro ou protagonista na crise política em 2016? *Jota*, 2016. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=/www.jota.info/especiais/stf-arbitro-ou-protagonista-na-crise-politica-em-2016-21122016](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/especiais/stf-arbitro-ou-protagonista-na-crise-politica-em-2016-21122016). Acesso em: 15 out. 2019.

RECONDO, Felipe; FALCÃO, Márcio. As 25 decisões mais importantes do STF em 2017. *Jota*, 2017. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=/www.jota.info/justica/as-25-decisoes-mais-importantes-do-stf-em-2017-21122017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/justica/as-25-decisoes-mais-importantes-do-stf-em-2017-21122017). Acesso em: 15 out. 2019.

RECONDO, Felipe; MENDES, Conrado Hübner. O STF entre 2014 e 2015. *Jota*, 2015. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=/www.jota.info/justica/retrospectiva-stf-2014-09012015](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/justica/retrospectiva-stf-2014-09012015). Acesso em: 15 out. 2019.

RECONDO, Felipe; MENDES, Conrado Hübner. O STF entre 2015 e 2016. *Jota*, 2015. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=/www.jota.info/especiais/o-stf-entre-2015-e-2016-01022016](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/especiais/o-stf-entre-2015-e-2016-01022016). Acesso em: 15 out. 2019.

RECONDO, Felipe. Retrospectiva: as principais decisões colegiadas do STF em 2016. *Jota*, 2016. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=/www.jota.info/especiais/retrospectiva-principais-decisoes-colegiadas-stf-em-2016-07072016](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/especiais/retrospectiva-principais-decisoes-colegiadas-stf-em-2016-07072016). Acesso em: 15 out. 2019.

RODRIGUES, Douglas; BREDE, Felipe. Delações, prisão de Lula e troca de gestão marcaram o STF em

2018. *Poder 360*, 2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/delacoes-prisao-de-lula-e-troca-de-gestao-marcaram-o-stf-em-2018/>. Acesso em: 15 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Presidente do STF faz balanço sobre trabalho da Corte em 2015*. 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306671&caixaBusca=N>. Acesso em: 15 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Relatório: um ano de gestão ministra Cármen Lúcia*. 2017. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RelatorioCompletoDaGestaoAno\\_MinistraCrmenLcia.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RelatorioCompletoDaGestaoAno_MinistraCrmenLcia.pdf). Acesso em: 15 out. 2019.

## Anexo B – Citações com nível 1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2013	AP	470	26º AgRg e QO	Sentencia C-934	Corte Constitucional da Colômbia	1
2013	AP	470	26º AgRg e QO	Sentencia C-545	Corte Constitucional da Colômbia	1
2013	AP	470	26º AgRg e QO	Sentencia C-142/93	Corte Constitucional da Colômbia	1
2013	AP	470	26º AgRg (e QO)	Didier contra França	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2013	AP	470	26º AgRg e QO	Barreto Leiva vs. Venezuela	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2013	ADI	1842	-	Linkletter v. Walker	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2013	ADI	1842	-	Stovall v. Denno	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2013	ADI	1842	-	STC 13/92/17	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2013	ADI	4543	-	Bush v. Gore	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2013	MS	32033	AgRg	BVerfGE, 30:1(24)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1

<sup>79</sup> Os precedentes estrangeiros foram lançados nesse anexo tal como identificados nos respectivos votos, proferidos por ministros distintos. Por essa razão, não há uma perfeita padronização na forma de referenciá-los.

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2013	MS	32033	AgRg	BVerfGE, 34:9(19)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2013	ADI	4357 (e 4425)	-	McCulloch v. Maryland	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2014	RCL	4335	-	Brown v. Board of Education	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2014	RCL	4335	-	Marbury v. Madison	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2014	RE	591054	-	Ricardo Canese	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Cabrera García e Montiel Flores	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Tibi	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Cantoral Benavides	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Allenet de Ribemont	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Butkevicius	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Daktaras	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Dovzhenko	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Konstas	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Minelli	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Perica Oreb	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Cantoral Benavides	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2014	RE	591054	-	Acórdão n° 198/90	Tribunal Constitucional de Portugal	1
2014	RE	658312	-	Willis vs. Reino Unido	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2014	RE	658312	-	Okpiz vs. Alemanha	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2014	ARE	709212	-	Plessy versus Ferguson	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2014	ARE	709212	-	Brown v. Board of Education	Suprema Corte dos Estados Unidos	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2014	ARE	709212	-	Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2014	ADI	4947	-	Linkletter v. Walker	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2014	ADI	4947	-	Stovall v. Denno	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2014	ADI	4947	-	BVerfGE 16, 130	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2014	ARE	704520	-	Acórdão n° 39/84	Tribunal Constitucional de Portugal	1
2015	ADPF	347	MC	Sentencia n° SU-559	Corte Constitucional da Colômbia	1
2015	ADPF	347	MC	Sentencia T-068	Corte Constitucional da Colômbia	1
2015	ADPF	347	MC	Sentencia SU – 250	Corte Constitucional da Colômbia	1
2015	ADPF	347	MC	Sentencia T – 590	Corte Constitucional da Colômbia	1
2015	ADPF	347	MC	Sentencia T – 525	Corte Constitucional da Colômbia	1
2015	ADPF	347	MC	Sentencia T – 153	Corte Constitucional da Colômbia	1
2015	ADPF	347	MC	Sentencia T – 025	Corte Constitucional da Colômbia	1
2015	ADPF	378	MC	Tribunal Constitucional vs. Peru	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2015	ADPF	378	MC	Baena Ricardo e outros vs. Panamá	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2015	ADPF	378	MC	Baena Ricardo y otros vs. Panamá	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2015	ADPF	378	MC	Tribunal Constitucional vs. Peru	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2015	ADPF	378	MC	Baker v. Carr	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4650	-	Citizens United v. Federal Election Commission	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4650	-	Buckley v. Valeo	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4815	-	New York Times v. Sullivan	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4815	-	Handyside	Corte Europeia de Direitos Humanos	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2015	ADI	4815	-	Handyside	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2015	ADI	4815	-	Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4815	-	United States v. Carolene Products Co. (1938)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4815	-	Jones v. Opelika (1942)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4815	-	Murdock v. Pennsylvania 1943	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4815	-	Sentencia T-391/07	Corte Constitucional da Colômbia	1
2015	ADI	4815	-	Sentencia C-010/00	Corte Constitucional da Colômbia	1
2015	ADI	4815	-	Sentencia C-442-11	Corte Constitucional da Colômbia	1
2015	ADI	4815	-	Palamara Iribarne vs. Chile	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2015	ADI	4815	-	Ricardo Canese vs. Paraguay	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2015	ADI	4815	-	Sentencia 6/1981	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2015	ADI	4815	-	Sentencia 106/1986	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2015	ADI	4815	-	Sentencia 159/1986	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2015	ADI	4815	-	Sentencia 171/1990	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2015	ADI	4815	-	Lingens v. Austria	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2015	ADI	4815	-	New York v. Sullivan	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4815	-	Mefisto	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2015	ADI	4815	-	Schenck v. United States (249 US 47, 1919)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4815	-	Abrams v. United States (250 US 616, 1919)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4815	-	Whitney v. California (1927)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4815	-	Pierce v. United States (1920)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2015	ADI	4815	-	Gitlow v. New York (1925)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	4815	-	New York Co. v. Sullivan	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	5105	-	Dickerson v. United States (2000)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	5105	-	Miranda v. Arizona	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	5105	-	West Coast Hotel Co. v. Parrish	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	5105	-	Lochner v. New York	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	ADI	5394	MC	Citizens United vs. Federal Communications Commission	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	HC	84548	-	McCulloch v. Maryland	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	HC	84548	-	McCulloch v. Maryland	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	RE	580252	-	Rexhepi et al. v. Itália	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2015	RE	580252	-	Torreggiani et. al v. Itália	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2015	RE	580252	-	Brown v. Plata	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	RE	592581	-	Brown v. Plata	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2015	RE	593727	-	McCulloch v. Maryland	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2016	ADO	25	-	BVerfGE 6, 300 [303]	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2016	ADO	25	-	Brown v. Board of Education	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2016	ADO	25	-	BVerfGE 2, 139 [143]	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2016	ADO	25	-	BVerfGE 68, 132 [140]	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2016	ADPF	388	-	Auto de 11.2.81, n. 19	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2016	ADPF	388	-	BVerfGE, 19/268 (273)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2016	ADPF	388	-	BVerfGE, 62/338 (342)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2016	ADPF	388	-	BVerfGE, 62/230 (232)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2016	ADPF	388	-	BVerfGE, 62/117 (144)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2016	ADPF	388	-	BVerfGE, 91/93 (106)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2016	EXT	1362	-	Arellano vs. Chile	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2016	EXT	1362	-	Trabelsi v. Bélgica, 140/10	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2016	EXT	1362	-	Almonacid Arellano y otros vs. Chile	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2016	EXT	1362	-	Gomes Lund vs. Brasil	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2016	EXT	1362	-	Wong Ho Wing vs. Peru	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2016	EXT	1362	-	BVerfGE 37, 271 ff.	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2016	EXT	1362	-	BVerfGE 73, 339	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2016	EXT	1362	-	Barrios Altos	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2016	EXT	1362	-	Loayza Tamayo	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2016	EXT	1362	-	Almonacid Arellano e outros	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2016	EXT	1362	-	Velasquez Rodriguez vs. Honduras	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2016	ADI	4983	-	Sentencia T-296/13	Corte Constitucional da Colômbia	1
2016	ADI	4983	-	VfGH 17.12.1998, B 3028/97	Corte Constitucional da Áustria	1
2016	ADI	5501	MC	United States v. Rutherford	Suprema Corte dos Estados Unidos	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2016	ADI	5501	MC	Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. Von Eschenbach, 495 F. 3Ed 695 (D.C. Cir. 2008)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2016	HC	126292	-	R. v. Pearson(1992) 3 S.C.R. 665	Suprema Corte do Canadá	1
2016	HC	126292	-	Coffin v. EUA	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2016	HC	126292	-	Matijašević v. Serbia	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2016	HC	126292	-	Bundesverfassungsgesicht, 19, 342	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2016	HC	126292	-	Caso Cantoral Benavides	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2016	ADC	44 (e 43)	MC	Velásquez Rodríguez vs. Honduras	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2016	ADC	44 (e 43)	MC	Coffin v. EUA	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2016	ADC	44 (e 43)	MC	“Caso da Sérvia” (Matijašević v. Serbia)	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2016	ADC	44 (e 43)	MC	Caso Cantoral Benavides	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2016	RE	601314	-	Sentenza 51/1992	Corte Constitucional da Itália	1
2016	RE	601314	-	Sentencia número 110/1984	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2017	ADC	41	-	Plessy v. Ferguson	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADC	41	-	Grutter v. Bollinger	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADC	41	-	In Re Slaughter House Cases (83 U.S. 36,1872)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADC	41	-	Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746, 1884)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADC	41	-	Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADC	41	-	Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADC	41	-	Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2017	ADC	41	-	Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADC	41	-	Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADC	41	-	Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADI	750	-	BVerfGE 1,299 315	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2017	ADI	3470	-	Jacobellis v. Ohio	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADI	3470	-	“Decisão do Bundesverfassungsgericht de 22 de maio de 1963”	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2017	ADI	3470	-	Vermeire v Bélgica	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2017	ADI	4439	-	1 BvR 387/65	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2017	ADI	4439	-	1 BvR 241/66	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2017	ADI	4439	-	Zengin v. Turquia	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2017	ADI	4439	-	Folgero e Outros v. Noruega	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2017	ADI	4439	-	A Última Tentação de Cristo	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2017	ADI	4439	-	Schulgebet 1BvR 647/70 e 7/74	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2017	ADI	4439	-	423/87	Tribunal Constitucional de Portugal	1
2017	ADI	4439	-	174/9	Tribunal Constitucional de Portugal	1
2017	ADI	4439	-	BVerfGE 41, 29	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2017	ADI	4439	-	Chisholm v. Georgia	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADI	4439	-	Folgero e Outros v. Noruega	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2017	ADI	4439	-	Mansur Yalcin e Outros v. Turquia	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2017	ADI	4439	-	Zengin v. Turquia	Corte Europeia de Direitos Humanos	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2017	ADI	4439	-	Lautsi and Others v. Italy	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2017	ADI	4439	-	423/87	Tribunal Constitucional de Portugal	1
2017	ADI	5526	-	Estados Unidos versus Burle	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADI	5526	-	acórdão 41, de 26.1.2000	Tribunal Constitucional de Portugal	1
2017	ADI	5526	-	Dickerson v. United States	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	ADI	5526	-	McCulloch v. Maryland	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	RE	434251	-	Halliburton Oil Well Co. vs. Reily (373 US 64, 1963)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	RE	434251	-	Graves v. N.Y. ex rel. O’Keefe, 306 U.S. 483 1938	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	RE	522897	-	Plessy v. Ferguson	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	RE	522897	-	Brown versus Board of Education	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	RE	522897	-	Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	RE	587970	-	Industrial Union Department v. American Petroleum Institute (448 U.S. 607 (1980))	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2017	RE	878694	-	Loayza Tamayo versus Peru	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2017	RE	878694	-	Cantoral Benavides versus Peru	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2017	RE	878694	-	Gutiérrez Soler versus Colômbia	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2017	RE	898060	-	BVerfGE 45, 187	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADC	42	-	FCC v. Beach Communications, Inc. 508 U.S. 307 (1993)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADC	42	-	Kawas Fernandes versus Honduras	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	ADPF	444	-	BVerfGE, 19/268 (273)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2018	ADPF	444	-	BVerfGE, 62/338 (342)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADPF	444	-	BVerfGE, 62/230 (232)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADPF	444	-	BVerfGE, 62/117 (144)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADPF	444	-	BVerfGE, 91/93 (106)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADPF	444	-	Alenet de Ribemont v. França	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	ADPF	444	-	Butkevicius v. Lituânia	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	ADPF	444	-	Fatullayev v. Azerbaijão	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	ADPF	444	-	Garycki v. Polónia	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	ADPF	444	-	Daktaras v. Lituânia	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	ADPF	444	-	Arrigo and Vella v. Malta	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	ADPF	444	-	Khuzhin and Others v. Rússia	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	ADPF	444	-	Miranda v. Arizona	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	R.v. Baldry (1852)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	R. v. Priestley 1965	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	Ibrahim v. R. (1914)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	McDermott v. R. (1948)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão	Comissão Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	ADPF	444	-	Brogan versus United States	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	Schmerber v. California [384 U.S. 757 (1966)]	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	Gilbert v. California [388 U.S. 263 (1967)]	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	Doe v. United States [487 U.S. 201 (1988)]	Suprema Corte dos Estados Unidos	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2018	ADPF	444	-	Curcio v. United States, 354 U.S. 118, 128 (1957)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	Miranda v. Arizona	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	Escobedo v. Illinois (1964)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	Miranda v. Arizona	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADPF	444	-	Dickerson v. United States (530 U.S. 428, 2000)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	AP	937	QO	Caso Barreto Leiva vs. Venezuela	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	AP	937	QO	Sentença 22/1997	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2018	AP	937	QO	Marbury v. Madison (1 Cranch 137 – 1803)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	AP	937	QO	Syngelidis v. Grécia	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	AP	937	QO	Sentença 22/1997	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2018	ADI	3239	-	Governo da República da África do Sul e outros vs. Irene Grootboom e outros	Corte Constitucional da África do Sul	1
2018	ADI	3239	-	Mayagna (Sumo) Awastinguí	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	ADI	3239	-	Moiwana vs. Suriname	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	ADI	3239	-	Saramaka vs. Suriname	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	ADI	3239	-	McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	3239	-	Moiwana vs. Suriname	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	ADI	3239	-	Saramaka vs. Suriname	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	ADI	4275	-	1BvR 3295/07	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADI	4275	-	Affaire A.P., Garçon Et Nicot C. France	Corte Europeia de Direitos Humanos	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2018	ADI	4275	-	BverfG, 1 BvL 1/04	Corte Constitucional da Áustria	1
2018	ADI	4275	-	BVerfG, 1BvL 10/05	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADI	4275	-	In Re Slaughter-House Cases (83 U.S. 36, 1872)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4275	-	Butchers' Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746, 1884)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4275	-	Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4275	-	Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4275	-	Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4275	-	Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4275	-	Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4275	-	Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4275	-	Sentencia T-063/15	Corte Constitucional da Colômbia	1
2018	ADI	4451	-	S. 47/02, de 25 de febrero	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2018	ADI	4451	-	New York Times vs. Sullivan	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4451	-	Caso Alves da Silva v. Portugal	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	ADI	4451	-	Schenck v. United States (249 US 47, 1919)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4451	-	Abrams v. United States (250 US 616, 1919)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4451	-	Lüth	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADI	4451	-	Pierce v. United States (1920)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4451	-	Gitlow v. New York (1925)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4451	-	Whitney v. California (1927)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4451	-	New York Co. v. Sullivan (376 US 254, 1964)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2018	ADI	4451	-	Rosenblatt v. Baer (1966)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4451	-	Curtis Publishing Co. v. Butts e Associated Press v. Nalker (1967)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4451	-	Rosenbloom v. Metromedia (1971)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4451	-	Lüth (BVerfGE 7, 198, 1958)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADI	4451	-	Spiegel (BVerfGE 20, 62, 1966)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADI	4451	-	Schmid-Spiegel (BVerfGE 12, 113, 1961)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADI	4451	-	Blinkfüer (BVerfGE, 25, 256, 1969)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADI	4451	-	Solidarität sadrese (BVerfGE 44, 197, 1977)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADI	4451	-	United States v. Rosika Schwimmer	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	4451	-	Sentenças nº 6/1981	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2018	ADI	4451	-	Caso Lingens (Sentença de 08/07/1986)	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	ADI	4451	-	nº 12/1982	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2018	ADI	4451	-	nº 104/1986	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2018	ADI	4451	-	nº 171/1990	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2018	ADI	4874	-	BverfGE 50, 290	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	ADI	5794	-	Aboud v. Detroit Board of Education (1977)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	5794	-	Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31 (2018)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	ADI	5794	-	Aboud v. Detroit Board of Education (1977)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2018	ADI	5794	-	Evaldsson and others v. Sweden (2007)	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	ADI	5794	-	Acórdão 437/00 (2000)	Tribunal Constitucional de Portugal	1
2018	HC	152752	-	Sétimo Garibaldi vs. Brasil	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	HC	152752	-	Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	HC	152752	-	Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	HC	152752	-	19, 342	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1
2018	HC	152752	-	Coffin v. Estados Unidos	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	HC	152752	-	R. v. Pearson(1992) 3 S.C.R. 665	Suprema Corte do Canadá	1
2018	HC	152752	-	Acórdão nº 273/2016	Tribunal Constitucional de Portugal	1
2018	HC	152752	-	Coffin v. Estados Unidos	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	HC	152752	-	R. v. Pearson(1992) 3 S.C.R. 665	Suprema Corte do Canadá	1
2018	HC	152752	-	Sentencia de Unificación (SU) nº 559, de 1997	Corte Constitucional da Colômbia	1
2018	HC	152752	-	Herrera Ulloa vs. Costa Rica	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	HC	152752	-	Ricardo Canese vs. Paraguay	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	HC	152752	-	Rosendo Cantú y outra vs. México	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	HC	152752	-	Mohamed vs. Argentina	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1
2018	RE	888815	-	Pierce v. Society of Sisters (1925)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	RE	888815	-	Wisconsin v. Yoder (1972)	Suprema Corte dos Estados Unidos	1
2018	RE	888815	-	Konrad v. Germany	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	RE	888815	-	Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Dinamarca	Corte Europeia de Direitos Humanos	1

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente <sup>79</sup>	Corte	Nível
2018	RE	888815	-	Konrad v. Germany	Corte Europeia de Direitos Humanos	1
2018	RE	888815	-	Sentencia 133/2010	Tribunal Constitucional da Espanha	1
2018	RE	888815	-	2 BvR 920/14	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	1

## Anexo C – Citações com nível 2

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente	Corte	Nível
2014	RE	658312	-	Acórdão nº 39/84	Tribunal Constitucional de Portugal	2
2015	ADI	4650	-	BVerfGE 20,56	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	2
2015	ADI	4650	-	BVerfGE 6,273	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	2
2015	ADI	4815	-	Lingens v. Austria	Corte Europeia de Direitos Humanos	2
2015	ADI	4815	-	Lüth	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	2
2018	ADI	4874	-	Microsoft Corp. v. Commission of the European Communities (Case T-201/04)	Tribunal de Justiça da União Europeia	2
2018	ADI	5794	-	Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31 (2018)	Suprema Corte dos Estados Unidos	2
2013	AP	470	26º AgRg e QO	Mohamed vs. Argentina	Corte Interamericana de Direitos Humanos	2
2013	AP	470	26º AgRg e QO	Barreto Leiva vs. Venezuela	Corte Interamericana de Direitos Humanos	2
2013	ADI	4357 (e 4425)	-	Hornsby v. Grécia	Corte Europeia de Direitos Humanos	2
2016	ADI	4983	-	Animal Elfare Board of India v. A. Nagaraja & Ors. (Civil Appeal No. 5387 of 2014)	Suprema Corte da Índia	2
2016	ADI	4983	-	BVerfG 1783/99	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	2

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente	Corte	Nível
2016	ADC	44 (e 43)	MC	Maria da Penha Fernandes vs. Brasil	Comissão Interamericana de Direitos Humanos	2
2016	ADC	44 (e 43)	MC	Sétimo Garibaldi versus Brasil	Corte Interamericana de Direitos Humanos	2
2016	ADC	44 (e 43)	MC	Ximenes Lopes versus Brasil	Corte Interamericana de Direitos Humanos	2
2017	ADI	750	-	Gibbons v. Ogden	Suprema Corte dos Estados Unidos	2
2017	PET	7074	Mérito e QO	Caso Enzo Tortora	Corte Constitucional da Itália	2
2017	RE	522897	-	Strafgefängene (BVerfGE 33, 1 (12))	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	2
2018	ADI	4275	-	Atala Riffo e Cirañas vs. Chile	Corte Interamericana de Direitos Humanos	2
2018	HC	152752	-	Maria da Penha Fernandes vs. Brasil	Comissão Interamericana de Direitos Humanos	2
2018	HC	152752	-	Ximenes Lopes vs. Brasil	Corte Interamericana de Direitos Humanos	2
2018	HC	152752	-	Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão	Comissão Interamericana de Direitos Humanos	2
2018	RE	888815	-	Sentença n. 133/2010	Tribunal Constitucional da Espanha	2
2013	AP	470	26º AgRg (e QO)	Sentença n. 51 de 1985	Tribunal Constitucional da Espanha	2
2013	AP	470	26º AgRg (e QO)	Sentença n. 66 de 2001	Tribunal Constitucional da Espanha	2
2016	ADI	4983	-	Noah v. The Attorney General, HCJ 9232/01	Suprema Corte de Israel	2

### Anexo D – Citações com nível 3

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente	Corte	Nível
2013	AP	470	26º AgRg e QO	Barreto Leiva vs. Venezuela	Corte Interamericana de Direitos Humanos	3
2013	MS	32033	AgRg	BVerfGE 82, 322	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	3
2014	ARE	709212	-	Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)	Suprema Corte dos Estados Unidos	3

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente	Corte	Nível
2014	ARE	709212	-	Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965)	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2014	ARE	709212	-	Strafgefängene (BVerfGE 33, 1 (12))	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	3
2015	ADPF	347	MC	Brown v. Board of Education	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2015	ADI	4650	-	Citizens United v. FEC	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2015	ADI	4650	-	McConnel v. FEC	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2015	ADI	4650	-	Citizens United v. Federal Election Commission	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2015	ADI	4650	-	BVerfGE 85,264	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	3
2015	RE	580252	-	Hutto v. Finney, 437 U.S. 678 (1978)	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2016	ADI	4983	-	Recurso de inconstitucionalidad n. 7722-2010	Tribunal Constitucional da Espanha	3
2016	ADI	4983	-	BVerfGE 80, 137	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	3
2016	ADI	5501	MC	Nikolaus-Beschluss	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	3
2016	RE	641320	-	Brown v. Board of Education of Topeka	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2016	RE	641320	-	Coleman	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2016	RE	641320	-	Plata	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2017	RE	522897	-	Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2017	RE	522897	-	Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965)	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2017	ADC	41	-	Regents of the University of California v. Bakke	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2017	ADI	4439	-	Everson v. Board of Education	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2017	ADI	4439	-	Everson v. Board of Education	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2017	ADI	4439	-	Lautsi and Others v. Italy	Corte Europeia de Direitos Humanos	3
2017	ADI	4439	-	BverfGE 93, 1, de 16.3.1995	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	3

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente	Corte	Nível
2017	ADI	4439	-	1 BvR 241/66	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	3
2017	RE	574706	-	Dred Scott v. Sanford	Suprema Corte dos Estados Unidos	3
2018	RE	888815	-	Konrad v. Germany	Corte Europeia de Direitos Humanos	3

## Anexo E – Citações com nível 4

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente	Corte Externa	Nível
2015	ADI	4815	-	Olmedo Bustos vs. Chile	Corte Interamericana de Direitos Humanos	4
2015	ADI	4650	-	Buckley v. Valeo	Suprema Corte dos Estados Unidos	4
2015	ADI	4815	-	Von Hanover v. Germany (2004)	Corte Europeia de Direitos Humanos	4
2015	ADI	4815	-	Von Hanover v. Germany (2012)	Corte Europeia de Direitos Humanos	4
2015	ADI	4815	-	BVerfGE 7, 198 (Lüth)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	4
2015	ADI	4815	-	Lebach	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	4
2015	RE	580252	-	Ananyev e outros v. Rússia	Corte Europeia de Direitos Humanos	4
2015	RE	580252	-	Torreggiani et. al v. Itália	Corte Europeia de Direitos Humanos	4
2015	RE	580252	-	Rexhepi et al. v. Itálie	Corte Europeia de Direitos Humanos	4
2015	RE	580252	-	Stella et al. v. Itálie	Corte Europeia de Direitos Humanos	4
2015	RE	580252	-	Holt v. Sarver	Suprema Corte dos Estados Unidos	4
2015	RE	580252	-	Brown et al. v. Plata et al., 131 S. Ct. 1910, 1923 (2011)	Suprema Corte dos Estados Unidos	4
2015	RE	580252	-	Sentencia 153/98	Corte Constitucional da Colômbia	4
2015	RE	593727	-	McCulloch v. Maryland	Suprema Corte dos Estados Unidos	4
2016	RE	827833	-	BVerfG, 1 BvR 79/09	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	4
2016	ADC	44 (e 43)	MC	Caso Meninos Emasculados	Comissão Interamericana de Direitos Humanos	4

Ano	Classe	Número	Incidente	Precedente	Corte Externa	Nível
2016	ADI	4983	-	Décision n. 2012-271 QPC du 21 septembre 2012	Conselho Constitucional da França	4
2017	ADI	4439	-	Folgero e Outros v. Noruega	Corte Europeia de Direitos Humanos	4
2017	ADI	4439	-	Zengin v. Turquia	Corte Europeia de Direitos Humanos	4
2018	ADC	42	-	Baltimore Gas & Electric Co. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (462 U.S. 87, 1983)	Suprema Corte dos Estados Unidos	4
2018	ADC	42	-	Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (467 U.S. 837, 1984)	Suprema Corte dos Estados Unidos	4
2018	ADC	42	-	Robertson v. Methow Valley Citizens Council (490 U.S. 332, 1989)	Suprema Corte dos Estados Unidos	4
2018	ADI	4451	-	Mephisto	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	4
2018	ADI	4451	-	Lebach (BVerfGE 35, 202)	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	4
2018	RE	888815	-	Wisconsin v. Yoder	Suprema Corte dos Estados Unidos	4

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Suprema Imprecisão:** a metodologia em Direito Constitucional Comparado e as deficiências em seu uso pelo Supremo Tribunal Federal

**Supreme Imprecision:** the methodology in Constitutional Comparative Law and the deficiencies in its use by the Brazilian Supreme Court

Alonso Freire

Hugo Sauaia

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Suprema Imprecisão: a metodologia em Direito Constitucional Comparado e as deficiências em seu uso pelo Supremo Tribunal Federal\*

## Supreme Imprecision: the methodology in Constitutional Comparative Law and the deficiencies in its use by the Brazilian Supreme Court

Alonso Freire\*\*

Hugo Sauaia\*\*\*

### Resumo

O presente estudo inicia com um questionamento fundamental feito pelo juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte norte-americana, sobre a pertinência da utilização de precedentes oriundos de outras Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes nas decisões particulares de um país. Desta discussão, pretendeu-se reconstruir com o recurso à dogmática, as etapas e métodos utilizáveis pelo Direito Constitucional Comparado, desde abordagens tradicionais a abordagens críticas. Em seguida, realizou-se pesquisa empírica na ferramenta de busca por jurisprudência disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, por aquelas decisões que indicassem a referência ao uso de “direito comparado”, o que resultou em 41 (quarenta e uma) indicações a Informativos, que são depositários de decisões selecionadas como relevantes na história da Corte, e que foram analisados, um a um, a fim de identificar a forma como ela vem utilizando tal recurso, com seus limites, erros e acertos. O resultado é uma breve, porém, profunda análise quantitativa e qualitativa sobre a imprecisão no uso de referidos precedentes da experiência estrangeira em um conciso e elucidativo panorama que abrange décadas de decisões do Tribunal.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional Comparado. Supremo Tribunal Federal. Metodologias.

### Abstract

This study begins with a fundamental question proposed by the former Justice of the Supreme Court of the United States Antonin Scalia concerning the relevance of using precedents from other Constitutional or Supreme Courts in a country's particular legal decisions. From his argumentation it was intended to rebuild with the help from theoretical studies, the stages and methods applied by Comparative Constitutional Law, since traditional approaches to critical ones. It was diagnosed then, the epistemological fea-

\* Recebido em 04/10/2019  
Aprovado em 16/05/2020

\*\* Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal. Email: alonsoreis@gmail.com

\*\*\* Doutorando em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Professor da Universidade CEUMA. Advogado. Email: hugosauaiadvocacia@gmail.com

tures that are possible and acceptable for a scientific usage of this legal branch. Following, empirical research took place with the help of the Brazilian Supreme Court search mechanism for precedents withing the Court's data base, searching for mentions of "comparative law", which resulted in 41 (forty one) indications of Informativos, which are sources for selected relevant cases from the Court's history, which were analysed, one by one, in order to identify the ways foreign precedents have been used: limits, mistakes and right choices. The result is a brief but deep - quantitative and also qualitative - analysis on the imprecision of these precedents use in a concise but yet elucidative overview which encompasses decades of the tribunal's decisions.

**Keywords:** Comparative Constitutional Law. Brazilian Supreme Court. Methodologies.

## 1 Introdução

A hipótese que se pretende examinar neste artigo é a de que o Supremo Tribunal Federal não tem, em sua experiência decisória, uma metodologia ou abordagem bem definida de utilização e aplicação da experiência estrangeira em Direito Constitucional Comparado. Utilizaria sem critérios e sem a incursão necessária, decisões aleatórias – com forte destaque para a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, seja em razão do acesso mais fácil aos seus precedentes, seja pelo compreensível idioma inglês – sem, todavia, amparar, mesmo esses precedentes, na literatura jurídica do país de origem e no contexto político e histórico nacional de sua prolação.

Quanto à metodologia a ser utilizada, ela se dividirá em duas partes. De início, no tocante à sistematização dos parâmetros adequados para as incursões no material de outras Cortes em matéria constitucional, a metodologia será eminentemente dogmática, realizada por meio de pesquisa bibliográfica e estudo analítico da literatura disponível e atual sobre o tema, em sintonia com as posições doutrinárias mais sólidas possíveis, dentro de uma perspectiva lógica e fundamentada.

Em uma segunda parcela do trabalho, decisões do STF serão objeto de análise qualitativa e qualitativa sob o crivo desses pressupostos. Partir-se-á da análise de to-

dos os Informativos<sup>1</sup> de Jurisprudência produzidos pela própria Corte, acessíveis por meio de sua base *online* a partir da busca pela expressão *direito comparado*. Destacam-se, por intermédio da utilização deste mecanismo, sem restrições a anos, relatores ou órgãos, 41 (quarenta e um). Informativos<sup>2</sup>, que foram lidos e examinados, para permitir o exame e posteriores conclusões. Tais Informativos atendem a uma grande diversidade de conteúdos, e são destacados pela própria assessoria administrativa como casos relevantes no histórico decisório do Tribunal, permitindo, assim, a atenção a amostra significativa de julgados, disponíveis pelo meio mais utilizado para acesso por pesquisadores e profissionais da área jurídica em geral.

Ao final, pretende-se diagnosticar criticamente, a partir da análise quantitativa e qualitativa dos precedentes do STF, em cotejo com a construção teórica já exposta, como esta Corte vem guiando suas decisões por tais amostras de Direito estrangeiro, e se o acolhimento de tais posições atende a alguma das modalidades científicas de pesquisa antecipadas. Ao final trar-se-á à luz uma realidade que hoje permanece apagada, uma visão mais ou menos panorâmica, sobre o uso pelo STF da jurisprudência em Direito Constitucional Comparado e suas particularidades.

## 2 Da pesquisa em Direito Constitucional Comparado: relevância e metodologia.

Em janeiro de 1998, diante de uma realidade distinta, e em certa medida incompreensível para os mais jovens, se podia fumar a bordo de aeronaves comerciais. Abid Hanson, um médico egípcio, asmático, e alérgico à fumaça de cigarros, embarcou em uma aeronave da *Olympic Airways*, na qual viajaria do Cairo para Nova Ior-

<sup>1</sup> Os Informativos consistem em precedentes da própria Corte, selecionados por sua assessoria técnica, e que pretendem veicular, uniformemente, decisões relevantes, que inovam ou mantêm orientações já consolidadas. Não sendo possível a análise de todo o acervo do STF, por razões óbvias de extensão, os Informativos parecem delimitar, com razoável relevância e alcance, aquelas decisões representativas do *modus operandi* do Tribunal, e que permitam a verificação de como tem decidido em matéria de utilização de Direito Comparado Constitucional.

<sup>2</sup> Pesquisa realizada no site do STF (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em: 28 ago. 2019).

que, uma viagem longa. Tendo solicitado assentos para não-fumantes, fora surpreendido com a sua colocação a apenas três fileiras de fumantes. Mesmo diante de suas súplicas e de sua esposa, os comissários de bordo não consentiram em providenciar a sua mudança de lugar, tanto logo no embarque, quanto minutos depois, ao sofrer os primeiros sinais da forte reação alérgica que o levaria à morte.

A esposa de Abid Hanson, Rubina Hanson, processou, então, a companhia aérea, buscando responsabilizá-la. Ela obteve decisões favoráveis em primeiro e segundo graus. A *Olympic Airways* recorreu à Suprema Corte norte-americana, que manteve as decisões, entendendo correta a aplicação, pelas instâncias inferiores, da Convenção de Varsóvia, considerando acidente indenizável a negativa de auxílio ao passageiro.

Na Suprema Corte, o juiz Antonin Scalia protagonizaria, em seu voto vencido neste julgamento, verdadeira ironia, ao afirmar que a repentina insularidade da Corte – por adotar compreensão distinta de outros Tribunais estrangeiros – seria assustadora, já que em anos recentes teria ela “[...] examinado cuidadosamente a lei prevalente em outras nações a fim de determinar o significado da Constituição Americana, com a qual tais nações não contribuíram, e cujas Cortes não têm a tarefa de fazer cumprir”<sup>3</sup>. A observação seria apenas uma das várias objeções levantadas pelo juiz Scalia, quanto ao uso, sem metodologia aparente, da jurisprudência constitucional de outros países, e a forma como serviria de fundamento – ou subterfúgio – para a compreensão do direito nacional.

Em outro momento, discutiria a Suprema Corte a existência de um direito individual de processar o Estado por violações a Direitos Humanos. Humberto Alvarez-Machain havia sido sequestrado pela *DEA – Drug Enforcement Administration*, agência federal de combate ao tráfico de drogas, e levado aos Estados Unidos, para que fosse acusado criminalmente. Uma vez absolvido, processou a União em razão dos atos promovidos para a sua captura ilegal no estrangeiro e deslocamento ao país. O juiz Scalia seria ainda mais ácido agora em 2004, em sua opinião concorrente, ao afirmar, que “[...] os próprios Constituintes, estou convicto, se assustariam

pela proposição que, por exemplo, a adoção democrática pelo povo americano da pena de morte, poderia ser reconhecida nula em razão da visão de censura de estrangeiros”. Aduziu, ainda, que a compreensão de que o uso da convicção jurídica estrangeira, “[...] sobre qualquer assunto, poderia ser usada para controlar o tratamento soberano de seus próprios cidadãos, dentro seu próprio território, é uma invenção de professores internacionalistas do Século XX e advogados de direitos humanos”<sup>4</sup>.

Scalia admitiria, posteriormente, o uso da experiência judicial de outros países, mas unicamente como fonte de exemplos e experiências que possam ser usados para modificar as leis, ou mesmo, por meio do procedimento formal adequado, alterar a própria Constituição. Quanto às possíveis consultas, pelas Cortes norte-americanas, permaneceria coerente com suas opiniões e rigor, para afirmar que seriam legítimas tão somente quando estivessem sob análise a aplicação de Tratados ou Convenções Internacionais. Suas objeções assim, seriam tanto metodológicas, quanto relativas à legitimidade constitucional e democrática da utilização das soluções de Direito comparado:

Se existia algum pensamento absolutamente estranho aos constituintes do nosso país, certamente seria a noção de que nós Americanos deveríamos ser governados da mesma forma que Europeus o são... Que razão existe para se acreditar que outras disposições de um país estrangeiro sejam tão obviamente adequadas à moral e às maneiras de nosso povo que possam ser judicialmente impostos por meio de decisões judiciais? Seria mesmo uma função apropriada para a juízes quais são e quais não são?<sup>5</sup>

As opiniões de Scalia ilustram muito bem as dificuldades enfrentadas para o uso adequado do direito constitucional em sua perspectiva comparada. O objetivo deste artigo não é, particularmente, o de adentrar aos argumentos relativos à legitimidade do uso da experiência estrangeira por Cortes Supremas ou Constitucionais, em especial no cenário brasileiro. Parte-se, todavia, de pressupostos já expostos alhures. Primeiro, de uma constatação prática, a de que o uso do direito estrangei-

<sup>3</sup> UNITED STATES. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Olympic Airways v. Husain*, 540 U.S. 644 (2004). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/644/>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>4</sup> UNITED STATES. THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692. 2004. Disponível em: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep542/usrep542692/usrep542692.pdf>. Acesso em: 28 ag. 2019.

<sup>5</sup> SCALIA, Antonin. Keynote address: Foreign Legal Authority in the Federal Courts. *Proceedings to the Annual Meeting*, Cambridge, v. 98, march/april, p. 305-310, 2004.

ro na interpretação constitucional por tribunais nacionais em suas decisões é hoje cada vez mais comum ao redor do mundo, tem sido observada em vários países, como, por exemplo, África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Hungria, Índia, Inglaterra, Israel, Itália e Rússia. Daí a necessidade de estudá-lo como fenômeno jurídico.<sup>6</sup>

À guisa de justificativa normativa abrangente<sup>7</sup>, se reconhece que dois fundamentos seriam suficientes para admitir a utilização de precedentes estrangeiros. O primeiro deles é um argumento muito utilizado pelos entusiastas da invocação judicial voluntária do direito estrangeiro: a possibilidade de se aprender com outras jurisdições, uma vez que cada qual é, sem sombra de dúvidas, amálgama e miríade de casos e experiências que frequentemente se repetem e se sobrepõem. O segundo, por sua vez, é a aplicação em nível transnacional de uma reconhecida máxima: o dever de tratar casos iguais de forma igual, corolário lógico e pressuposto real da noção de isonomia como igual valorização da vida humana. Não há Constituição democrática que negue, parece fácil afirmar, mesmo que em extensões divergentes, a igualdade como máxima, e, da mesma forma, não parece haver sistema jurídico e constitucional, não-autocrático, que negue a experiência humana, representada também em jurisprudência, como fonte de aprendizado e amadurecimento:

Um cientista não pensa em prosseguir em uma investigação sobre a gravidade ou energia sem referência ao trabalho já realizado pela comunidade científica. Ele se baseia em e começa a partir de resultados estabelecidos e verificados. E o mesmo é verdade para o direito. Nós não tentamos resolver [nossos] problemas como se o mundo nunca tivesse lidado com eles. Damos atenção para o que outros juristas fizeram ao enfrentarem o problema. Tratamo-lo como um problema a ser resolvido dando atenção às opiniões estabelecidas pela ciência jurídica – a experiência que compartilham muitos sistemas jurídicos em combatê-lo, esclarecê-lo, analisá-lo, de resolver reivindicações rivais e direitos

<sup>6</sup> FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. *Publicum*, Rio de Janeiro, v. 2, n.1, 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/>. Acesso em: 20 jun. 2017.

<sup>7</sup> Destaca-se, desde logo, que o presente trabalho parece corroborar, no tocante à relevância e possível utilização adequada do Direito Constitucional Comparado, com outros trabalhos anteriormente publicados neste periódico. Cf. HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*. V.12, n.2, 2015.

em colisão, princípios e valores que se juntam em questões desse tipo.<sup>8</sup>

Acredita-se, todavia, que a utilização de metodologia adequada,<sup>9</sup> própria ao Direito Constitucional Comparado, seja mecanismo que permitirá a resposta a um dos questionamentos mais interessantes e relevantes para a discussão da legitimidade da utilização de tal recurso argumentativo, problema maior no qual está de certa forma imerso este estudo, mais que transborda seus limites: o de como usar casos semelhantes, de sistemas semelhantes, sem o risco de incorrer-se, por ausência de critérios reais de escolha e seleção, em mera abordagem pautada em verdadeiros argumentos de autoridade, em mera referência a sistemas de países supostamente em estágio mais avançado de desenvolvimento institucional.

A utilização aleatória incorre, assim, em duplo erro, pois além de pautar-se em suposta superioridade intelectual ou experimental – denotando o que Mangabeira Unger chama de imitação e mistura de constituições adotadas nos países do Atlântico Norte, um traço de subserviência intelectual e mentalidade colonialista<sup>10</sup> – não serve de critério científico, corroborando possíveis falácias argumentativas e solipsismos, pela via da seleção de casos particularmente melhores para a representação da opinião pessoal do julgador.

<sup>8</sup> WALDRON, Jeremy. *Partly laws common to all mankind: foreign law in american courts*. New Haven: Yale University Press, 2012. p. 103.

<sup>9</sup> “Segundo Samuel, para escapar dessa análise incompleta é fundamental pensar o direito comparado dentro de uma perspectiva epistemológica investigativa, driblando a perspectivada autoridade normativa que é marca dos trabalhos de pesquisa que analisam o direito num panorama interno. Mas porque a metodologia, e consequentemente o método, esse temido companheiro dos pesquisadores, é tão importante para o direito comparado? Essa é uma incômoda pergunta, que poucos pesquisadores do direito gostam de fazer. A complexa relação entre a pesquisa científica jurídica e os métodos utilizados por ela é bem conhecida da academia. Alguns autores alegam, inclusive, que a pesquisa jurídica é lamentavelmente marcada pela ausência do rigor do método, que, ao contrário, contribui de maneira importante em outras searas para uma melhor produção de conhecimento (LARENZ, 2014, p. 3). Essa realidade, contudo, não pode ser expandida para todas as disciplinas jurídicas. O direito comparado vem há anos debatendo insistentemente questões relativas ao método. A comparação jurídica vem se firmando como uma ação profícua para esse tipo de questão. Esse debate se torna ainda mais importante na medida em que hoje comparar sistemas jurídicos distintos se tornou quase que compulsório para a pesquisa jurídica (VAN HOECKE, 2014, p. 1).” DUTRA, Deo Campos. Métodos em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, set./dez. 2016.

<sup>10</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio-ago. 2011.

Uma abordagem analítica e construída dentro do rigor metodológico adequado e antecipável permitirá, ao menos, a localização do problema e a compreensão de quando, como e em que grau usar precedentes estrangeiros, e poderá servir de referencial teórico-prático para o cotejo da experiência da própria atuação de Cortes específicas, como o Supremo Tribunal Federal (STF).

Ao se consultar a literatura mais tradicional, descobre-se que a pesquisa comparativa consiste em três fases distintas: fase identificativa, fase descritiva e fase de explicação<sup>11</sup>. Primeiro, todo pesquisador deve decidir sobre qual questão ele deseja pesquisar e escolher em qual ou em quais sistemas jurídicos ele deseja realizar sua pesquisa. Segundo, o pesquisador precisa descrever o objeto de sua pesquisa nos sistemas jurídicos escolhidos. Terceiro, ele precisa tentar explicar as semelhanças e diferenças encontradas no que diz respeito ao seu objeto de pesquisa. Uma quarta etapa tem sido incluída por alguns autores recentes. Nela, o pesquisador deve avaliar seus achados empíricos.

Com dito resumidamente, na **primeira etapa** duas decisões precisam ser tomadas. Primeiro, o que pesquisar. Mas antes de se avançar é preciso esclarecer que existem dois níveis distintos de comparação: macro-comparação e micro-comparação<sup>12</sup>. Tradicionalmente, o nível macro tem sido relacionado à comparação entre sistemas jurídicos de diferentes nações (ex. os direitos alemão, francês, inglês etc.). Nesse nível, é o próprio sistema jurídico como um todo – direitos infranstitucional e constitucional – que figura como objeto da pesquisa. Mas, no mundo, o número de sistemas jurídicos é quase idêntico ao número de países. No entanto, com alguns critérios, tem sido possível agrupar diferentes sistemas jurídicos em *tradições jurídicas* (ex. *civil law*, *common law*, direito talmúdico, direito islâmico etc.), que são formas mais genéricas<sup>13</sup> que também podem ser ob-

jetos de comparação em nível macro<sup>14</sup>.

Por outro lado, o nível micro relaciona-se tradicionalmente a elementos que compõem os sistemas jurídicos ou que são encontrados em tradições jurídicas. Nesse nível, os pesquisadores podem decidir pesquisar sobre os mais variados temas e objetos jurídicos. Por exemplo, normas (ex. liberdade, igualdade etc.), conceitos jurídicos (razoabilidade, eficiência etc.), instituições jurídicas (tribunais, parlamentos etc.), institutos jurídicos (*amparos*, veto etc.), métodos de interpretação (gramatical, sistemático etc.), decisões etc.

No nível micro, um problema surge quando nos países ou tradições escolhidos não existe o objeto da investigação. Seria o caso por exemplo de se desejar pesquisar referendos e plebiscitos em um sistema no qual esses institutos não existem. Quanto a esse problema, muitos comparatistas afirmam que o erro está na abordagem focada no objeto a ser investigado. Eles sustentam que a abordagem deve ser baseada na solução dada pelo sistema a determinado problema. Em outras palavras, e considerando o exemplo, eles querem dizer que os pesquisadores na verdade devem pesquisar quais soluções os sistemas escolhidos oferecem para a participação popular. Portanto, essa abordagem funcionalista compara as possíveis soluções oferecidas pelos sistemas escolhidos para questões específicas e reais.

Quando o pesquisador resolve realizar micro-comparações, uma segunda decisão precisa ser tomada. Essa decisão diz respeito à questão sobre quais sistemas jurídicos ou quais tradições jurídicas ele deve incluir em sua pesquisa. Pelo menos duas questões práticas devem ser consideradas nessa escolha. A primeira diz respeito à quantidade de sistemas a serem incluídos. Obviamente, sua pesquisa pode ser feita em mais de um sistema e em mais de uma tradição ou mesmo em sistemas jurídicos de uma mesma tradição (ex. direito alemão e francês, ambos da *common law*). É claro que, além do idioma, a escolha dos países depende do tópico a ser analisado. Para o iniciante, é aconselhável a inclusão de três países. Explica-se: não se compara um país com ele próprio, exceto na dimensão do tempo; a redução a dois países pode enfatizar excessivamente o contraste ou as seme-

<sup>11</sup> CRUZ, Peter de. *Comparative Law in a Changing World*. 2nd edn. London: Routledge Cavendish, 1999. p. 233-239; ÖRÜCÜ, Esin. Methodological Aspects of Comparative Law. *European Journal of Law Reform*, [S. l.], v. 8, p. 29-42, 2006; SIEMS, Mathias. *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 13 e ss; DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: Study of Similarities or Differences? In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 406-419.

<sup>12</sup> ÖRÜCÜ, Esin. *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for Twenty-First Century*. Leiden: Martius Nijhoff, 2004. p. 40.

<sup>13</sup> Sobre a superação da ideia de *famílias jurídicas* pela noção de *tradições jurídicas*, confira GLENN, H. Patrick. Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions. In: REIMANN, Mathi-

as; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 421-440.

<sup>14</sup> Confira por todos, GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

lhanças; com três países, é mais fácil estabelecer o que determina tanto as semelhanças e diferenças, isolando explicações possíveis. Tradicionalistas aconselham a escolha de sistemas nem muitos estranhos nem tão familiares, especialmente em primeiras pesquisas comparadas. Assim, não é aconselhável que um pesquisador brasileiro familiarizado com este sistema envolva em sua pesquisa os sistemas talmúdicos e islâmico, exceto se ele tiver familiaridade com eles e não tenha dificuldades com os idiomas envolvidos.

É claro que a escolha dos sistemas jurídicos pode influenciar o resultado da pesquisa, e isso não é negativo. Por essa razão, o pesquisador precisa, antes de escolher os sistemas, tentar antecipar que tipos de diferenças e semelhanças são possíveis identificar entre os sistemas que ele pode escolher. Essa antecipação é possível, já que o pesquisador já tem em mente certo número de ideias e elementos informativos que o levam a escolher o tópico de pesquisa e os sistemas.

A **segunda questão** diz respeito às fontes de pesquisa. Tradicionalmente, na pesquisa jurídica, dois tipos de fontes são reconhecidos: as primárias e as secundárias. É recomendado que uma primeira pesquisa se limite às fontes primárias (legislação, resoluções, decisões judiciais, decisões administrativas etc.). Quanto às decisões judiciais e administrativas, por exemplo, uma limitação adicional pode ser feita: o pesquisador pode restringir suas pesquisas a um determinado tribunal ou a outros órgãos, como conselhos administrativos, por exemplo. Essa limitação evidentemente deve considerar a relação entre competência do tribunal ou órgão em questão e o tópico da pesquisa. A consulta a fontes secundárias (artigos, livros especializados etc.), a princípio, também deve obedecer à exigência do idioma original. Quanto a essas últimas fontes, é recomendado que sejam de autoria de estudiosos nacionais reconhecidos e com inquestionável familiaridade com o tópico da pesquisa, a tradição ou o sistema sob análise.

Essa etapa consiste em uma descrição de normas, conceitos, doutrinas, decisões, instituições e outros objetos de pesquisa. Não há dúvidas de que existem diferentes perspectivas para a descrição de um objeto. Com respeito ao direito e seus elementos não poderia ser diferente. Assim, um

comparatista pode tentar descrever uma lei estrangeira a partir de seu próprio ponto de vista, como um observador. Ele também pode se esforçar e tentar descrevê-la a partir do ponto de vista do sistema jurídico (ou tradição legal) ao qual ela pertence, como um participante, o que lhe exige maior esforço. Por último, o comparatista pode tentar descrever a mesma lei de um ponto de vista neutro, o que é controverso e cuja possibilidade hoje é bastante questionada. Em geral, tradicionalistas se opõem à primeira opção e se mostram divididos quanto às duas últimas<sup>15</sup>. É que, quanto a primeira, eles afirmam que não devemos deixar a pesquisa ser influenciada pelas compreensões que temos sobre o nosso próprio sistema. Por exemplo, um jurista familiarizado com o sistema jurídico norte-americano, ao estudar o sistema jurídico da Inglaterra, não pode concluir que neste último não há precedentes judiciais simplesmente baseando-se no que a cultura jurídica norte-americana compreende por precedentes judiciais. Nos dois países e em outros mais, o significado de *precedente judicial* pode variar. Mas isso não significa que esse instituto jurídico não existe em alguns lugares apenas por não corresponder àquilo que o sistema do próprio pesquisador reconhece como precedente judicial.

No que diz respeito às duas últimas opções acima mencionadas – descrição do ponto de vista interno e neutralidade descritiva –, alguns estudiosos insistem que o comparatista deve se esforçar em apresentar o tópico de sua pesquisa da mesma maneira que um jurista *nativo* o faria se lhe fosse solicitado. Outros acreditam que o comparatista pode, sim, realizar uma descrição neutra, sobretudo se ele adotar a abordagem funcionalista, sobre qual ainda falaremos.

Ainda sobre a etapa da descrição, comparatistas discutem sobre se seria aconselhável ou não a tradução de termos jurídicos estrangeiros. De fato, há riscos, já que qualquer forma de tradução pode deixar escapar importantes aspectos e detalhes do que é traduzido, provocando distorções conceituais. No direito não é diferente. Indiscutivelmente, muitos termos jurídicos possuem significados enraizados na cultura jurídica. Com efeito, embora eles possam ter correspondentes no idioma

<sup>15</sup> SIEMS, Mathias. *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 16-17.

do pesquisador, seu real significado e sua real aplicação podem ser bastante diferentes. Imagine-se um pesquisador de sistemas jurídicos cujo o idioma seja o inglês, este pode muito facilmente ter problemas com o termo *precedent*, que para muitos parece ser de simples tradução, mas cujo significado real varia enormemente de um sistema para outro, acarretando dificuldades para o pesquisador. Foi o que ocorreu na prática com um pesquisador que, diante das múltiplas concepções de precedentes com as quais se deparou em sua pesquisa, julgou apropriado dar o seguinte título à sua tese: *Raciocinando com Decisões Anteriores* ao invés de ... *com Precedentes*<sup>16</sup>.

Sobre a tradução de termos, existem duas posições. Adeptos da primeira sustentam que a tradução é necessária tendo em vista que os leitores não são obrigados a conhecer os termos originais encontrados pelo pesquisador. A tradução dos termos facilitaria sua compreensão ampliando o público leitor. Na visão oposta estão aqueles que sustentam que a tradução pode acarretar compressões equivocadas, seja pela simplificação excessiva, seja pelo seu exagerado distanciamento.

Há uma alternativa para esse dilema. Primeiro, o comparatista pode tentar aplicar linguística jurídica comparativa<sup>17</sup>. Esta via é difícil. Segundo, pode o comparatista elaborar uma tradução ao termo ou expressão mantendo a versão original entre colchetes, quando aparecerem pela primeira vez no artigo. Essa última opção é mais comum e menos complexa. Ela pode ser acompanhada de uma explicação contextualizada do termo em nota de rodapé. Mas há termos cujos significados não geram maiores problemas de tradução devido à sua proximidade linguística e sua correspondência comparativa. Com isso, eles podem ser facilmente vertidos ao idioma do texto ou do público alvo.

Outro aspecto, ainda quanto a essa segunda etapa, envolve a questão a propósito do que considerar como *direito* nos sistemas estudados. Embora a discussão teórica em torno da questão “*o que é o Direito?*” seja importante e fundamental, comparatistas - especialmente os

tradicionalistas - aconselham o pesquisador iniciante a não se engajar nessa discussão e a considerar o direito apenas como o sistema jurídico em questão o considera. Isso, evidentemente, exige, em alguns casos, uma análise preliminar sobre quais são as fontes jurídicas reconhecidas pelo sistema sob análise. A questão pode se tornar mais difícil quando o sistema jurídico não menciona expressamente quais são suas fontes ou quando as remete a outra disciplina<sup>18</sup>.

Alguns tradicionalistas<sup>19</sup> consideram que aspectos sociológicos, econômicos, históricos e culturais locais precisam ser considerados pelo pesquisador já na etapa da descrição. Esses aspectos serviriam para esclarecer, por exemplo, porque determinadas fontes são reconhecidas pelos sistemas analisados. Mas essa sugestão é controversa. É que esses aspectos podem comprometer a própria descrição. O ponto positivo é que a sua inclusão tornaria a pesquisa ainda mais interdisciplinar, agregando informações extrajurídicas à comparação logo nessa etapa. Parece, contudo, ser mais prudente deixar esses aspectos para a próxima etapa.

É intuitivo que a tarefa de comparar envolve, em alguma medida, a exploração de semelhanças e diferenças. De fato, isso forma parte da própria noção de direito comparado, já que não haveria sentido em se realizar uma comparação sem a identificação de semelhanças e diferenças.

Nessa **terceira etapa**, deve ser feita, em primeiro lugar, a identificação das diferenças e semelhanças entre os objetos de pesquisa. Aqui, dois passos são geralmente adotados pelos tradicionalistas. O primeiro deles é identificar as semelhanças e as diferenças. Essa identificação consiste numa abordagem de duas dimensões, uma formal e outra funcional<sup>20</sup>. A dimensão formal é voltada à análise do conteúdo das regras jurídicas comparadas. A segunda dimensão, por sua vez, é direcionada à verificação da aplicabilidade concreta dessas normas.

Após identificadas as semelhanças e diferenças é preciso explicá-las. As explicações podem ser buscadas em outros campos do conhecimento. Sem dúvidas, fatores econômicos, históricos, culturais, étnicos, filosó-

<sup>16</sup> O pesquisador é Jan Komárek. Sobre essa e outras dificuldades metodológicas em sua pesquisa, confira KOMÁREK, Jan. Reasoning with Previous Decisions. In: ADAMS, Maurice. (ed.). *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 49-73.

<sup>17</sup> Confira a respeito, JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knowledge. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 320-325.

<sup>18</sup> Por exemplo, a Constituição do Egito aprovada em 2012, mas já revogada, estabelecia em seu art. 2º que “[o] islã é a religião do Estado... Os princípios da Sharia islâmica são a principal fonte da legislação”.

<sup>19</sup> Op. Cit.

<sup>20</sup> SIEMS, Mathias. *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 20.

ficos, econômicos, políticos, religiosos e até geográficos podem fornecer boas razões para a existência de diferenças e semelhanças encontradas<sup>21</sup>. Evidentemente, o pesquisador precisa se considerar habilitado para analisar e correlacionar esses fatores às semelhanças e diferenças encontradas. Portanto, nessa etapa é exigido do pesquisador um maior esforço, sobretudo se ele não tiver familiaridade com outras áreas do conhecimento, como História, Política, Religião, Filosofia, Econômica, Antropologia etc. Evidentemente, é um risco para o pesquisador do Direito usar essas áreas com as *lentes* jurídicas.

Embora alguns autores expressem dúvidas sobre o papel crítico do pesquisador na comparação, podemos dizer que uma análise comparativa serve pelo menos para que ele possa fazer uma avaliação crítica do seu próprio sistema jurídico. Portanto, conhecendo outros sistemas, o pesquisador poderá avaliar e sugerir reformas ao seu próprio sistema jurídico a fim torná-lo mais justo ou eficaz. Como afirmam ainda Rafael Ferreira e Celine Anadon<sup>22</sup>:

As novas demandas dessa sociedade não podem eficazmente serem enfrentadas por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território ou mesmo pela dependência de uma racionalidade autoritária e impositiva que não se estrutura sob premissas partilháveis.

Uma das questões que mais tem atraído o interesse de comparatistas contemporâneos é o impacto de ideias jurídicas estrangeiras em sistemas jurídicos domésticos<sup>23</sup>. Mensurar com que frequência Cortes citam outras Cortes, sejam estas nacionais ou internacionais, tem sido objeto de muitos trabalhos importantes que dão corpo ao que pode ser chamado de *comparatismo judicial*. É evidente que o direito comparado quantitativo vai além do simples levantamento numérico. O parágrafo a seguir ilustra esse tipo de pesquisa.

Em uma pesquisa bastante abrangente<sup>24</sup>, Martin Gelter e Mathias Siems examinaram o uso de decisões estrangeiras nas Cortes não constitucionais da Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Itália e Suíça. Eles analisaram mais de 600.000 decisões proferidas entre 2000 e 2007 e encontraram um total de 1.430 citações de precedentes estrangeiros. Como algumas dessas Cortes têm competências diversas, eles limitaram a pesquisa a casos envolvendo apenas direito civil e direito penal. A partir desse levantamento, eles realizaram várias análises e concluíram, por exemplo, que algumas Cortes têm certas preferências: a Áustria citou 459 vezes a Alemanha e a Irlanda, 456 vezes a Inglaterra. Isso significa que um total de 915 - o equivalente a 64% - das citações foram de apenas dois países: Alemanha e Inglaterra. Os autores notaram também, por exemplo, que a Irlanda citou a Inglaterra em 98% dos casos; a Áustria, a Alemanha, em 94% dos casos; a Espanha, a Alemanha, em 88% dos casos; a Bélgica, a França, em 70%; a Suíça, a Alemanha, em 70% dos casos; e a Itália, a França em 67% dos casos. Eles especularam que talvez a linguagem e a similaridade da cultura jurídica sejam os fatores determinantes desses achados. Outras conclusões foram tiradas a partir da aplicação da técnica econométrica de regressão binomial negativa. Um número significativo de variáveis independentes foi examinado como potencialmente explicativas das diferenças encontradas<sup>25</sup>.

Evidentemente, esse tipo de pesquisa é do interesse de constitucionalistas. Sem dúvidas, a despeito de alguns desafios distintos, a metodologia quantitativa tem muito a oferecer ao estudo comparativo constitucional. Essa metodologia “[...] permite o comparatista resolver uma série de novas questões, assim como gerar novos *insights* em debates já existentes”<sup>26</sup>. Por exemplo, nos últimos anos tem-se constatado que muitas Cortes constitucionais e supremas têm feito uso de empréstimos constitucionais e internacionais<sup>27</sup>. Esses empréstimos podem

<sup>21</sup> Aqui, um ponto bastante interessante diz respeito à questão sobre se as semelhanças são contingentes ou genealógicas, o que leva ao tema hoje bastante discutido dos *transplants* legais.

<sup>22</sup> FERREIRA, Rafael F.; ANADON, Celine B. O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Revista de Direito Internacional*. V.12, n.2, 2015.

<sup>23</sup> GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 441-512.

<sup>24</sup> GELTER, Martin; SIEMS, Mathias. Citations to Foreign Courts - Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 62, n. 35, p. 35-86, 2014.

<sup>25</sup> As mensurações de influência de trabalhos acadêmicos e de leis estrangeiras e internacionais em decisões judiciais também são possíveis.

<sup>26</sup> MEUWESE, Anne; VERSTEEG, Mila. Quantitative Methods for Comparative Constitutional Law. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (eds.). *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 231.

<sup>27</sup> Confira, por exemplo, CHOUDHRY, Sujit. *The Migration of*

ser de normas estrangeiras e internacionais, bem como de decisões e precedentes de tribunais nacionais e internacionais. O fenômeno tem sido estudado a partir de diversas perspectivas, inclusive – talvez, necessariamente – quantitativa<sup>28</sup>. Mas “[...] os comparatistas também podem usar dados quantitativos para mapear o universo constitucional e identificar diferenças e semelhanças através de diferentes sistemas jurídicos, simplesmente sumarizando e contando dados quantitativos”<sup>29</sup>.

Em resumo, como afirma Mathias Siems, “[...] o direito comparado numérico pode contribuir para muitos temas centrais do direito comparado, tais como o direito judicial comparativo, transplantes legais, famílias jurídicas e comparações como uma base para se fazer recomendações políticas”<sup>30</sup>. Evidentemente, os números não afastam completamente as dúvidas: “[...] nós não podemos ter a certeza sobre o que esses números realmente nos dizem; portanto, o desafio é a interpretação das possíveis causas e consequências”<sup>31</sup>. Portanto, é recomendável a combinação de abordagens qualitativas e quantitativas, já que os números precisam ser interpretados.

### 3 Análise empírica do comportamento do Supremo Tribunal Federal quando da utilização de Direito Comparado

Ao longo das duas últimas décadas, o STF tem decidido, como nunca, questões constitucionais muito difíceis e importantes. Quanto aos direitos fundamentais, em particular, o Supremo Tribunal Federal tem decidido casos verdadeiramente históricos, com grande repercussão na sociedade. Nos últimos dez anos, o Tribunal dis-

cutiu questões moralmente complexas como, por exemplo, as relacionadas ao racismo e ao anti-semitismo<sup>32</sup>, ao reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo<sup>33</sup>, ao direito à interrupção da gestação de fetos inviáveis<sup>34</sup>, à prisão de depositário infiel<sup>35</sup>, ao uso de algemas<sup>36</sup>, à progressão de regime prisional<sup>37</sup>, à liberdade de expressão e manifestações favoráveis à descriminalização de drogas<sup>38</sup>, à eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>39</sup>, ao mandado de injunção<sup>40</sup>, ao sistema de cotas para ingresso no ensino superior em

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.424 – Rio Grande do Sul*. Relator Min. Moreira Alves, redator para Acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corporus-hc-82424-rs>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – Rio de Janeiro*. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Distrito Federal*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 349.703 – Rio Grande do Sul*. Relator Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 91.952-9 – São Paulo*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2008. Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.959-7 – São Paulo*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 – Distrito Federal*. Relator Min. Celso de Melo. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 201.819-8 – Rio de Janeiro*. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 670 – Espírito Santo*. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>. Acesso em: 27 set. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 708 – Distrito Federal*. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>. Acesso em: 27 set. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 712-8 – Pará*. Relator Min. Eros Grau. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/PDF/mi712.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

*Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006; HALMAI, Gábor. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1328-1348.

<sup>28</sup> GROPPi, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

<sup>29</sup> MEUWESE, Anne; VERSTEEG, Mila. Quantitative Methods for Comparative Constitutional Law. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (eds.). *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 232.

<sup>30</sup> SIEMS, Mathias. *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 186.

<sup>31</sup> SIEMS, Mathias. *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 186.

instituições públicas<sup>41</sup> e ao uso de células embrionárias em pesquisas científicas<sup>42</sup>. Não menos importantes foram, por exemplo, as decisões relativas à fidelidade partidária<sup>43</sup>, à constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>44</sup>, ao direito de minorias de requerer a instalação de comissões parlamentares de inquérito<sup>45</sup>, à demarcação de terras indígenas<sup>46</sup>, à constitucionalidade da lei de imprensa<sup>47</sup>, à constitucionalidade do Estatuto do Desarmamento<sup>48</sup>, à questão da chamada *Lei da Ficha Limpa*<sup>49</sup>, à proibição de nepotismo na administração pú-

blica<sup>50</sup>, à constitucionalidade da Lei de Anistia<sup>51</sup>, entre outras.

Em todos esses casos houve invocação de decisões e legislações estrangeiras e internacionais em quantidade surpreendente. É bem verdade que muitas Cortes constitucionais recorrem a essas fontes, mas, pelo menos em uma análise preliminar, é razoável concluir que o Supremo Tribunal Federal o faz em maior frequência, volume e intensidade, e sem adotar qualquer metodologia. Além disso, e o que é muito incomum em Cortes de outros países, há, no STF, ampla e deliberada invocação de doutrinas estrangeiras, sobretudo as de origem norte-americana e alemã<sup>52</sup>.

No tocante à jurisprudência do STF, é perceptível a tendência de invocação dessas fontes não apenas como parte do *obiter dictum*, mas também da *ratio decidendi*. Essa invocação, aliás, não aparece apenas nos votos individuais dos Ministros, mas também nas Ementas dos Acórdãos do Tribunal. No julgamento do famoso Habeas Corpus 82.424/Rio Grande do Sul, no qual o Tribunal entendeu, por maioria de votos, que a publicação de livro com conteúdo anti-semita caracterizaria crime de racismo, a invocação de legislação e jurisprudência constitucional estrangeira foi fundamental para a decisão, tanto que essa informação constou da Ementa do Acórdão:

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 189 – São Paulo*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21812440/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-189-sp-stf>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – Distrito Federal*. Relator Min. Ayres de Britto. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 26.602 – Distrito Federal*. Relator Min. Eros Grau. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/27706686/stf-mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367 – Distrito Federal*. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3367-df>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 24.831-9 – Distrito Federal*. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2005. Disponível em: [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185070&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185070&modo=cms). Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3.388 – Roraima*. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 – Distrito Federal*. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112-1 – Distrito Federal*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578 – Distrito Federal*. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 27 set. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 29 – Distrito Federal*. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 27 set. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 30 – Distrito Federal*. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 12 – Distrito Federal*. Relator Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 – Distrito Federal*. Relator Min. Eros Grau. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiariosstf/anexo/adpf153.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>52</sup> O uso de teorias estrangeiras foi objeto de intenso debate no Supremo Tribunal Federal. A discussão veio à tona durante a conclusão do item sobre corrupção ativa na Ação Penal 470, o processo do *Caso Mensalão*. Vários ministros fizeram uso especialmente da Teoria do Domínio do Fato, desenvolvida pelo jurista alemão Claus Roxin. Dentre as várias teorias usadas, esta foi a que gerou intensa polêmica dentro e fora do tribunal, precisamente por ter constituído parte da *ratio decidendi* da decisão. Também recentemente, o uso da doutrina norte-americana foi marcante na jurisprudência da Corte. Confira-se, por exemplo, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, no qual o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a adoção do sistema de cotas para ingresso no ensino superior em instituições públicas.

racial. Manifestação da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagram entendimento [de] que [se] aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

Em nossa pesquisa, foram analisados todos os Informativos de Jurisprudência produzidos pela própria Corte, acessíveis por meio de sua base *online* a partir da busca pela expressão *direito comparado*. Destacaram-se, por intermédio da utilização deste mecanismo, sem restrições a anos, relatores ou órgãos, 41 (quarenta e uma) referências<sup>53</sup>. Desses informativos são excluídos aqueles julgados que não dispunham ainda de acórdão ou decisão monocrática quanto ao seu mérito, assim como aquelas referências repetidas e julgados onde a menção constasse somente em voto-vista. Restaram assim 27 acórdãos ou decisões, de temas e relatorias diversas, sendo a mais antiga do ano de 2000, o RE 251445, Rel. Min. Celso de Mello (Informativo 197), e a mais recente o RE 638.491 Paraná, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17 de maio de 2017 (Informativo 865)<sup>54</sup>.

Verificou-se, assim, que em significativa parcela das decisões – treze – a Corte se limitou a fazer referências genéricas ao direito comparado, tendo-se por referência genérica a menção à suposta posição estrangeira, com rápida indicação de um ou mais países, sem a devida atenção sequer à análise da jurisprudência ou da literatura, e com citações esporádicas. Nessas hipóteses, a utilização corresponde a verdadeiro uso de argumento de autoridade, já que não há análise real da situação jurídica da questão em direito comparado, limitando-se o julgado a invocar a experiência estrangeira como uma espécie de fonte de autenticidade ou de validação da posição.

Não se encontrou, nesses 13 (treze) casos, um movimento real no sentido da construção de argumento metodologicamente construído a título de pesquisa específica de Direito Constitucional Comparado, já que inexistem análises de identidade entre os casos, circunstâncias que os originaram, ou mesmo justificativa na escolha daquelas amostras. Sequer é possível descrever

a natureza dessa análise. É forçoso concluir, em uma análise crítica, ainda que perfunctória, que as menções não agregam valor argumentativo à decisão, sendo, inclusive, dispensáveis<sup>55</sup>.

Em apenas 02 (dois) julgados, o STF foi um pouco mais longe (ADPF 54 – DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, julgada em 12 de abril de 2012 – Informativo 661 e Recurso Extraordinário - RE 638.491 – Paraná, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2 de maio de 2013 – Informativo 865), apresentando-se um item específico na decisão para a análise da situação em Direito Comparado. Ainda assim, não há uma metodologia declarada, não se justifica a escolha dos países, não se explora as semelhanças e divergências entre o contexto jurídico de cada ordenamento, e não se analisa criticamente o momento histórico anterior e posterior à decisão.

Não há ainda qualquer análise consequencialista quanto aos resultados da mudança, seu sucesso ou insucesso, justificativas para a adesão a caminho semelhante, no máximo aduz-se a razoável semelhança entre a redação do texto constitucional naqueles países. Ou seja, novamente se encontra estudo insuficiente para configurar uma abordagem válida de Direito Constitucional Comparado, nos termos em que já exposto, e que, assim, possa atender a modelos críticos ou mesmo tradicionais. Apesar da maior dedicação ao estudo da matéria, a construção carece de metodologia.

Em um grupo um pouco menor de julgados, composto por 12 (doze) decisões, a Corte se limitou a citar julgados ou a mencionar a opinião da literatura de autores estrangeiros, de modo a demonstrar a semelhança daquelas posições com a adotada no julgamento em questão. Não há dados empíricos ou maiores análises, a indicação segue uma métrica mais breve e resumida que o grupo anterior.

Quanto à citação a ordenamentos jurídicos ou à literatura estrangeira como recursos em identificação da posição em direito comparado, ficaram na frente a Alemanha, com 10 (dez) decisões, e em seguida os Estados Unidos da América, com menção em 07 (sete) decisões, seguidos por Portugal, França, Espanha, Itália, Reino

<sup>53</sup> Pesquisa realizada no site do STF (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em: 28 ago. 2019).

<sup>54</sup> Informativos 923, 865, 849, 841, 779, 771, 738, 732, 722, 719, 711, 710, 697, 663, 661, 658, 657, 656, 650, 632, 631, 614, 584, 554, 549, 467, 466, 419, 417, 376, 371, 351, 343, 310, 259, 198, 197 (referências 2, 26 e 36 em duplicidade e 41 um link vazio).

<sup>55</sup> Avaliação semelhante já fora realizada antes nesta Revista, sem, contudo, desenvolver-se pesquisa empírica como a aqui demonstrada, que pudesse apontar a extensão do fenômeno e suas sutilezas. HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*. V.12, n.2, 2015.

Unido e México. Há citações apenas esporádicas a outros países, como Argentina, Colômbia, Canadá, Cingapura, África do Sul, Austrália ou mesmo o Paquistão.

Conclui-se, assim, da análise empírica realizada, que se confirmou parcialmente a hipótese, uma vez que o Supremo Tribunal Federal não apresenta uma metodologia ou espécie de abordagem bem definida de utilização e aplicação de precedentes em Direito Constitucional Comparado. Utiliza, sem critérios científicos, e sem a incursão necessária, de decisões aleatórias – como auxílio às suas máximas argumentativas e argumento de autoridade pseudolegitimador de suas decisões, sem, todavia, amparar, mesmo esses precedentes, adequadamente na literatura jurídica do país de origem e no contexto político e histórico nacional de sua prolação.

Contudo, a Alemanha despontou como a nação mais citada, e apenas em seguida os Estados Unidos da América, o que aparenta ser motivado pela predileção em especial do Ministro Gilmar Mendes (Informativos 310, 351, 376, 711), grande utilizador das referências estrangeiras, e cuja formação fora parcialmente realizada naquele país, mas não só por ele, sendo referência frequente em votos do Ministro Luiz Fux (informativos 738, 841 e 865).

## 4 Considerações finais

Inicialmente, partindo-se de questionamentos feitos pelo juiz Antonin Scalia, apontou-se que o crescente interesse pelo Direito Constitucional Comparado, por parte de juristas e cientistas sociais em geral, se deve, dentre outras coisas, à constatação da ocorrência de alguns fenômenos sociais e humanos comuns em âmbito global, cujos efeitos não se limitam à esfera jurídica. Esses fenômenos são relativamente recentes e, naturalmente, têm representado novos desafios ao desenvolvimento e estudo do direito constitucional. O entusiasmo por parte de acadêmicos de todos os continentes é evidenciado pela extraordinária quantidade de livros e artigos publicados nas últimas duas décadas.

Após a discussão sobre esta relevância, propôs-se uma sequência de etapas e requisitos metodológicos necessários para a construção de uma pesquisa em Direito Constitucional Comparado que não se confunda com mero argumento de autoridade ou a simples escolha aleatória de precedentes, de modo a apenas justificar a

opinião do jurista. São traçadas assim três etapas e suas subdivisões, as quais pretendem, em síntese, abordar o que deve ser pesquisado, onde deve ser pesquisado – quais fontes – e como realizar o cotejo dos dados, a dogmática e o problema de pesquisa apresentado.

Por fim, em um terceiro capítulo, alcançou-se a realidade do Supremo Tribunal Federal, apontando-se em meio a seus precedentes, metodologicamente selecionados, de que forma a Corte Suprema lida com o Direito Constitucional Comparado, em especial destacando-se a forma que a legislação estrangeira e os precedentes são apresentados, e a inexistência de uma metodologia adequadamente implantada, ou mesmo uniformidade quanto ao tratamento desses dados, o que resulta em diminuição do seu valor enquanto referencial decisório.

## Referências

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, [S. l.], v. 83, n. 4, p. 771-797, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BEATTY, David. *A Essência do Estado de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 29 – Distrito Federal*. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 30 – Distrito Federal*. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 12 – Distrito Federal*. Relator Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 27 set. 2019.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – Distrito Federal*. Relator Min. Ayres de Britto. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367 – Distrito Federal*. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3367-df>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112-1 – Distrito Federal*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578 – Distrito Federal*. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – Rio de Janeiro*. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Distrito Federal*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 – Distrito Federal*. Relator Min. Celso de Melo. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 189 – São Paulo*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21812440/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-189-sp-stf>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 – Distrito Federal*. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 – Distrito Federal*. Relator Min. Eros Grau. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.424 – Rio Grande do Sul*. Relator Min. Moreira Alves, redator para Acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.959-7 – São Paulo*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 91.952-9 – São Paulo*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2008. Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 670 – Espírito Santo*. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 708 – Distrito Federal*. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 712-8 – Pará*. Relator Min. Eros Grau. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/PDF/mi712.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 24.831-9 – Distrito Federal*. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2005. Disponível em: [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185070&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185070&modo=cms). Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 26.602 – Distrito Federal*. Relator Min. Eros Grau. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/27706686/stf-mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3.388 – Roraima*. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 201.819-8 – Rio de Janeiro*. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 349.703 – Rio Grande do Sul*. Relator Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 466.343-1 – São Paulo*. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 27 set. 2019.
- CHANG, Wen-Chen; YEH, Jiunn-Rong. The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. *Penn State International Law Review*, Carlisle, v. 27, n. 1, p. 89-124, 2009.
- CHOUDHRY, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- CRUZ, Peter de. *Comparative Law in a Changing World*. 2nd edn. London: Routledge Cavendish, 1999. p. 233-239.
- DANNEMANN, Gerhard. *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?* In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- DUTRA, Deo Campos. Métodos em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, set./dez. 2016.
- ERSKINE, Daniel H. Judgments of the United States Supreme Court and the South African Constitutional Court as a Basis for a Universal Method to Resolve Conflicts Between Fundamental Rights. *St. John's Journal of Legal Commentary*, [S. l.], v. 22, n. 3, p. 595-641, 2008.
- EWALD, William. Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat? *University of Pennsylvania Law Review*, v. 143, n. 6, p. 1889-2149, 1995. p. 1990 e ss.
- EWALD, William. The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to “Rats”. *American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 46, n. 4, p. 701-707, 1998.
- FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. *Publicum*, Rio de Janeiro, v. 2, n.1, 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais: Considerações sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (eds.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: Análise, Crítica e Contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50-75.
- GARTH, Bryan G. The Globalization of Law. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 245-264.
- GELTER, Martin; SIEMS, Mathias. Citations to Foreign Courts - Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 62, n. 35, p. 35-86, 2014.
- GINSBURG, Tom. *Comparative Constitutional Design*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Cases in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003.

- GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. Introduction. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- GLENN, H. Patrick. Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 421-440.
- GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 441-512.
- GRAZIADEI, Michele. Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge. *Theoretical Inquiries in Law*, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 723-743, 2009.
- GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 24, p. 1-55, 1986.
- GROPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart Publishing, 2014.
- HALMAI, Gábor. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1328-1348.
- HILBINK, Lisa. *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HIRSCHL, Ran. The Rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on Substance and Method. *Indiana Journal of Constitutional Law*, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 11-37, 2008.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- HOECKE, Mark Van. Deep Level Comparative Law. In: HOECKE, Mark Van (ed.). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart, 2004. p. 165-195.
- HOECKE, Mark Van; WARRINGTON, Mark. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model of Comparative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 47, n. 3, p.495-536, 1998.
- HORWITZ, Morton J. Constitutional Transplants. *Theoretical Inquiries in Law*, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 535-560, 2009.
- JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Constitutional Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- JACKSON, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press, 2010.
- JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knowledge. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 320-325.
- KENDE, Mark S. *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the States*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- KOMÁREK, Jan. Reasoning with Previous Decisions. In: ADAMS, Maurice. (ed.). *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 49-73.
- LAW, David S. Globalization and the Future of Constitutional Rights. *Northwestern University Law Review*, [S. l.], v. 102, n. 3, p. 1.277-1.350, 2008.
- LAW, David S; VERSTEEG, Mila. The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism. *California Law Review*, [S. l.], v. 99, n. 5, p. 1163-1257, 2011.
- MALDONADO, Danile Bonilla. *Constitutionalism of Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- MENSKI, Werner. *Comparative Law in Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 82 e ss.
- MEUWESE, Anne; VERSTEEG, Mila. Quantitative Methods for Comparative Constitutional Law. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (eds.). *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 230-257.

- MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 342.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ÖRÜCÜ, Esin. Methodological Aspects of Comparative Law. *European Journal of Law Reform*, [S. l.], v. 8, p. 29-42, 2006; SIEMS, Mathias. *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- ÖRÜCÜ, Esin. *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for Twenty-First Century*. Leiden: Martius Nijhoff, 2004.
- PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- REYNOLDS, Andrew. *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2002.
- ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, [S. l.], v. 74, p. 1307-1352, 2001.
- ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. Introduction. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 3.
- ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- SADURSKI, Wojciech. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. 2nd. New York: Springer, 2014.
- SAMUEL, Geoffrey. Comparative Law and Jurisprudence. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 47, n. 4, p. 817-836, 1998.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SCALIA, Antonin. Keynote address: Foreign Legal Authority in the Federal Courts. *Proceedings to the Annual Meeting*, Cambridge, v. 98, march/april, p. 305-310, 2004.
- SIEMS, Mathias. *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.
- SPIRO, Peter J. Globalization and the (Foreign Affairs) Constitution. *Ohio State Law Journal*, [S. l.], v. 63, n. 2, p. 649-730, 2002.
- SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, v. 47, p. 68-149, 2008.
- TROCHEV, Alexei. *Judging Russia: The Role of Constitutional Court in Russian Politics 1990-2006*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- TUSHNET, Mark V. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, v. 101, n.8, p. 2781-2802, 2003.
- TUSHNET, Mark V. Comparative Constitutional Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 1226.
- TUSHNET, Mark. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. *Yale Law Journal*, v. 108, n. 6, p. 1229-1230, 1999.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.
- UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio-ago. 2011.
- UNITED STATES. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Olympic Airways v. Husain*, 540 U.S. 644 (2004). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/644/>. Acesso em: 27 set. 2019.
- UNITED STATES. THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692. 2004. Disponível em: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep542/usrep542692/usrep542692.pdf>. Acesso em: 28 ag. 2019.
- VALCKE, Catherine. Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems. *American Journal of Comparative Law*, Oxford, n. 52, p. 713-740, 2004.

WALDRON, Jeremy. *Partly laws common to all mankind: foreign law in american courts*. New Haven: Yale University Press, 2012. p. 103.

WHITMAN, James Q. The Neo-Romantic Turn. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick (eds.). *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 313.

WHYTOCK, Christopher A. Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law. *Brigham Young University Law Review*, [S. l.], n. 6, p. 1879-196, 2009. p. 1881.

WHYTOCK, Christopher A. Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law, p. 1876 e ss; SIEMS, Mathias. *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 28-29.

WILSON, Bruce M. Constitutional Rights in the Age of Assertive Superior Courts: An Evaluation of Costa Rica's Constitutional Chamber of the Supreme Court. *Willamette Law Review*, [S. l.], v. 48, n. 4, p.451-471, 2012.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 3 rd. Oxford: Clarendon, 1998.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 3rd. Oxford: Clarendon, 1998. p. 79.

**DIREITOS COMPARADOS**

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Comparando la cultura jurídica  
desde el derecho a la identidad  
cultural en Brasil y Chile**

**Comparing the Legal Culture  
from the Perspective of the  
Right to Cultural Identity in  
Brazil and Chile**

Juan Jorge Faundes

Fabien Le Bonniec

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile\*

## Comparing the Legal Culture from the Perspective of the Right to Cultural Identity in Brazil and Chile

Juan Jorge Faundes\*\*

Fabien Le Bonniec\*\*\*

### Resumen

En este trabajo nos preguntamos qué transformaciones o conflictos se pueden identificar en las respectivas culturas jurídicas de Chile y Brasil, en relación a los nuevos marcos de reconocimiento de la identidad cultural de pueblos indígenas y otros grupos vulnerables. Al efecto, asumimos que para comparar ordenamientos jurídicos no basta con revisar solo el derecho positivo, sino que se debe contemplar el campo jurídico en su conjunto, en especial, la interacción de los textos normativos con la cultura jurídica de sus operadores. Desde esta perspectiva, buscamos, tanto, revisar comparativamente qué transformaciones y conflictos se visualizan en los respectivos campos jurídicos de Brasil y Chile respecto de su cultura jurídica y del derecho a la identidad cultural; como, proponer una metodología adecuada para realizar esta pesquisa comparativa de culturas jurídicas. Para ello: i) describimos algunos conceptos básicos sobre “la cultura jurídica”; ii) explicamos brevemente el derecho fundamental a la identidad cultural conforme los estándares definidos por la Corte IDH; iii) exponemos los enfoques metodológicos propuestos para la comparación de las culturas jurídicas en el campo jurídico chileno y brasileño; iv) presentamos una comparación de las culturas jurídicas de Chile y Brasil; v) concluimos exponiendo los principales hallazgos de la investigación.

**Palabras clave:** Cultura jurídica. Derecho identidad cultural. Comparación. Brasil. Chile.

### Abstract

This work examines the transformations and conflicts related to the recognition of the cultural identity of indigenous peoples and other vulnerable groups, in the legal cultures of Chile and Brazil. We argue that the comparison of legal orders demands not only a study of their statutory law, but also an understanding of the legal culture of each country. Based in this conception, we compare transformations and conflicts related to the legal culture and to cultural identity in Brazil and Chile and simultaneously develop a

\* Recibido em 18/03/2020

Aprovado em 15/05/2020

Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto del Proyecto “Fondecyt Regular “Justicia e interculturalidad en la Macroregión sur de Chile. Un estudio de las transformaciones del campo jurídico y de la cultura jurídica chilena ante la emergencia del derecho a la identidad cultural” (N° 1170505). Asimismo, se ha concluido gracias al Proyecto “The contribution of the Ius Constitutionale Commune in América Latina (ICCAL) to a Euro-American dialogue on human rights, with focus on the fundamental right to cultural identity of minority groups” (enero y febrero de 2020), del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law of Heidelberg (MPIL), Alemania. Agradecemos las invaluable contribuciones de la profesora Patricia Perrone Campos Mello, sin las cuales este artículo difícilmente hubiese sido logrado.

\*\* Profesor, Universidad Autónoma de Chile. Email: juanjorgef@gmail.com

\*\*\* Profesor, Universidad Católica de Temuco. Email: fabien@uct.cl

specific methodology to carry out this comparative research of legal cultures. With this purpose, the paper: i) describes some basic concepts about legal culture; ii) briefly explains the scope of the right to cultural identity, as defined by the Inter-American Court of Human Rights; iii) proposes a methodological approach for comparing legal cultures in the Chilean and Brazilian legal fields; iv) presents a comparison of the legal cultures of these countries. The conclusion summarizes the main findings of the research.

**Keywords:** Legal culture. Right to cultural identity. Comparison. Brazil. Chile.

## 1 Introducción

En las tres últimas décadas los países de América Latina han alcanzado nuevas constituciones o realizado reformas constitucionales de reconocimiento de la diversidad cultural y de derechos de diversos grupos vulnerables. Al mismo tiempo, sentencias relevantes de los tribunales constitucionales y las cortes supremas han venido interpretando esas disposiciones. Estos cambios han introducido nuevos estatutos de derechos para los pueblos indígenas, grupos tribales, afrodescendientes y grupos vulnerables en general. Así, se afirma que toda esta dinámica ha generado importantes cambios en el campo jurídico, en la cultura jurídica, la cultura constitucional y la identidad cultural de los países latinoamericanos<sup>1</sup>.

Estas transformaciones, por una parte, se insertan en procesos más globales, con la suscripción de diversos instrumentos que reconocen derechos de naturaleza cultura<sup>2</sup>, la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y, en

un grupo de países especialmente americanos, la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Asimismo, en el plano regional propiamente tal, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), han tenido una sostenida influencia. La interacción de todas estas fuentes ha dado lugar a un conjunto de debates sobre la conformación jurisprudencial de un corpus iuris de derechos humanos latinoamericano<sup>3</sup>, con un desarrollo en particular respecto de derechos de los pueblos indígenas<sup>4</sup> y otros grupos de matriz afrodescendiente<sup>5</sup>.

Destacamos la jurisprudencia de la Corte IDH porque desarrolla un conjunto de deberes para los actores jurídicos en relación con el derecho a la identidad cultural, habiendo señalando que se trata de un derecho de carácter fundamental y de naturaleza colectiva, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, que es “vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Sobre la idea de un *Ius constitucionale commune* en América Latina, v. BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord). *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: textos básicos para su Comprensión. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y MPI, 2017.

<sup>4</sup> v. AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YAÑEZ, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM, Observatorio Ciudadano, 2013. AGUILAR, Gonzalo. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. *En*: VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES-ANZIONATTI, Mariela (eds.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: UNAM, MPI, IIADC. 2010. p. 3-84.

<sup>5</sup> La Corte IDH ha reconocido los derechos del referido *corpus iuris* de derechos de los pueblos indígenas, a diversos pueblos o grupos tribales de carácter afrodescendiente. V.: Corte IDH, Caso *Aloboetoe* y otros Vs. Surinam, 10 septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas); Corte IDH Caso de la Comunidad *Moiwana* Vs. Suriname, 15 junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas); Corte IDH, Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam, 28 noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, 8 octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>6</sup> Corte IDH, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27 junio 2012, p. 66, cons. 213 v. FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 18 out 2019. p. 516.

<sup>1</sup> FIGUEIREDO, Marcelo, Constitucionalismo Latino-Americano e Cultura Constitucional. *En*: VON BOGDANDY, Armin, PIOVESAN, Flávia, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coords.): *Constitucionalismo Transformador, Inclusao e direitos coaciais: desafios do IUS Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 725-752. p. 728-732.

<sup>2</sup> Entre otros, v. “Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial” (Paris, 2003). Protege “el patrimonio cultural inmaterial (art. 1.a) ... de las comunidades, grupos e individuos...” (1.b); señala que el “patrimonio cultural inmaterial” comprende, entre otros: las (2.a) “tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma”, (2.c) los “usos sociales, rituales y actos festivos; los (2.d) “conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; y las (2.e) “técnicas artesanales tradicionales”.

Así se sostiene que los diversos procesos normativos descritos, habrían venido conformando una nueva dogmática constitucional que transitó desde las comprensiones asimilacionistas e integracionistas, hasta la visión “multicultural” y la más reciente “plurinacional”, que se habrían introducido -con diversos alcances e intensidades- en la cultura jurídica de los respectivos países de la región<sup>7</sup>. De esta forma -se plantea-, en el campo jurídico previo a estas transformaciones, las cuestiones culturales se situaban en lo que se consideraba “prejurídico”, “extrajurídico”, “exótico”. Pero, bajo los nuevos diseños institucionales latinoamericanos, la cultura jurídica y la “cultura constitucional”, en particular, incorporarían el derecho a la identidad cultural<sup>8</sup>, como una nueva categoría ius fundamental que desplazaría la matriz democrática igualitaria bajo una nueva matriz democrática “intercultural”<sup>9</sup>.

Paralelamente, también se plantean nuevas comprensiones de la cultura jurídica, que superan la visión estado-céntrica y poco disponible a la interacción con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que introducen una nueva concepción interconectada -regional y globalmente- de los derechos humanos<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> FIGUEIREDO, Marcelo, *Constitucionalismo Latino-Americano e Cultura Constitucional*. En: VON BOGDANDY, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi (coords.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do IUS Constitutionale Commune Latino-Americano à la luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 725-752. p. 731-732. YRIGOYEN, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. En: RODRÍGUEZ, C. (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011. p. 139-159.

<sup>8</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. “Constitucionalismo Latino-Americano e Cultura Constitucional”, en, Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi (coords.) *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do IUS Constitutionale Commune Latino-Americano à la luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 725-752, p.733, 734, 751.

<sup>9</sup> Faundes, Juan Jorge. *El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación*. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 2, n. 2, ago. 2019. p. 513-535, p. 513, 521.

<sup>10</sup> v.: BUSTOS, Rafael. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México: Porrúa, 2012. p. 33; BUSTOS, Rafael. *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005. GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo; SANTOLAYA, Pablo; CANOSA, Raúl. *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. 2. ed. Lima: ECB editores, 2015; PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017; MELLO, PERRONE, Patrícia. *Constitucional-*

Entonces, en este escenario de interconexión global y regional, en este trabajo nos preguntamos qué transformaciones o conflictos se pueden identificar en las respectivas culturas jurídicas de Chile y Brasil, en relación a los nuevos marcos de reconocimiento de la identidad cultural de pueblos indígenas y otros grupos vulnerables. Al efecto, solo preliminarmente, para perfilar estas culturas jurídicas, podemos señalar que en Chile, durante las últimas tres décadas (desde 1990 con el retorno a la democracia), se puede visualizar un proceso evolutivo de reconocimiento de derechos indígenas, en diversas materias, niveles jurisdiccionales (no exento de debates y conflictos). Esta evolución se ha configurado, en especial, por la ratificación de instrumentos internacionales como el convenio 169 de la OIT y una prolífera jurisprudencia de sus tribunales superiores. En Brasil, por su parte, a partir de la Constitución de 1988, interpretada progresivamente por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF), se ha introducido el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y de grupos tribales, con avances y también con tensiones.

De esta forma, observamos en ambos campos jurídicos un conjunto de factores, más o menos en común, relativos a la “la/las” “cultura/s jurídica/s” y su entendimiento en relación al derecho a la identidad cultural. Luego, este escenario, nos genera un interés desde dos perspectivas: primero, en términos concretos, nos parece que el examen de las dos experiencias indicadas puede arrojar luces respecto de qué transformaciones están ocurriendo en los campos jurídicos latinoamericanos, vale decir en el conjunto de sus actores, y qué caminos, eventualmente, podrían seguir estos procesos; segundo, observamos la importancia de plantear una metodología que pueda ser adecuada para abordar estas cuestiones, capaz de articular los aspectos normativos y los “extrajurídicos” de la cultura jurídica.

En el marco precedente, específicamente, nos planteamos la pregunta de si es posible comparar ordenamientos jurídicos tomando en cuenta solo el derecho positivo, sin considerar otros aspectos “extrajurídicos”

ismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019. p. 271-272. MELLO, PERRONE, Patrícia; FAUNDES, Juan Jorge. *Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL, 8., 2019, Paraná. *Anais [...]*. Paraná: PUC Paraná, 2019 (no prelo).

(o no positivos) del campo jurídico, como la cultura jurídica (que comprende las prácticas, percepciones y preconcepciones de los sujetos que interactúan en este campo, a los “actores jurídicos”). Al efecto, desde ya, nuestra hipótesis es que para comparar ordenamientos jurídicos no basta considerar solo el derecho positivo, sino que se debe contemplar el campo jurídico en su conjunto; o, a lo menos, tomar en cuenta el máximo de factores posibles de aquellos que inciden en la creación, transformación y aplicación del Derecho, en especial, la interacción de los textos normativos con la cultura jurídica de sus operadores<sup>11</sup>.

En consecuencia, estudiamos el “Derecho” como un derecho en acción y emergente, comprensivo de la cultura y del campo jurídico en que se despliega. Entonces, en el Derecho - como campo jurídico en transformación permanente de sus componentes - los tribunales resuelven conforme al Derecho y bajo múltiples factores no jurídicos porque, al mismo tiempo, son espacios de producción y reconfiguración de identidades diferenciadas, que en su conjunto configuran la “cultura jurídica”. Entonces, desde la perspectiva planteada, nuestra investigación busca: (a) revisar comparadamente qué transformaciones y conflictos se visualizan en los respectivos campos jurídicos de Brasil y Chile respecto de su cultura jurídica y del derecho a la identidad cultural de pueblos indígenas y tribales y (b) proponer una metodología adecuada para realizar esta pesquisa comparativa de culturas jurídicas. Para ello, este trabajo: i) describe algunos entendimientos conceptuales básicos sobre “la cultura jurídica”; ii) explica brevemente el derecho fundamental a la identidad cultural conforme los estándares definidos por la Corte IDH; iii) expone los enfoques metodológicos propuestos para la comparación de las culturas jurídicas en el campo jurídico chileno y brasileño; iv) presenta una comparación de las culturas jurídicas de Chile y Brasil; v) concluye exponiendo los principales hallazgos de la investigación.

<sup>11</sup> En este sentido, dice López Medina: “En tiempos recientes la noción de *cultura jurídica* ha tenido auge importante en varias discusiones de teoría y sociología del derecho, tomándose como puente entre los conjuntos de normas, en su sentido más formal, y las prácticas sociales, en su sentido más antropológico. Si el sistema jurídico rige en un contexto social o entorno particular, se ha argüido, su existencia afectará y se verá afectada por la concreta cultura jurídica de dicho contexto o entorno”. LÓPEZ MEDINA, Rocío del Carmen. Cultura jurídica, eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 7, sep. 2014/feb. 2015. p. 229-235.

## 2 La cultura jurídica, concepto y perspectivas

Para Friedman, el sistema jurídico se compone de tres elementos. El **elemento estructural**, dado por las instituciones jurídicas, la forma y organización y los procedimientos diseñados para la operación de dicho sistema: tipo de cortes, división de poderes entre jueces, legisladores, gobernadores, jurados y oficiales administrativos; y los procedimientos en las diversas instituciones. El **elemento sustantivo**, conformado por las normas jurídicas, en particular en la medida que operan concreta y efectivamente en la vida social y que no han sido derogadas. El **elemento cultural**, dado por el conjunto de los valores y actitudes relacionados con el derecho. Luego, al definir cultura jurídica, presenta su clásica distinción entre cultura jurídica “interna” y “externa”<sup>12</sup>. La cultura jurídica externa corresponde al “conjunto de las ideas, valores, opiniones, expectativas y creencias que las personas en sociedad mantienen frente al sistema jurídico y sus diversos componentes”; la cultura jurídica externa corresponde a los entendimientos, acciones y orientaciones que prevalecen en la población de una sociedad sobre el Derecho y sistema legal<sup>13</sup>.

La cultura jurídica interna, específicamente, es “aquella que es propia de los miembros de la sociedad que realizan actividades jurídicas especializadas”; mediante la cultura jurídica interna “se pretende comprender la noción de derecho positivo a través de las actividades prácticas aplicadas para determinar los contenidos del sistema”<sup>14</sup>. Ella integra el “conjunto de actitudes, modos de expresarse, maneras de argumentar propio de los operadores jurídicos”<sup>15</sup>. La cultura jurídica interna está dada por “el conjunto de los valores, creencias, ideas, actitudes, prejuicios, orientaciones, prácticas, hábitos de trabajo, modos de pensar, y de sentir, que acerca del derecho prevalecen entre quienes se relacionan, con las estructuras e instituciones jurídicas de una manera directa, en razón de las profesiones u oficios que practican”<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> FRIEDMAN, Lawrence. *The legal system: a social science perspective*. New York: Russell Sage Foundation, 1975. p. 223.

<sup>13</sup> SQUELLA, Agustín. *La cultura jurídica chilena*. Santiago de Chile: Corporación de promoción universitaria, 1988. p. 31.

<sup>14</sup> LÓPEZ MEDINA, Rocío del Carmen, Cultura jurídica, Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 7, p. 229-235, septiembre 2014 – febrero 2015.

<sup>15</sup> TARELLO, G. *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino. Bologna, [S.n.], 1988. p. 24

<sup>16</sup> SQUELLA, Agustín. *Filosofía del Derecho*. Santiago de Chile: Edi-

Es decir, la cultura jurídica interna corresponde al desempeño profesional, de abogados, sean jueces, notarios u otros funcionarios de la administración de justicia, litigantes y profesores de Derecho, todos con educación jurídica formal<sup>17</sup>.

La segunda perspectiva, de la “cultura jurídica interna” o de “cultura en el derecho”<sup>18</sup>, es desde la cual se formula en este trabajo una propuesta metodológica para el estudio comparado de las transformaciones de la cultura jurídica en relación con el derecho fundamental a la identidad cultural, aplicada a los campos jurídicos de Chile y Brasil.

En el mismo sentido, López Medina señala tres dimensiones que componen la cultura jurídica (interna) -que consideraremos para definir el objeto de estudio comparado en nuestro estudio-. Primero, “una **teoría del lenguaje**”, diferenciando disposición (texto legal) y norma (significado del enunciado legal). Segundo, “una **teoría de la interpretación**”, como “atribución de un significado normativo a una disposición”, como proceso hermenéutico en el que el significado jurídico es una variable determinada por las valoraciones y decisiones del intérprete, de los operadores jurídicos en particular. En nuestra investigación la cultura jurídica, precisamente, indaga sobre los enunciados normativos en concreto. Y tercero, **una teoría del Derecho** que, armónicamente con las dimensiones precedentes, entiende al Derecho como actividad doctrinal y jurisprudencial, por sobre la legislación misma. Desde esta perspectiva, el Derecho ya no se corresponde solo con “la ley”, el conjunto de enunciados normativos emanados del Poder legislativo, sino mucho más con “el conjunto de normas que de ellos extraen los intérpretes”<sup>19</sup>. Volveremos sobre estas comprensiones de la cultura jurídica al definir nuestras “unidades de comparación” desde el enfoque de David

torial Jurídica de Chile, 2001. p. 537. PAILLACURA, Darwin. La cultura jurídica chilena frente al derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un análisis del campo jurídico de la Araucanía. Tesis (Ciencias Jurídicas) - Universidad Católica de Temuco, 2019.

<sup>17</sup> FUENZALIDA, Edmundo. Cultura jurídica externa e interna en el Chile finisecular: ¿Convergencia o divergencia? *En: Anuario de filosofía jurídica y social*. Sociedad chilena de filosofía jurídica y social. n. 20, 2000. p. 473-483, p. 473.

<sup>18</sup> TARELLO, G. Cultura giuridica e politica del diritto, II Mulino. Bologna: [S.n], 1988. p. 24

<sup>19</sup> LÓPEZ MEDINA, Rocío Carmen, Cultura jurídica, Economía. *Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 7, p. 229-235, septiembre 2014 – febrero 2015. p. 5.

Nelken.

La cultura jurídica se configura dinámicamente conforme cada contexto, por ello es complejo hablar de una “cultura jurídica latinoamericana”, sino más bien de rasgos en común de diversas culturas jurídicas. De esta forma, para nuestro estudio, entonces, hablaremos de las culturas jurídicas desde los respectivos campos jurídicos chileno y brasileño. Ahora bien, “definir” la cultura jurídica chilena o la brasileña, en sí, por la propia naturaleza del concepto, también resulta difícil. No obstante, sí consideramos que es posible levantar descripciones, más o menos laxas o precisas, a lo menos, comprensivas de las **formas de comportarse, de la toma de decisiones, de sus influencias, en el comportamiento de magistrados, fiscales y otros actores jurídicos**, que podemos enmarcar dentro de lo que venimos llamando “cultura jurídica interna”.

### 3 El derecho fundamental a la identidad cultural configurado por la Corte IDH

El derecho a la identidad cultural se fundamenta en un conjunto de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que refieren a la tutela de minorías culturales. Se puede definir como el derecho de las comunidades tradicionales y sus miembros a vivir de acuerdo con su cultura, y a ser reconocidos como diferentes en las relaciones con otros grupos, abarcando “el derecho a conservar su propia cultura, espiritualidad y referentes cosmogónicos, su patrimonio cultural tangible o intangible, su memoria histórica y su identidad presente”, así como “el derecho a que se respeten y protejan sus conocimientos, lengua, creencias, artes, moral, religión, formas de justicia y organización”<sup>20</sup>. Se trata de un derecho de naturaleza colectiva, de titularidad de las propias comunidades indígenas y también de grupos tribales afrodecendientes, con un doble alcance: (i) que se respete, valore y proteja su identidad y cultura frente al Estado y a terceros, con todos los bienes materiales e inmateriales que los componen; (ii) que su universo existencial, sus comportamientos y sus derechos sean

<sup>20</sup> FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, febrero 2019. p. 56-59.

interpretados a la luz de tal identidad cultural. En estos términos, el derecho a la identidad cultural funciona, al mismo tiempo, como un contenido sustantivo que debe garantizarse y como un derecho matriz<sup>21</sup> y filtrohermenéutico<sup>22</sup> en relación a los demás derechos fundamentales de estos grupos. Constituye un punto de partida y un núcleo de significación de los demás derechos de dichas comunidades. Precisamente porque los miembros de cada comunidad sólo pueden ser comprendidos a la luz de su cultura, sus prácticas y sus significados, el derecho a la identidad cultural implica no sólo proteger manifestaciones identitarias y culturales, sino sobre todo, entender los comportamientos de cada comunidad a la luz de los significados que tal comunidad da a tales comportamientos y su visión del mundo – y no a la luz de los significados y la cosmovisión de la cultura dominante, a la cual de forma general pertenece el intérprete judicial.

En esta medida, este derecho produce una eficacia irradiante<sup>23</sup> para todo el ordenamiento jurídico, por el cual determina que todo y cualquier derecho debe ser resignificado, reinterpretado o, al menos, contextualizado, basado en la cultura de la comunidad tradicional a la cual se aplicará. Al mismo tiempo, produce un mandato al intérprete del derecho a desplazarse de su centro hacia la comprensión “del otro”, a la luz de la cultura de este último<sup>24</sup>.

Así, desde la perspectiva del derecho fundamental a la identidad cultural se pasan a revisar y reinterpretar,

en relación con pueblos, comunidades indígena y otros grupos afrodescendientes, categorías tales como: la propiedad indígena, el uso ancestral o tradicionalidad de la tierra (tradicionalidad) el derecho a los propios sistemas de justicia y la revisión penal de las conductas conforme los marcos culturales en que ocurrieron<sup>25</sup>; la revisión de los efectos intangibles -culturales- en materia ambiental no perceptibles para los terceros no miembros de pueblos indígenas<sup>26</sup>; y las formas propias de organización, participación y la consulta indígena<sup>27</sup>. En este sentido, dijo la Corte IDH<sup>28</sup>:

[...] la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general... implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones<sup>29</sup>.

## 4 Enfoques metodológicos para la comparación de la cultura jurídica

Como indicamos introductoriamente, nuestro objetivo es el estudio comparado de las potenciales trans-

<sup>21</sup> v.: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2020 (en prensa).

<sup>22</sup> FAUNDES Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 2 n. 2, p. 513-535, ago. 2019. Sobre la idea de “filtro hermenéutico” v.: La concepción de filtro hermenéutico y la eficacia irradiante de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico brasileño, v.;, p. 517. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO; Daniel. *Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. La formulación se inspira, a su vez, en el Derecho alemán, habiendo sido recogida de los debates sobre la eficacia irradiante de los derechos fundamentales. v. Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 7, “Caso Lüth”, 198, 1958.

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 64-75.

<sup>24</sup> FAUNDES, Juan Jorge. Derechos humanos y el reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina, en la perspectiva crítica del descentramiento intercultural. *En: OLVERA, Jorge; OLVERA, Julio y GUERRERO, Ana Luisa (coords.): Los pueblos originarios en los debates actuales de los derechos humanos*. México: UNAM, CIAC, 2017, p. 39-60.

<sup>25</sup> KALINSKY, Beatriz. Justicia, Cultura y Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L, 2000, pp. 156-161. DE MAGLIE, Cristina. Los delitos culturalmente motivados ideologías y modelos penales. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp.193-237. FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *En: Revista Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, febrero 2019. p. 56-58.

<sup>26</sup> CARMONA, Cristóbal. La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile: hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas. *En: MIRANDA, Ricardo y CARMONA, Cristóbal. Tesis (maestría) sobre Pueblos Indígenas*, v.3. Colección Tesis de Maestría U. Nacional San Martín de Buenos Aires. Buenos Aires: U. Nacional de San Martín, CIEP, 2013. p. 83. FAUNDES, Juan Jorge. Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3MW: desregulación riesgosa, a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. *En: Libro III Congreso Internacional de Regulación y Consumo*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 369-373.

<sup>27</sup> v.: FAUNDES, Juan Jorge, El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, n. 1, 2020.

<sup>28</sup> Caso de la Comunidad Indígena *Sawboyamaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006

<sup>29</sup> Caso de la Comunidad Indígena *Sawboyamaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, prr. 98.

formaciones en la cultura jurídica, focalizada en la recepción del derecho a la identidad cultural de pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, aplicada a los campos jurídicos de Chile y Brasil. Para ello, presentamos una metodología interdisciplinaria, con la finalidad de comprender las dinámicas jurídicas de creación, transformación y aplicación del Derecho, considerando a los indígenas y a otros miembros de grupos culturalmente identitarios -como los quilombolas de Brasil- en tanto sujetos destinatarios del Derecho, pero también como actores partícipes del Derecho. En este sentido, si bien nos focalizamos en la “cultura jurídica interna”, la entendemos en interacción con los actores jurídicos destinatarios de las normas, como una dimensión de la cultura jurídica porosa y comunicada con los demás componentes del campo jurídico. Bajo este enfoque, buscamos desarrollar una metodología creativa que excede la Ciencia Jurídica - en sentido ortodoxo. Por ello, entre otros aspectos, se integra la etnografía dentro de las técnicas metodológicas.

Al mismo tiempo, planteamos una estrategia de investigación desde la perspectiva del Derecho comparado, aplicada a la comparación de culturas jurídicas, siguiendo a Nelken<sup>30</sup>.

#### 4.1 Cultura jurídica, en perspectiva metodológica de derecho comparado

En lo que atañe al Derecho, estudios comparados como el nuestro pueden inscribirse en lo que Siems llama “other forms of comparative law”, esto es, otras escuelas que tienen en común “la desaprobación del legalismo y doctrinalismo asociado a los tradicionalistas”, que aportan ventajas, en especial, para el estudio de la cultura jurídica de los países Quizás, podemos decir nosotros, que estos enfoques aportan alternativas metodológicas al legalismo ya que consideran que comparar solo las normas legales es insuficiente y que, como mínimo, el ejercicio comparativo debiera “basarse en un entendimiento de las teorías y valores subyacentes a los órdenes legales”<sup>31</sup>.

En el mismo sentido, Siems advierte explica que “este enfoque es epistemológicamente más abierto” y

está asociado con estudios culturales, “implica un rechazo del funcionalismo, bajo la prevalencia de narrativas locales”, con un énfasis en la pluralidad, intersubjetividad, experiencia, conocimiento situado, en la hermenéutica e hibridación. Señala que estas corrientes rechazan el funcionalismo del derecho comparado<sup>32</sup> y, a menudo, favorecen la especificidad local, enfatizando el rol de la cultura, la pluralidad y la subjetividad. En este sentido, como venimos planteando, dado que la cultura jurídica -aunque incluye las estructuras jurídicas formales-, excede las instituciones de elaboración de las leyes y aplicación del Derecho. Luego, como emergen otras formas de creación del orden social, metodológicamente, “se necesita considerar los tipos informales de control social y de resolución de conflictos”. Entonces, en especial, la comparación debe incluir los hábitos y actitudes de los operadores que las sustentan<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> El método funcionalista incorpora la perspectiva de la teoría de sistemas en el derecho, en general propone la comprensión y explicación de las estructuras sociales a partir de la observación, análisis y estudio de las funciones o del funcionamiento de las estructuras sociales dentro de la sociedad (sistémicamente) o en parte de ella y no desde su origen histórico, de las contextuales y temporales. En particular, para Luhmann el Derecho corresponde a “un subsistema específico del complejo sistema social, definido básicamente por la nota de *positividad*, y que se diferencia funcionalmente de los otros subsistemas sociales (económico, moral, político, etc.) por su entramado de comunicación consistente en su propio sistema binario -distinción entre lo jurídico (*Recht*) y lo antijurídico (*Unrecht*)- capaz de establecer y fijar determinadas ‘expectativas normativas de conducta’”. MONTORO BALLESTEROS, Alberto, El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs. Anuario de Derechos Humanos. *Nueva Época*, v. 8, pp. 365-374, 2007. p. 365-369.

Sobre el funcionalismo comparativo, en particular, Siems explica que esta corriente afirmó que las instituciones que abordaban las necesidades sociales eran bastante similares en todas las sociedades. En este sentido, que la equivalencia funcional reside en el hecho de que unidades de análisis diferentes pueden agruparse en categorías significativas (comparables). En síntesis, la clave de la comparación radicaría en identificar “un equivalente funcional en el derecho interno”. Entonces, bajo el funcionalismo, la comparación requiere “comparabilidad”, luego, incomparables no pueden ser útilmente comparados y las únicas normas comparables serían las que cumplen la misma función. Por lo tanto, la comparación funcional dejaría al margen incluso una comparación de reglas bastante similares, si en los países en cuestión cumplen diferentes funciones. Además, la comparación solo podría ser entre sistemas iguales, esto es, que estén en similares condiciones normativas, políticas y económicas. O bien, con frecuencia la comparación funcional excluye materias en las que las condiciones geográficas u otras de contexto influyen las unidades en comparación. Ante las críticas - dice Siems -, el funcionalismo ha ido cediendo gradualmente frente a enfoques culturales y hermenéuticos SIEMS, Mathias. *Comparative Law (Law in context)*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 31-34 (síntesis desde traducción propia).

<sup>33</sup> SIEMS, Mathias. *Comparative Law (Law in context)*. 2. ed. Cam-

<sup>30</sup> NELKEN, David (ed.). *Comparing legal cultures*. Vermont: Dartmouth Publishing Company, 1997.

<sup>31</sup> SIEMS, Mathias. *Comparative Law (Law in context)*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 113-115.

## 4.2 Delimitando las “unidades” para la comparación de culturas jurídicas

Para establecer nuestras “unidades” de comparación seguimos a David Nelken en las prevenciones que plantea sobre los límites y variaciones posibles para la comparación de culturas jurídicas<sup>34</sup>. Señala que un enfoque comparativo centrado en la cultura jurídica requiere examinar las interconexiones entre el Derecho, la sociedad y la cultura, interrelacionadas como “Derecho en acción” y “Derecho vivo”, que dicen especial relación al rol del Estado de derecho en las sociedades<sup>35</sup>.

Agrega que, si bien el concepto de cultura jurídica es un concepto aplicable a las investigaciones comparativas empíricas, requiere operacionalizar el concepto de cultura. En particular indica que Friedman utilizó la noción de cultura con excesiva amplitud – “desde la cultura del individuo, hasta la de sociedades enteras”. Al efecto, señala que Friedman define la cultura jurídica como una gran superposición de múltiples niveles de cultura que varían en contenido, alcance e influencia en su relación con las instituciones de los sistemas jurídicos estatales. Luego, para Nelken, esa amplitud de niveles y de unidades super nacionales y subnacionales, si bien podría proporcionar un buen espacio para las investigaciones comparativas, al mismo tiempo, ese marco tan amplio y complejo impide la comparación<sup>36</sup>. Pero, al mismo tiempo, al definir un nivel de comparación nacional no se puede limitar la investigación solo al Estado nación.

En consecuencia, aunque se ubique la cultura jurídica en un nivel, ella comprende una variedad de unidades diferentes, conectadas, todas en permanente cambio, en un contexto de interacción mutua con las demás. Estas unidades dan forma a la vida social de varias maneras. Por ejemplo, a través de en memorias, tradiciones históricas, en tipos de prácticas, actitudes, expectativas y

formas de pensar, rutinas organizativas y socialización profesional. Entonces, para Nelken, más que demostrar la coherencia entre unidades (tan diversas), el desafío reside en desarrollar un método que permita la comparación asumiendo “las complejidades de la cultura jurídica vivida con su mezcla de elementos superpuestos y potencialmente competitivos”. Desde esta perspectiva, serían tres las vías para alcanzar un método que identifique unidades que resulten coherentes para comparar:

- (1) cuando existe un vínculo intrínseco entre los elementos que componen la unidad;
- (2) cuando la conexión exista en la medida en que los participantes hablen sobre ella, como si ella existiera; o
- (3) que la supuesta coherencia sea impuesta a las unidades por el investigador, por ejemplo, a través de procesos de categorización o la construcción de tipos ideales<sup>37</sup>.

En este marco, para Nelken, la comparación en el primer supuesto de vínculo intrínseco de coherencia interna se puede focalizar en: (i) los aspectos que mantienen unidas determinadas de cultura jurídica interna o externa; (ii) la política cultural o la cultura económica, que define dicha unidad; (iii) la relación entre la cultura jurídica y la cultura general; (iv) definiendo determinadas unidades dadas de culturas jurídicas para ser comparadas con otras que corresponde a la comparación de culturas jurídicas más amplias (a menudo nacionales) en que se suele poner más énfasis en las prácticas y en las valoraciones sociales; (v) estableciendo “determinados tipos ideales de comunidad que tienen diferentes propensiones para estructurar sus relaciones como Derecho”<sup>38</sup>. El autor plantea algunas advertencias para comparar en estos casos. Por ejemplo:

En el tercer aspecto de la coherencia, si bien la dirección de influencia es principalmente de la cultura en general hacia la cultura jurídica en particular, también pueden ocurrir transformaciones en la cultura general a partir de las prácticas, comportamientos e ideas en particular. Luego, en este caso, el método debe ser capaz

bridge: Cambridge University Press, 2018. p. 116, 148-149 (Traducción libre).

<sup>34</sup> NELKEN, David. Defining and using the Concept of jurídica Culture. En: Maurice Adams, Jaakko Husa and Marieke Oderkerk (ed.). *Comparative Law Methodology*. V. 2. Massachusetts: EE Elgar, 2017. p. 332-355.

<sup>35</sup> NELKEN, David. Defining and using the Concept of jurídica Culture. En: Maurice Adams, Jaakko Husa and Marieke Oderkerk (ed.). *Comparative Law Methodology*. V. 2. Massachusetts: EE Elgar, 2017. p. 332-355. p. 333

<sup>36</sup> NELKEN, David. Defining and using the Concept of jurídica Culture. En: Maurice Adams, Jaakko Husa and Marieke Oderkerk (ed.). *Comparative Law Methodology*. V. 2. Massachusetts: EE Elgar, 2017. p. 332-355. p. 339.

<sup>37</sup> NELKEN, David. Defining and using the Concept of jurídica Culture. En: Maurice Adams, Jaakko Husa and Marieke Oderkerk (ed.). *Comparative Law Methodology*. v. 2. Massachusetts: EE Elgar, 2017. p. 332-355. p. 343.

<sup>38</sup> NELKEN, David. Defining and using the Concept of jurídica Culture”. En: Maurice Adams, Jaakko Husa and Marieke Oderkerk (ed.). *Comparative Law Methodology*. v. 2. Massachusetts: EE Elgar, 2017. p. 332-355. p. 345.

de dar cuenta de este doble sentido de interacción<sup>39</sup>. Al efecto, se evidenciará, en relación con el ejercicio del derecho a la identidad cultural, que, por una parte, existen fenómenos globales que amplían los marcos culturales en relación con la diversidad, pero, también, el propio ejercicio del derecho a la identidad cultural va asentando el mismo derecho<sup>40</sup>.

Señala que estas vías no son fijas ni cerradas porque, por ejemplo, con frecuencia los participantes piensan que están tratando de hacer algo -lo hagan o no, lo logren o no-, ya que esto es lo que da significado y propósito de sus acciones; o bien, al definir los límites de las unidades de comparación, bien se puede categorizar y con ello imponer coherencia cultural, bajo los patrones pre dados por el investigador. En particular, advierte Nelken, la importancia de evitar “las afirmaciones sobre la existencia de patrones culturales que luego ayudan a traerlos a la existencia” (efecto circular). Por ello, ante la práctica de la categorización ideal, advierte en la necesidad de procurar pesquisas descriptivas (clasificación, mapeo y descripción), más que en la demostración de categorías hipotéticas que terminen imponiendo el resultado (de la hipótesis)<sup>41</sup>.

Destaca la diferencia entre focalizar la comparación en un enfoque hermenéutico (“giro interpretativo”), versus una concepción positivista centrada en el comportamiento. Al efecto indica que “el enfoque positivista buscaría arrojar luz sobre la cultura jurídica tratando de asignar prioridad causal entre variables e hipótesis competidoras, que expliquen la variación en los niveles y tipos de comportamiento jurídicamente relacionado”. Mientras, “el enfoque interpretativo, por otro lado, es más interesado en proporcionar ‘de espesor a las descripciones del derecho como conocimiento local’ – siguiendo Geertz. En este caso, la preocupación de la comparación radica en cómo “traducir las ideas de justicia de otro sistema e imparcialidad para hacer que el

sentido de la red sea significativo<sup>42</sup>. Este enfoque busca la comparación y potencial identificación de elementos comunes de significado entre las culturas jurídicas y sus campos, en comparación.

Destacando una clave para el método, señala Nelken que la preocupación debe recaer en que “los enlaces que estamos describiendo sean de alguna manera intrínsecos al objeto que se describe”. Así, la llave para salvar los problemas de la comparación de culturas jurídicas se encontraría en no categorizar (en exceso) las búsquedas, en no suponer necesariamente que todas las transformaciones dicen relación a la cultura jurídica (“mostrar que los valores culturales causan una respuesta dada a los eventos”<sup>43</sup>). Y sí es relevante formular preguntas adecuadas para pesquisar qué cambió - si es que algo cambió - y no para demostrar un cambio determinado (en un sentido deseado o esperado por el investigador).

Así, en primer término, usando las dimensiones que componen la cultura jurídica (interna) -según vimos desde López Medina-, nuestra comparación iniciará con el texto constitucional y seguirá mostrando su interpretación por los tribunales con competencia constitucional. Al efecto, se considerará el significado jurídico como una variable determinada por las valoraciones y decisiones de los operadores jurídicos en particular. Y, finalmente, como hemos dicho, entenderemos el Derecho, ampliamente, como campo jurídico.

Asimismo, recogiendo las prevenciones de Nelken que buscan delimitar la comparación de culturas jurídicas: (i) referiremos a “culturas jurídicas” en campos jurídicos de nivel nacional y no a una cultura jurídica regional; (ii) la comparación será entre las culturas jurídicas (unidades) de los campos jurídicos brasileño y chileno; (iii) la definición general de estos niveles delimita la comparación, pero no excluye la composición compleja y dinámica de las culturas jurídicas y sus interacciones. Para el abordaje indicado, la estrategia metodológica considera el uso de preguntas de investigación descriptivas y no inductivas (evitando el uso de tipos ideales). Con todo, sí se utiliza la categoría de derecho a

<sup>39</sup> NELKEN, David. Defining and using the Concept of jurídica Culture”. En: Maurice Adams, Jaakko Husa and Marieke Oderkerk (ed.). *Comparative Law Methodology*. v. 2. Massachusetts: EE Elgar, 2017. p. 332-355. p. 345.

<sup>40</sup> NELKEN, David. Defining and using the Concept of jurídica Culture”. En: Maurice Adams, Jaakko Husa and Marieke Oderkerk (ed.). *Comparative Law Methodology*. v. 2. Massachusetts: EE Elgar, 2017. p. 332-355. p. 345.

<sup>41</sup> NELKEN, David. Defining and using the Concept of jurídica Culture”. En: Maurice Adams, Jaakko Husa and Marieke Oderkerk (ed.). *Comparative Law Methodology*. v. 2. Massachusetts: EE Elgar, 2017. p. 332-355. p. 344-345.

<sup>42</sup> NELKEN, David. Defining and using the Concept of jurídica Culture”. En: Maurice Adams, Jaakko Husa and Marieke Oderkerk (ed.). *Comparative Law Methodology*. v. 2. Massachusetts: EE Elgar, 2017. p. 332-355. p. 345.

<sup>43</sup> NELKEN, David. Defining and using the Concept of jurídica Culture”. En: Maurice Adams, Jaakko Husa and Marieke Oderkerk (ed.). *Comparative Law Methodology*. v. 2. Massachusetts: EE Elgar, 2017. p. 332-355. p. 345-346.

la identidad cultural, porque es parte del marco normativo cuyo alcance efectivo y eventuales efectos la investigación busca determinar.

Así, la comparación usará tres aspectos del nivel nacional: (1) el texto constitucional en los aspectos relevantes a la identidad cultural; (2) la interpretación de ese texto dada por tribunales con competencia constitucional en precedentes destacados; (3) las percepciones de los operadores jurídicos (en su respectivo campo), respecto la interacción del derecho a la identidad cultural y la cultura jurídica.

Como el nivel de comparación está dado por los campos jurídicos nacionales, considerando las diversas interacciones internas, los operadores jurídicos considerados en el estudio intervienen en tribunales de diversas competencias jurisdiccionales y cumplen diferentes funciones. En este sentido, nos importan sus percepciones sobre la cultura jurídica en relación con el derecho a la identidad cultural y no es gravitante la función en particular que desempeñan.

#### 4.3 Metodologías para estudiar la cultura jurídica desde las ciencias sociales

En este trabajo se seguirá un enfoque socio-antropológico. Al respecto, el marco analítico ofrecido por Pierre Bourdieu, al aprehender el Derecho como un campo social, se requiere una metodología particular, a la misma vez interdisciplinaria y ecléctica, que permita dar cuenta de las respectivas posiciones estructurales de los actores que la componen y de los capitales que movilizan en el marco de sus pugnas de poderes y prestigios, y como estas luchas se dan en el terreno de la cultura jurídica, en la legitimidad de decir, definir e interpretar el Derecho. Según Bruno Latour<sup>44</sup>, en los estudios Law and Society, se trata de retomar el “derecho en acción”, estudiarlo tal como se produce y no solo como se dice o afirma,<sup>45</sup> lo que implica interesarse no solo en los actores y sus propiedades sociales, sino en cómo se van configurando las controversias jurídicas. Ello será central en torno a la emergencia del derecho a la identidad cultural y los razonamientos jurídicos asociados a ella, en función de sus diversos contextos de

enunciación. En este sentido, la cultura jurídica constituye un fundamento central del sistema de creencias, el ilusio<sup>46</sup>, en cual se mueven los propios actores jurídicos, que va modelando sus maneras de ser y pensar, su hábitos, desvelando su estrecha relación con el campo jurídico. El estudio de las transformaciones de estos ámbitos implica la aprehensión de la evolución de las prácticas, discursos y razonamientos jurídicos en relación con los usos de las normas.

Por otra parte, al ofrecer una distinción entre “derecho objetivo” y “derechos subjetivos” Max Weber<sup>47</sup> ha matizado las relaciones y tensiones entre estas dos dimensiones que son la base de las transformaciones legales y la posible emergencia de nuevos derechos<sup>48</sup>. Desde entonces, los estudios sobre Derecho, como es el caso de la tradición de los Law and Society, han tratado de superar la dicotomía entre la perspectiva internalista y externalista para tratar la problemática de la interrelación entre mundos sociales y jurídicos. Esta perspectiva ha llevado a concebir el derecho bajo distintos prismas, ya sea como una “actividad social”<sup>49</sup>, o como un sistema social autopoietico<sup>50</sup> o incluso como el resultado de una cadena de producción o traducción<sup>51</sup>. La creciente confluencia del campo jurídico con el campo político marca un momento de “judicialización” en la sociedad, donde el primero intenta expandirse sobre el otro<sup>52</sup>, derivando a la protección legal y normalización de los derechos de los grupos minoritarios, como los pueblos indígenas y los afrodescendientes.

Por su parte, los estudios que abordan la transformación de la justicia y del Derecho en América Latina, son profusos y variados, se interesan tanto en las reformas de sus instituciones<sup>53</sup>, en la evolución de sus

<sup>46</sup> BOURDIEU, Pierre. Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective. En: CHAZEL, François; COMMAILLE, Jacques (eds.). Normes juridiques et régulation sociale Paris : LGDJ, collection Droit et société, 1991, p. 95-99. 1991.

<sup>47</sup> WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

<sup>48</sup> COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. *La sociologie de Max Weber*. Paris: La découverte, 2006.

<sup>49</sup> DEWEY, John. *La formation des valeurs*. Paris : La Découverte, 2011.

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

<sup>51</sup> LATOUR, Bruno. *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*. Paris: La Découverte, 2002.

<sup>52</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

<sup>53</sup> SOUSA, Mariana. Breve panorama de la reforma judicial en América Latina: objetivos, desafíos y resultados. En: LORA, ED-

<sup>44</sup> LATOUR, Bruno. *La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État*. Paris: La Découverte, 2002.

<sup>45</sup> DUPRET, Baudouin. Droit et sciences sociales. Pour une respecification praxéologique. *Droit et société*, v. 2, n. 75, p. 315-335, 2010.

actores<sup>54</sup> y formaciones<sup>55</sup>, en la apertura hacia la interlegalidad<sup>56</sup> o el pluralismo jurídico<sup>57</sup>, de la mano de las reformas constitucionales implementadas en varios países latinoamericanos en estas últimas décadas<sup>58</sup> y el surgimiento de los nuevos constitucionalismos<sup>59</sup>.

Con todo -como se planteado-, si bien la indagación de la hermenéutica constitucional en las sentencias es muy relevante, no es suficiente para describir las transformaciones en el campo jurídico, considerando sus interacciones, actores, etc., ya que los fallos, por ejemplo, no son siempre explícitos en cuanto a los argumentos esgrimidos por cada parte, la forma de expresarlos, no pueden restituir todas las dinámicas de un juicio, no consideran el cumplimiento o incumplimiento de ellos, o no es posible medir directamente su incidencia en la formación jurídica<sup>60</sup>. En este sentido, como son producto del razonamiento jurídico de los sentenciadores y muchas veces de los acuerdos estratégicos entre ellos, tampoco representan, necesariamente, una muestra significativa de los conflictos, posiciones, efectivamente presentados ante los jueces<sup>61</sup>. Por ello, nos importa aprehender la rea-

lidad, el contexto asociado a la decisión judicial, metodológicamente, a través de la observación etnográfica y las entrevistas a los operadores jurídicos, los actores del sistema jurídico en acción, para de esa forma pesquisar en torno a la cultura jurídica y el derecho a la identidad cultural en los campos jurídicos de Chile y Brasil.

#### 4.4 Metodología aplicada para el estudio comparado de la cultura jurídica en los campos jurídicos de Chile y Brasil

En este apartado se desarrolla una propuesta metodológica focalizamos en la denominada “etnografía del Estado”. Esta perspectiva asume al Estado como una entidad que se constituye en una formación cultural y moral de sus agentes, sus instituciones, sus representaciones y producciones jurídicas en vía de transformación multicultural<sup>62</sup>.

Luego, nuestro objetivo en esta tercera dimensión de la comparación es visualizar las transformaciones del campo jurídico y la cultura jurídica a partir de la interacción de los diversos espacios en que los operadores jurídicos conforman y aplican el derecho fundamental a la identidad cultural. Al efecto, la propuesta de metodología aplicada busca, en particular, alcanzar: (i) una descripción de la cultura jurídica desde la comprensión de los operadores del respectivo campo jurídico; (ii) una descripción desde los actores del campo jurídico, de cómo esa cultura jurídica ha recepcionado el derecho a la identidad cultural. Así (conforme las referencias ya realizadas a Friedman, López y Siems), se indagará cómo los operadores del campo jurídico visualizan (i) las estructuras e instituciones, (ii) los valores culturales, hábitos, ideologías, intereses, prejuicios y discursos preponderantes que promueven los operadores del sistema, en relación con el derecho a la identidad cultural en cada uno de los campos jurídicos estudiados.

Respecto de esta dimensión, la estrategia de la investigación aplicada contó con una fase inicial en Chile, mediante la cual se modeló la metodología de este estudio y una segunda fase en Brasil, en que se probó la metodología de forma piloto y se levantó información para una comparación preliminar entre las culturas jurídicas en la materia.

UARDO (Org.). *El estado de las reformas del Estado en América Latina*. Bogotá: Banco Mundial del Desarrollo, 2007. p. 99–137.

<sup>54</sup> PÁSARA, Luis (ed.). *Los actores de la justicia Latinoamericana*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007.

<sup>55</sup> BINDER, Alberto. Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la carrera judicial. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho* de Buenos Aires, n. 5, p. 85–116, 2005.

<sup>56</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. New York: Routledge, 1995.

<sup>57</sup> YRIGOYEN, Raquel. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: AHRENS, HELEN (Org.). *El Estado de derecho hoy en América Latina: libro homenaje a Horst Schönbohm*. Montevideo: Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2012. p. 171–194.

<sup>58</sup> SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho (s) en América Latina. En: RODRÍGUEZ, César (ed.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 302–321.

<sup>59</sup> RAMÍREZ, Silvina. Siete problemas del Nuevo Constitucionalismo indígena. En: YRIGOYEN, Raquel (ed.). *Pueblos Indígenas: constituciones y reformas políticas en América Latina*. Lima: ILSA, INESC, IIDS, 2010. CAMPOS MELLO, PERRONE, Patricia. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p.253-285, 2019. p. 271-272.

<sup>60</sup> DE LA SIERRA, Susana. *Una metodología para el Derecho Comparado europeo: derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*. Madrid: Thomson, Civitas, Arazandi, 2004. p. 74-77.

<sup>61</sup> Sobre comportamiento estratégico y factores extrajurídicos de las decisiones judiciales v. CAMPOS MELLO, PERRONE, Patricia. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>62</sup> BOLADOS GARCÍA, Paola; BOCCARA, Guillaume. Du néolibéralisme multiculturel aux mobilisations post-multiculturelles. *Actuel Marx*, v. 56, n. 2, p. 74, 2014.

## La fase de modelaje en Chile de la propuesta metodológica aplicada:

En la primera etapa, la investigación empírica se realizó entre 2016 y 2019, estudiando las transformaciones del campo jurídico, focalizadas en la cultura jurídica chilena, frente al derecho a la identidad cultural de integrantes del Pueblo Mapuche<sup>63</sup>. El estudio se centró en tribunales penales en las regiones del Bio Bio, de la Araucanía y de los Ríos. Metodológicamente, se utilizaron entrevistas semi estructuradas a los actores jurídicos y se construyó un relato usando la transcripción de las respuestas. Se usó la técnica de la saturación, seleccionaron las percepciones de los operadores (declaradas) en que existe armonía entre las respuestas de los entrevistados y muchas veces hubo coincidencia, de tal forma de presentar los resultados de mayor consistencia.

Las preguntas base de la entrevista semi estructurada seleccionadas para el trabajo comparativo entre culturas jurídicas fueron: ¿qué entiende Ud. por cultura jurídica? ¿Qué entiende usted por identidad cultural?; ¿identifica el derecho a la identidad cultural en la cultura jurídica (chilena/brasileña)?; y, si la última respuesta fue afirmativa, se consultó: ¿qué interacciones visualiza entre la cultura jurídica y el derecho a la identidad cultural?. La entrevista también contó con preguntas dirigidas a la identificación personal y del área de desempeño del actor jurídico entrevistado; además, se usaron otras preguntas destinadas a pesquisar elementos relevantes en relación a la cultura jurídica y el derecho a la identidad cultural, pero que muchas veces eran integrados en las

<sup>63</sup> El Pueblo Mapuche se ubica territorialmente en las regiones chilenas del Bio Bio, de Los Ríos, en la Metropolitana (Santiago) y, principalmente en la IX Región “de la Araucanía”, donde se focalizó nuestro estudio. Además, existe presencia mapuche minoritaria binacional en los sectores limítrofes de Chile con Argentina en la misma latitud de la Araucanía.

La distribución de la población indígena chilena es de 2.185.792 habitantes a 2017 y su composición es heterogénea de nueve pueblos indígenas reconocidos. A 2017 el Pueblo Mapuche es el pueblo indígena con mayor población del país con 1.745.147 que corresponde a un 9,9% de la población chilena (de un total de 17.574.003 de habitantes). La población mapuche, a su vez, constituye el 79% del total nacional de personas que se declaran indígenas. EL 11% de los mapuche viven en la Región del Bío Bío y el 37% en La Araucanía. MINISTERIO DE PLANIFICACION NACIONAL Y POLITICA ECONOMICA. Instituto Nacional de Estadísticas. 2018. Síntesis de resultados Censo 2017. Disponible en: <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf> MINISTERIO DE PLANIFICACION NACIONAL Y POLITICA ECONOMICA. Instituto Nacional de Estadísticas. Estadísticas sociales de los pueblos indígenas en Chile. Censo 2002. Cruce de datos propio.

respuestas a las preguntas base, por lo que estas interrogaciones secundarias eran omitidas en esos casos o solo usadas como verificadoras del relato<sup>64</sup>.

Las entrevistas realizadas a los actores jurídicos permitieron recolectar informaciones acerca de sus características sociales, su trayectoria, su quehacer, su posición ante la diversidad cultural en los tribunales y su percepción de la transformación del derecho, además de su reflexión sobre sus propias prácticas. Además de algunos jueces, fiscales y abogados de la macrorregión sur de Chile, se realizaron entrevistas a otros actores relevantes como un ministro de la Corte Suprema a cargo de políticas de acceso a la justicia de poblaciones vulnerables<sup>65</sup>. La descripción contextual del campo jurídico y de la cultura jurídica chilena fue complementada y cotejada con información de fuentes secundarias, principalmente bibliográficas.

Finalizando este apartado, es importante advertir que la investigación chilena en referencia, si bien considera entrevistas a actores jurídicos de diversos ámbitos jurisdiccionales, se focalizó en actores los tribunales de competencia penal, en las regiones de mayor presencia de población indígena mapuche de Chile. No obstante, se trató de una opción metodológica, tanto para la optimización de recursos, como para establecer un aspecto del campo jurídico que facilite el estudio de su interacción con la identidad cultural indígena, ya que la jurisdicción penal ofrece “intensidades” y pone en evidencia las cuestiones más arraigadas del comportamiento judicial. Pero dicha decisión específica no es un impedimento epistemológico ni metodológico para el estudio y comparación de culturas jurídicas entrevistando actores jurídicos que se desempeñen en otros ámbitos jurisdiccionales. Por el contrario, el ejercicio presentado en este trabajo evidencia las oportunidades que ofrecen es-

<sup>64</sup> Las preguntas secundarias referidas fueron: ¿qué considera caracteriza la cultura jurídica de un determinado campo jurídico?, de acuerdo a cómo comprende la idea de cultura jurídica ¿qué actitudes o comportamiento considera caracterizan a los actores jurídicos del campo jurídico (brasileño/chileno)?; ¿existe un derecho a la identidad cultural?, si considera que existe ¿quiénes serían titulares de ese derecho?, ¿es un derecho fundamental?; ¿cree que la identidad cultural de los pueblos indígenas de Brasil/Chile: es recogida, valorada y respetada en la cultura jurídica brasileña/chilena?

<sup>65</sup> Se seleccionó los entrevistados mediante una muestra amplia en relación a las distintas instituciones que componen el campo jurídico (en Chile): el Ministerio Público, el Poder Judicial, las Cortes de Apelaciones, la Defensoría Penal Pública, el Centro de Investigación y Defensa Sur (ONG Cidsur), Asociación Nacional de Magistrados (ANM)), para presentar la investigación y solicitar su colaboración.

fuerzas metodológicas como el que aquí desplegamos, para el estudio de otros ámbitos del campo jurídico, la cultura jurídica y sus transformaciones. Estos estudios trascienden en causas y efectos la normatividad estrictamente positiva o el tipo de competencia o ámbito jurisdiccional que pueda tener un tribunal o actor jurídico. Por esta razón, considerando la advertencia precedente, la metodología presentada permite estudiar las transformaciones del Derecho (entendido como campo jurídico y su cultura jurídica) en diversos ámbitos de competencia material doméstica (penal, ambiental, constitucional) y en diversos niveles jurisdiccionales (nacionales, comparados o internacionales). Todo lo cual, reafirma esta metodología como una opción para el estudio del Derecho comparado y la cultura jurídica, en el marco regional americano. En este sentido, si entendemos el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables -como filtro hermenéutico-, conforme los respectivos dispositivos del Derecho Internacional de los derechos humanos y de las constituciones de Chile y Brasil, una misma metodología para el estudio comparado de los campos jurídicos y sus culturas jurídicas, en los diversos niveles y materias, es totalmente razonable.

### **Ensayo piloto de la propuesta metodológica en Brasil:**

En la segunda fase de la investigación comparativa de culturas jurídicas, en el campo jurídico brasileño, se aplicó la metodología propuesta y desarrollada en la fase inicial chilena. Pero en este segundo campo jurídico, solo se aplicó de forma “piloto”. En la segunda fase brasileña, la investigación tuvo los fines específicos de: (i) en cuanto al esfuerzo comparativo, visualizar transformaciones que pudieron ocurrir en el campo jurídico brasileño respecto del derecho a la identidad cultural, para hacer una comparación inicial de las respectivas culturas jurídicas con el campo jurídico chileno; (ii) metodológicamente, revisar la metodología propuesta, en sí y testarla como herramienta de estudio comparado, mediante su aplicación “piloto”, en un número reducido de entrevistas a actores jurídicos claves en el nivel constitucional del campo jurídico brasileño. Considerando esta segunda finalidad metodológica, el trabajo de campo en Brasil fue acotado a un número reducido de entrevistas (complementadas y cotejada con información de fuentes secundarias, principalmente bibliográficas) y por ello, también, los resultados que se exponen son sintéticos.

Las entrevistas se realizaron a dos altos magistrados con competencia constitucional, a dos abogados asesores de una alta magistratura de competencia constitucional y a un periodista especializado en la cobertura judicial de los tribunales superiores de justicia brasileños. En todos los casos se usó la misma entrevista semiestructurada (diseñada y modelada en la investigación aplicada en Chile) que se adaptó al ámbito de desempeño del entrevistado y a sus requerimientos de reserva asociados a su cargo y a los tiempos disponibles. Las entrevistas fueron en lengua portuguesa, se tradujeron y se transcribieron profesionalmente de forma íntegra al español<sup>66</sup> y se transcriben solo algunos aspectos relevantes para efectos comparativos.

## **5 Investigación comparada en Chile y Brasil**

Conforme hemos descrito precedentemente, la comparación se realizará considerando: (1) los textos constitucionales, (2) el alcance que se ha dado a dichos textos por tribunales con competencia constitucional; (3) la cultura jurídica desde la percepción de los operadores jurídicos. Las dos primeras dimensiones se consideran como base positiva o normativa, para el estudio de la cultura jurídica, propiamente tal, en el tercer acercamiento. En todos los casos, el hilo conductor estará dado por el derecho fundamental a la identidad cultural.

### **5.1 Cultura jurídica y dimensión positiva constitucional**

#### **Constitución Federal de Brasil de 1988:**

Artículo 231:

Se les reconocen a los indígenas su organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones, y sus derechos originales sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, y corresponde a la

<sup>66</sup> Las entrevistas fueron realizadas por el co-investigador del proyecto y co-autor de este trabajo, Juan Jorge Faundes en Brasilia en el mes de abril de 2019.

Todos los entrevistados fueron grabados, en los audios consta el respectivo consentimiento de los entrevistados y el acuerdo de reservar su identidad, por lo que serán identificados conforme sus tareas como operadores en el sistema judicial brasileño (“juez tribunal superior 1”, “juez tribunal superior 2”, “abogado asesor 1”, “abogado asesor 2” y “periodista”. En total las grabaciones alcanzan aproximadamente a cuatro horas y media de entrevistas.

Unión demarcar, proteger y hacer cumplir todas sus propiedades. § 1º Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios aquellas habitadas permanentemente por ellos, las utilizadas para sus actividades productivas, las indispensables para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, de acuerdo con sus usos, costumbres y tradiciones. § 2º Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios están destinadas a su posesión permanente y al uso exclusivo de las riquezas del suelo, los ríos y los lagos en ellas. § 3º El uso de los recursos hídricos, incluidos los potenciales energéticos, la investigación y la extracción de riqueza mineral en tierras indígenas solo puede llevarse a cabo con la autorización del Congreso Nacional, previa consulta con las comunidades afectadas y su participación en los resultados del proceso minero está asegurada, en la forma de la ley. § 4º Las tierras a las que se refiere este artículo son inalienables y no disponibles, y los derechos sobre ellas son imprescriptibles [...] (traducción libre).

#### Artículo 68:

“A los descendentes [“remanescentes”] de las comunidades de los quilombos que estén ocupando sus tierras, se reconocerá la propiedad definitiva, debiendo el Estado emitirles los respectivos títulos”<sup>67</sup> (traducción libre).

#### Constitución Política de Chile de 1980:

En el caso chileno no existe una disposición constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas, ni de otros grupos minoritarios. Con todo, el reconocimiento sí se puede sostener a partir de la hermenéutica constitucional desarrollada por los tribunales con competencia constitucional -como veremos-. En este sentido, a lo menos, son relevantes los siguientes dispositivos de la Constitución Chilena:

#### Artículo 1:

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado..., promover la integración

<sup>67</sup> La Constitución de 1988 al decir “remanescentes” refiere a los actuales integrantes de los quilombos, en un sentido antropológico, como los “descendientes” de las comunidades *quilombolas* que, de una u otra forma, mantuvieron, su modo de vida tradicional hasta hoy.

armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

#### Artículo 19:

La Constitución asegura a todas las personas: 2º. “La igualdad ante la ley...”

#### Artículo 5 inc. 2:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Examinando los textos, la comparación estrictamente positiva no resultaría posible, porque, como vimos, disposiciones constitucionales expresas de reconocimiento solo las encontramos en el caso de la Constitución de Brasil de 1988. Ahora bien, en perspectiva hermenéutica, la comparación sí es posible, considerando, para el caso chileno el artículo 5 inc. 2º de la Constitución chilena de 1980 que contiene una cláusula de reenvío a los tratados internacionales de derechos humanos<sup>68</sup>. Desde esa perspectiva, la jurisprudencia chilena ha entendido que el bloque de constitucionalidad chileno incluye los derechos a los pueblos indígenas y

<sup>68</sup> En esta materia, aunque no será objeto de comparación, la Constitución Federal de 1988 contempla la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos (art. 5 párr. 2 y 3), pero la jerarquía de esa incorporación a sido también materia de desarrollo jurisprudencial. Con todo, la incorporación interna de los tratados de derechos humanos no tiene la misma relevancia que en Chile, porque el reconocimiento constitucional brasileño es expreso y extenso. En relación con los tratados de derechos humanos, señala CAMPOS MELLO que el STF, originalmente, reconoció a los tratados de derechos humanos el estatus de ley ordinaria, otorgándoles -por tanto- el mismo tratamiento que a los demás tratados internacionales. Solo en 2009, el STF alteró su jurisprudencia, para reconocer a los tratados de derechos humanos estatus supralegal. Con la reforma constitucional n. 45/2004, que introduce el art. 5º, par. 3º, de la Constitución, al disponer de un proceso legislativo para la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos, similar al aplicable a las enmiendas constitucionales, estos tratados alcanzaron el estatus constitucional. Explica que recién en 2009 los tratados internacionales fueron dotados de un status diferenciado de la ley ordinaria: “con el reconocimiento de un estatus supralegal a tales tratados, ellos pasaron a constituir un bloque que se supralegalidad”, que funciona como paradigma de control y como filtro hermenéutico” que impide la eficacia de las normas en conflicto o la interpretación conforme a los tratados. MELLO, PER-RONE, Patricia. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p.253-285, 2019. p. 271-272.

en un plano jerárquico a lo menos equivalente a la Constitución<sup>69</sup>. Al efecto, a continuación, pasaremos a revisar sucintamente cómo se han interpretado, respectivamente, las constituciones de 1988 (Brasil) y la Constitución de 1980 (Chile).

## 5.2 Dimensión normativa hermenéutica

### Precedentes del Supremo Tribunal Federal de Brasil:

En el campo jurídico brasileño, en relación con derechos de pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, particularmente sobre el derecho a la identidad cultural, haremos referencia a la sentencia del caso Caso raposa serra do sol (STF) por ser el primer presente que desarrolló el contenido de la norma constitucional en relación al reconocimiento de los pueblos indígenas en Brasil<sup>70</sup>. Después sintetizamos otros precedentes relevantes para dar cuenta de la cultura constitucional en relación al derecho a la identidad cultural.

Dijo el STF en el Caso raposa serra do sol:

Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborigine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. (p. 236)

*Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva.* (p. 237)

[...] a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de

posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos. (p. 237)

[...] Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. (p. 236)

### Análisis de los precedentes en el campo jurídico brasileño:

Desde la visión del STF (Caso Raposa serra do sol) la Constitución de 1988 aseguró a los pueblos indígenas el derecho sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 231, CF/1988). Definió, como tierras tradicionalmente ocupadas, aquellas por ellos habitadas en carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y “as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (art. 231, §1º, CF/1988). Agregó que la tradicionalidad se refiere: al modo de ocupación de la tierra, a la identidad colectiva de cada etnia y a su cosmovisión. Que tiene relación con determinada forma de estar em el mundo y con su preservación, inclusive en perspectiva inmaterial y espiritual. Esta tradicionalidad se conecta con el deber del Estado de proteger sus formas “de expressão, sus modos de criar, fazer e viver, as produções artísticas, científicas e os espaços referentes a um grupo formador da sociedade brasileira (arts. 215 y 216, CF/1988)”. Asimismo, en relación con el régimen constitucional de tutela de los pueblos indígenas, la “tradicionalidad” (tradicionalidade), constitucionalmente, fue caracterizada por el STF como la posesión originaria, de carácter permanente, marcada por un sentido de continuidad etnográfica y por una relación particular de los pueblos indígenas con la tierra, ligada a su subsistencia y a la preservación de sus costumbres y ritos<sup>71</sup>.

Además, con posterioridad el STF dictó diversos fallos en casos de comunidades quilombolas y sobre constitucionalidad de sacrificios de animales en el ámbito religioso, ampliando su comprensión del derecho a la identidad cultural en el texto constitucional de 1988. En estos casos, siguiendo a Campos Mello y

<sup>69</sup> FAUNDES, Juan Jorge. Convenio N°169 de la OIT en la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en Chile. Tendencias y debates en materia de propiedad y derecho al Territorio. En Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema, 2015. AYLWIN, José; MEZALOPEHANDÍA, Matías; YAÑEZ, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM, Observatorio Ciudadano, 2013.

<sup>70</sup> v. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação popular, Petição n° 3.388*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 19 de março de 2009.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação popular, Petição n° 3.388*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 19 de março de 2009.

Lacerda Accioly<sup>72</sup>, las comunidades quilombolas, compuestas por descendientes de antiguos esclavos fugitivos (“remanescentes”), que mantuvieron un modo de vida tradicional<sup>73</sup>, el STF concluyó que el criterio de la autoatribución era constitucional, conforme el Convenio N°169 de la OIT (artículo 1 N° 2) que reconocía la “conciencia de la propia identidad” como elemento base para establecer los mecanismos de protección de los grupos tradicionales. Asimismo, manifestó la necesidad de comprobación histórica del elemento objetivo de la ocupación tradicional y antropológica de la conexión de la comunidad con un viejo quilombo. El STF declaró constitucional la obligación de proteger la tierra de estas comunidades (inclusiva de todas las áreas necesarias para la “reproducción física, social, económica y cultural” de estas comunidades) e hizo presente que estas garantías fortalecían la identidad cultural de las comunidades quilombolas y su propia preservación. Por último, el STF reconoció la titulación colectiva de la tierra los quilombos<sup>74</sup> como comunidad tradicional, aplicando analógicamente el criterio de reconocimiento de un estatus de protección constitucional (“heterodoxo”) aplicado sobre tierras de los pueblos indígenas, en el caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388).

El Supremo Tribunal Federal, en sus precedentes sobre casos de sacrificios de animales por miembros de religiones de matriz africana<sup>75</sup>, rechazó la idea de un trato cruel a los animales. Observó que las prácticas religiosas que estaban siendo cuestionadas constituían “patrimonio cultural inmaterial”<sup>76</sup> y que correspondían

a las “formas de ser, hacer y vivir en varias comunidades religiosas y se confunden con la propia expresión de su identidad”. Especificó que al constituir manifestaciones populares afrobrasileñas debían ser protegidas, porque se trata de una cultura históricamente estigmatizada (vulnerable), que ha sufrido racismo estructural, y que la protección especialmente otorgada en base a dicha condición no violaba la igualdad constitucional<sup>77</sup>.

Respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el STF fundamentó su decisión en las decisiones que impone el Convenio N°169 de la OIT. Asimismo, en su decisión de mayoría, por una parte, siguió el fallo de la Corte IDH en el caso Mayagna (Sumo) Awas Tingui (referida en el Caso Raposa Serra do Sol), en relación a la falta de garantías del Estado en la obligación de demarcar y proteger la propiedad de los pueblos tradicionales. Y, por otra, justificó su sentencia en las decisiones de los casos *Moiwana v. Suriname* (2005) y *Saramaka v. Suriname* (2007) de la Corte IDH, en las cuales reconoció el derecho de propiedad y a los recursos naturales indispensables para su subsistencia, de la comunidad descendente de los marrones (esclavos fugitivos) sobre las tierras tradicionales que ocupan y o con las que mantenían relaciones territoriales específicas<sup>78</sup>.

En relación a la Constitución de 1988, desde la idea de “patrimonio cultural”, se otorgó protección a los bienes y valores que se vinculen con “la identidad, la acción, la memoria de los diferentes grupos que forman la sociedad brasileña”, incluyendo sus “formas de expresión”, sus “formas de crear, hacer y vivir”, sus obras, objetos y “sitios de valor histórico, paisajístico, artístico,

<sup>72</sup> v. CAMPOS MELLO, PERRONE, Patricia, LACERDA ACCIOLY, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil. En: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (Edts.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019 (en prensa).

<sup>73</sup> Acción directa de inconstitucionalidad del Decreto N°4.887/2003 del presidente de la República, que estableció un procedimiento de demarcación de las tierras ocupadas por comunidades *quilombolas*, en cumplimiento al art. 68 de las Disposiciones Constitucionales Transicionales (“*Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*” o ADCT). Supremo Tribunal Federal, ADI 3239, 2018.

<sup>74</sup> *quilombos* son las agrupaciones de esclavos fugitivos del período colonial e imperial de Brasil y también sus asentamientos (originariamente refugios frente a la persecución colonial). Las actuales comunidades *quilombolas* son consideradas pueblos tradicionales, descendientes de dichos *quilombos*. Aunque no son originarios, como los indígenas, cuentan con “rasgos étnico-culturales marcados por una relación sociocultural especial con la tierra ocupada” (Supremo Tribunal Federal, ADI 3239, 2018, p. 108).

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 494.601, 2019.

<sup>76</sup> Artículo 2.2 c, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio

Cultural Inmaterial de la Unesco.

<sup>77</sup> v. CAMPOS MELLO, PERRONE, Patricia, LACERDA ACCIOLY, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil. En: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019 (en prensa). v.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 3239. Rel. p/ acórdão: Min. Rosa Weber, j. 08/02/2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/10/2016.

<sup>78</sup> v. CAMPOS MELLO, PERRONE, Patricia, LACERDA ACCIOLY, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil. En: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019 (en prensa). v.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3239, Rel. p/ acórdão: Min. Rosa Weber, j. 08/02/2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/10/2016.

arqueológico, paleontológico, ecológico y científico”<sup>79</sup>. Así, la Constitución actual marcó el avance a una comprensión más amplia y plural de la cultura, que incluye aspectos identitarios de grupos vulnerables. En especial, se otorgó un nivel de protección diferenciado a los pueblos indígenas y quilombolas, reconociendo su vínculo intrínseco y cultural con las tierras que tradicionalmente ocupan base de su propia subsistencia.

### Precedentes de cortes con competencia constitucional en Chile:

El primer fallo en Chile en que se aplicó el Convenio N° 169 de la OIT fue “Francisca Linconao con Forestal Palemo (2009). En este caso, una *machi*<sup>80</sup> reclamó la tala ilegal de bosques y la destrucción de manantiales (*menoko*) que afectaban la espiritualidad de estos lugares sagrados y destruyeron hierbas medicinales (*lawen*) fundamentales para su actividad tradicional. Dijeron los jueces en este caso:

[...] el artículo 5 inciso segundo del Código Político señala que el ejercicio de la soberanía tiene como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y... es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos [...]

[...] especial atención deben tener los Estados en la protección y preservación de las tierras y culturas indígenas en todas sus manifestaciones [...]

[...] el Derecho a Vivir en un medio libre de contaminación para la actora se ha visto afectado, puesto que se vulnera la integridad física y psíquica de esa etnia, se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el *Menoko* es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido<sup>81</sup>.

Tribunal Constitucional, TC 2552-2013<sup>82</sup>:

SEXTO: el Tribunal ha validado los mecanismos

de afirmación positiva que establece el legislador. Estos son sistemas destinados a proteger a determinados grupos o sectores de personas que han sido históricamente minusvalorados. Son mecanismos cuyo propósito es asegurar la efectiva igualdad ante la ley... Estas medidas buscan que las personas tengan las mismas oportunidades en el punto de partida (artículo 1° inciso final, de la Constitución) [...]

Este Tribunal ha [considera] que los indígenas [son] un grupo “socio-económicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia”;

SÉPTIMO: [...] la Constitución no establece un tipo de propiedad determinada. Reconoce la propiedad ‘en sus diversas especies’. No hay una sola propiedad, sino tantas propiedades como el legislador configure. No existe una propiedad general y propiedades especiales; existen sólo propiedades distintas, con estatutos propios. No hay en la Constitución un modelo a partir del cual se construyan las distintas propiedades”.

OCTAVO: [...] no solamente hay normas nacionales que el Estado de Chile debe respetar, sino tratados internacionales. Uno de ellos es el Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales... En este sentido, el Convenio establece que ‘deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados’<sup>83</sup>.

Finalmente, en el marco de una extensa jurisprudencia desarrollada por los tribunales superiores chilenos (2009-2020)<sup>84</sup>, la Corte Suprema de Chile da cuenta de la comprensión constitucional en relación al derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas en dos casos que revisamos sintéticamente:

(i) En el caso del Cerro Ceremonial Topater, señaló el máximo tribunal de Chile que el proyecto impugnado perturbó “el derecho legítimo que tienen las recurrentes, tanto al libre ejercicio y desarrollo de sus creencias religiosas y ritos sagrados, garantido para ellas y sus con-

<sup>79</sup> v. CAMPOS MELLO, PERRONE, Patricia, LACERDA ACIOLY, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil”. En, FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvana (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019 (en prensa).

v. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3239*, Rel. p/ acórdão: Min. Rosa Weber, j. 08/02/2018; Supremo Tribunal Federal, *ADI 4.983*, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/10/2016.

<sup>80</sup> Autoridad tradicional del Pueblo Mapuche en el ámbito de la salud.

<sup>81</sup> CHILE. Corte Apelaciones Temuco. *Rol 1773-2008*, 16 sep. 2009. Confirmada, Corte Suprema, *Rol 7287-2009*, 30 nov. 2009, Cons.3°, 4°, 13°.

<sup>82</sup> CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 2552-2013*, 24 dic. 2015.

<sup>83</sup> En los párrafos siguientes transcribe íntegramente los artículos 14 y 15 del convenio en relación con las tierras de uso tradicional de los pueblos indígenas y el derecho a los recursos naturales que existen en sus territorios.”

<sup>84</sup> AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YAÑEZ, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM, Observatorio Ciudadano, 2013. FAUNDES, Juan Jorge. Convenio n.169 de la OIT en la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en Chile. Tendencias y debates en materia de propiedad y derecho al Territorio. En Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema, 2015. FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, n.1, 2020.

géneres [art. 19 N° 6 de la Constitución] de modo que, de tolerar que se los pase a llevar, se los diferenciaría, arbitrariamente”. Y... que los actos recurridos contrarían “la garantía de igualdad y no discriminación que sienta el numeral 2° del propio artículo 19”<sup>85</sup>. (ii) En el caso de Remingual Lemui Cristobal con Ilustre Municipalidad de Osorno, señaló que el uso no consentido de la imagen (fotografía) de un machi en un calendario municipal afectó al requirente “por el menoscabo a su credibilidad como autoridad del pueblo originario al que pertenece, teniendo en consideración además, que su imagen es publicada en un contexto de tradiciones chilenas, no obstante que su condición de machi se contextualiza dentro de la cultura y creencias del pueblo mapuche”.<sup>86</sup>

### **Análisis de los precedentes en el campo jurídico chileno:**

Como se constató, la Constitución Política de Chile (CPR) no contempla en su texto ni el derecho a la identidad -genéricamente-, ni los derechos culturales, para pueblos indígenas u otros grupos. De esta forma, el reconocimiento y protección constitucional del derecho fundamental a la identidad cultural, supone un ejercicio de interpretación, en relación con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que contemplan los derechos de los pueblos indígenas, en relación, asimismo, con otros derechos fundamentales contemplados en la Carta Fundamental. Así, constitucionalmente, el derecho a la identidad cultural se fundó en una visión amplia del principio de igualdad y del respeto de la dignidad humana<sup>87</sup>, de conformidad con el artículo 1 inc. 1° de la Constitución Chilena que establece que es deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” y (inc. Final art. 1 de la Constitución) el derecho a “intervenir con igualdad de condiciones a su mayor realización espiritual y material posible”. Todo, en relación al artículo 19 que asegura a todas las personas (N°2) “La igualdad ante la ley”, (N°4) el derecho a la vida privada y la honra de la persona y la familia, (N°6) la libertad de creencias y de religión, (N°8) el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

y (N°24) el derecho de propiedad<sup>88</sup>, entre otros. Conforme con ello, la protección del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros, suponen un ejercicio hermenéutico de cortes con competencia constitucional.

Conjuntamente, de conformidad al artículo 5 inciso 2° de la Constitución, la jurisprudencia chilena ha reconocido en sus fallos el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, con diversos alcances, invocando el Convenio 169 de la OIT, como tratado internacional de derechos humanos vigente en el país<sup>89</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional admite la existencia de estatutos o normativas especiales, en perspectiva afirmativa para la protección de grupos vulnerables. Para él, en particular, el derecho a la identidad cultural se vincula hermenéuticamente con otros derechos fundamentales, tales como la protección del medio ambiente y el hábitat de estos pueblos, el derecho de propiedad en relación a sus tierras, territorios y recursos

## **5.3 Estudio de la cultura jurídica en los campos jurídicos de Brasil y Chile**

### **5.3.1 La Cultura jurídica chilena y contexto en relación al derecho a la identidad cultural:**

En el campo jurídico chileno imperan un Derecho “monista-positivista”. Pero, al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico, desde sus propias definiciones constitucionales, se encuentra abierto a la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que ha generado una presión inductora de un proceso inicial de transformación. Por ello, sobre la caracterización de la cultura chilena, en general, podemos abordarla desde dos perspectivas: (i) desde la sostenida apertura al Derecho Internacional de los derechos humanos, con un especial desarrollo en el caso de los derechos indí-

<sup>85</sup> CHILE. Corte Suprema. *Rol 3010-2013*, 26 sep. 2013; CHILE. Corte Apelaciones Valdivia. *Rol 501-2011*; (revoca) Corte Suprema, *Rol 3.863-2012*.

<sup>86</sup> Corte Apelaciones Valdivia, *Rol 651-2012*, 7 dic. 2012; Corte Suprema, *Rol 481-2013*, 23 sep. 2013.

<sup>87</sup> CHILE. Corte Apelaciones de Temuco. *Rol 1773-2008*, 16 sep. 2009; Corte Suprema, *Rol 7287-2009*, 30 nov. 2009, Cons. 4° y 13°.

<sup>88</sup> Una descripción del desarrollo hermenéutico del derecho fundamental a la identidad cultural de los tribunales chilenos con competencia constitucional v. FAUNDES, Juan Jorge, El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, n. 1, 2020.

<sup>89</sup> CHILE. Corte Suprema, *Rol 7287-2009*, 30 nov. 2009; Corte Suprema *Rol 2840-2008*, 25 nov. 2009; Corte Suprema, *Rol 10.090-2011*, 22 marzo 2012. En la misma línea los fallos: Tribunal Constitucional, *Rol 2387-2012*, 23 en.2013; Tribunal Constitucional, *Rol 2552-2013*, 24 dic. 2015

genas; (ii) desde las prácticas y la toma de decisiones de los jueces, en relación al derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Desde la recepción del Derecho Internacional de los derechos humanos, Chile, superando diversas condenas por vulneración de la CADH, ha realizado esfuerzos para el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH bajo la doctrina del Control de Convencionalidad<sup>90</sup>, mayoritariamente internalizado por los jueces. En este sentido, el constitucionalismo chileno se enmarca dentro de las visiones que Mariela Morales llama de la “estatalidad abierta”<sup>91</sup>, que suponen, a lo menos, el diálogo entre los sistemas derechos humanos, de los tribunales regionales de derechos humanos con las cortes nacionales. Comparten la necesidad de fortalecer la protección de la persona y los derechos de grupos vulnerables desde el desarrollo de mayores estándares regionales en materia de derechos humanos<sup>92</sup>. En particular, este desarrollo normativo ha llevado a afirmar la existencia de un corpus iuris de derechos de los pueblos indígenas<sup>93</sup>. Este enfoque se evidenció con las sentencias revisadas precedentemente.

Por otra parte, en Chile, el inicio de un nuevo ciclo reivindicativo indígena, al comienzo de los años 90, diversas organizaciones mapuche plantearon un conjunto de demandas de derechos de los pueblos indígenas que fue el punto de partida para un sostenido proceso de reconocimiento de derechos. Por su parte, los jueces en las diversas competencias y niveles jurisdiccionales, han venido dando respuesta a las demandas indígenas. Sin embargo, el proceso evolutivo de reconocimiento de derechos que se observa es complejo, ya que se encuentra cruzado por disputas y frecuentes críticas hacia el sistema judicial por la “permisibilidad” y el apoyo a

las lógicas privadas inversoras. Por ejemplo, encontramos un desarrollo jurisprudencial relevante en materia de propiedad, cruzado por conflictos entre intereses de privados y comunidades indígenas, con conflictos por la ocupación tradicional, la propiedad colectiva, respecto de las lógicas preponderantes de la propiedad registral; también hay conflictos en materia de consulta indígena y proyectos de inversión con efectos ambientales; o bien, en materia de “justicia indígena”, donde se demanda el derecho a la resolución de conflictos reconociendo las formas tradicionales indígenas, su derecho propio y o con intervención de autoridades tradicionales indígenas.

Particularmente, muchos de los debates enunciados ocurrieron en paralelo a la llamada “Reforma a la Justicia”, en especial en el campo penal y tuvieron efectos no solo en la gestión judicial, sino que en materia de derechos humanos y de derechos de los pueblos indígenas<sup>94</sup>. Entre otros aspectos, se puede destacar, la invocación, cada vez más frecuente, de la “defensa cultural”<sup>95</sup> en los tribunales penales, en particular de parte de abogados especializados, perteneciente a la Defensoría Penal Pública que están apoyados por facilitadores interculturales o la intervención como expertos de autoridades tradicionales indígenas y de peritos antropólogos en causas judiciales<sup>96</sup>.

En el marco de los avances y tensiones indicados, en una visión crítica a la gestión del sistema judicial, Le Bonniec y Cloud señalan:

El poder judicial chileno se caracteriza por una posición extremadamente legalista y resistente al reconocimiento de los derechos colectivos. Tampoco existe un método adecuado para interpretar la Constitución en Chile: se sigue leyendo a través de la interpretación prevista en el Código Civil, que impide una interpretación dinámica y favorable de la Ley Fundamental de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y los desarrollos internacionales vinculantes sobre los derechos de los pueblos indígenas.<sup>97</sup>

<sup>90</sup> v. HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017.

<sup>91</sup> MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O Estado Aberto: Objetivo do Ius Constitutionale Commune. *En: BOGDANDY, Armin von, MORALES ANTONIAZZI, Mariela, PIOVESAN, Flávia (coord). Ius Constitutionale Commune na América Latina: marco conceptual*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 53-74.

<sup>92</sup> FAUNDES, Juan Jorge, “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación”. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 2, n. 2. p. 513-535, ago. 2019.

<sup>93</sup> AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YAÑEZ, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM, Observatorio Ciudadano, 2013.

<sup>94</sup> CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. *Reforma procesal penal y pueblos indígenas*, 2015.

<sup>95</sup> COUSO, Javier. Mapuches y Derecho Penal. In: OLEA RODRÍGUEZ, HELENA (ed). *Derecho y Pueblo Mapuche: aportes para la discusión*. Santiago: Centro de Derechos Humanos UDP, 2013. p. 155-214; LILLO. LE BONNIEC, Fabien. *Juridicité autochtone et différence culturelle*. *Ethnologie française*, v. 169, n. 1, p. 141, 2018.

<sup>96</sup> BERHO, Marcelo; CASTRO, Paulo; LE BONNIEC, Fabien. *La Pericia Antropológica En La Araucanía de Chile. Entre Teorías Y Prácticas*, 2003 - 2014. *Antropologías Del Sur*, v. 16, n. 3, p. 107-126, 2018.

<sup>97</sup> CLOUD, Leslie ; LE BONNIEC, Fabien. *Dynamiques actuelles de criminalisation et de judiciarisation des droits autochtones au*

Con todo, en materia de acceso a la justicia, podemos referir a la suscripción por parte de la Corte Suprema del “Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas, comunidades y pueblos indígenas”<sup>98</sup>; y, más recientemente, la adhesión de la Asociación Nacional de Magistrados a un protocolo de atención a usuarios y usuarias mapuche en los tribunales y juzgados de la Macrorregión Sur (Pau-Mapu)<sup>99</sup>. Así, por una parte, en Chile se puede observar una resistencia a llevar procesos de cambios constitucionales<sup>100</sup>, como una judicatura poco propicia a producir una jurisprudencia favorable al reconocimiento de los derechos indígenas<sup>101</sup>. Con sus más altos tribunales y cortes, muy formalistas<sup>102</sup>, que han tenido una tendencia a pronunciarse de forma “excesivamente deferente con los poderes políticos”<sup>103</sup>.

No obstante, a pesar de esta resistencia y de la ausencia de un marco constitucional progresista, diversos fallos, han venido admitiendo la emergencia de nuevos actores, lo que sugiere una permeabilidad emergente del monoculturalismo jurídico chileno a reconocer el derecho a la identidad cultural<sup>104</sup> y la capacidad de sus

actores de contextualizar sus decisiones. Este reconocimiento inicial, principalmente jurisprudencial, está más bien localizado en las regiones de mayor concentración indígena (En el norte, Aymara y Quechua, y en la macro región sur, Mapuche). Este fenómeno deja aparecer un abanico de actores relevantes en los procesos de reconocimiento legal de prácticas asociadas al enunciado derecho fundamental a la identidad cultural.

### 5.3.2 La Cultura jurídica brasileña y contexto en relación al derecho a la identidad cultural:

Abordamos la contextualización de la cultura jurídica brasileña desde tres perspectivas: (i) en relación a las instituciones la “permeabilidad” del monismo jurídico y las nuevas perspectivas del derecho a la identidad cultural; (ii) en relación a la recepción limitada del Derecho Internacional de los derechos humanos; (iii) una perspectiva crítica al “patrimonialismo”.

Desde un punto de vista constitucional, se observa una cierta dualidad, una tensión entre la apertura constitucional que se despliega con el texto de 1988 y las prácticas institucionales que muchos más lentas que el texto fundamental van dando cuenta de la valoración de la diversidad y del derecho a la identidad cultural. En ese sentido, las visiones de la cultura jurídica y la cultura constitucional, según en qué aspecto se centre la atención, son más o menos optimistas. Así, desde la mirada de los cambios normativos que introduce la Constitución de 1988, señalan Campos Mello y Lacerda Accioly que el fortalecimiento de la democracia brasileña fue esencial para iniciar un proceso de reconocimiento de la diversidad -contrario al estatus dominante- que ha significado una “resignificación del sentido del pueblo brasileño”. Al respecto, señalan que la Constitución de 1988: permitió un giro en el alcance de la protección constitucional de la cultura; estableció el deber de las autoridades públicas de promover y proteger la cultura; determinó la responsabilidad del Estado en el deber de proporcionar a todos el acceso a la cultura; reconoció a la persona como quien produce cultura y como quien se beneficia de ella. En el mismo sentido señalan que la Constitución de 1988:

[...] alteró sustancialmente el sentido atribuido a la expresión ‘patrimonio cultural’, determinando la

Chile. *En*: BELLIER, IRÈNE; HAYS, JENNIFER (org.). *Echelles de gouvernance et peuples autochtones : de nouveaux droits ou la répétition des erreurs du passé ?* Paris: L’Harmattan, 2019, p. 235–254. p. 250.

<sup>98</sup> La Corte Suprema, como miembro de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana desarrollada en el año 2014 en Santiago de Chile, ha suscrito el Protocolo iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas, comunidades y pueblos indígenas

<sup>99</sup> Prensa UC Temuco» Asociación de Magistrados aprueba protocolo de atención elaborado por la UC Temuco. Disponible en: <<https://prensa.uct.cl/2019/10/asociacion-de-magistrados-aprueba-protocolo-de-atencion-elaborado-por-la-uc-temuco/>>.

<sup>100</sup> RODRÍGUEZ, César. Navegando la globalización: un mapa-mundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina. *In*: RODRÍGUEZ, CÉSAR (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011. p. 69–84.

<sup>101</sup> CLOUD, L.; LE BONNIEC, F. The competing logics of the state and indigeneity: the dynamics of Mapuche territoriality in the context of indigenous peoples’ right to self-determination. *Quaderns de l’Institut Català d’Antropologia*, v. 17, n. 1, 2012.

<sup>102</sup> COUSO, Javier; HILBINK, Lisa. From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile. *En*: HELMKE, GRETCHEN; RÍOS-FIGUEROA, JULIO (eds.). *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 99–127.

<sup>103</sup> POU, Francisca. Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo. *In*: RODRÍGUEZ, CÉSAR (ed.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011. p. 235.

<sup>104</sup> LE BONNIEC, Fabien. Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje antropológico en las cortes de justicia del sur de Chile. *In*:

CARRASCO, MORITA; LUXARDO, NATALIA (eds.). *El orden cuestionado: lecturas de antropología jurídica*. Buenos Aires: UNSAM Edita, 2018. p. 117–130.

protección de los bienes que digan relación con 'la identidad, la acción, la memoria de los diferentes grupos que forman la sociedad brasileña', incluyendo sus 'formas de expresión', sus 'formas de crear, hacer y vivir', sus obras, objetos y 'sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico'.<sup>105</sup>

De esta forma, concluyen que la Constitución brasileña de 1988 avanzó en una "comprensión más amplia y plural de la cultura, que incluye aspectos identitarios de grupos vulnerables". Y que, al mismo tiempo, se abandonaron las concepciones asimilacionistas y homogeneizantes en relación a estos grupos", para otorgar una protección diferenciada a los pueblos indígenas y quilombolas, "reconociendo su vínculo intrínseco y cultural con las tierras que tradicionalmente ocupan"<sup>106</sup>.

Mientras, desde la revisión de las prácticas de la cultura jurídica en Brasil, -entre otros: Roberto Lyra Filho, Luís Alberto Warat, Roberto Aguiar, Agostinho Ramalho Marques Neto, Antônio Carlos Wolkmer, José Eduardo Faria, Leonel Severo Rocha, Lênio Luiz Streck, José Luiz Bolzan), cuestionan los límites de la Teoría del derecho de matriz monista y formalista, todavía fuertemente basada en el monismo legal, caracterizado, por la estadidad, singularidad, positividad y racionalidad. Plantean que dicha cultura jurídica dificulta hacer frente a los desafíos de las nuevas configuraciones sociales y los conflictos emergentes de la diversidad cultural<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> v. CAMPOS MELLO PERRONE, Patrícia, LACERDA ACCIOLY, Clara. "El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil". En, FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019 (en prensa).

v.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 3239, Rel. p/ acórdão: Min. Rosa Weber, j. 08/02/2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/10/2016.

<sup>106</sup> v. CAMPOS MELLO PERRONE Patrícia, LACERDA ACCIOLY, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil. En: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019 (en prensa). v.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3239, Rel. p/ acórdão: Min. Rosa Weber, j. 08/02/2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/10/2016.

<sup>107</sup> WINCKLER, Silvana Terezinha; CANZI, Idir; BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. Direitos humanos e multietnicidade como desafios à Cultura jurídica brasileira. *Revista Direitos Culturais*, v.6. n. 11, 2011. p.6.

WINCKLER, Silvana Terezinha; CANZI, Idir; BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. Direitos humanos e multietnicidade como desafios à Cultura jurídica brasileira. *Revista Direitos Culturais*, v.6. n.

Con todo, en la actualidad, dando cuenta del cambio normativo y de las tensiones en la cultura jurídica, por sobre las resistencias de la cultura jurídica occidental hegemónica, se visualiza el desgaste de sus fundamentos paradigmáticos, como la crisis de valores y desajustes institucionales lo que abriría espacios para construir un nuevo paradigma para la cultura jurídica y política<sup>108</sup>, comprensiva de la diversidad cultural y el derecho a la identidad cultural. Así, se afirma que el derecho a la identidad cultural, si bien, viene permeando lenta y progresivamente la cultura jurídica, aún se trata de "derechos en disputa", particularmente respecto de recursos naturales<sup>109</sup>.

Un segundo aspecto relevante de la cultura jurídica brasileña, especialmente en el ámbito constitucional, refiere a la protección internacional de los derechos humanos. Como pudimos revisar, el texto de la Constitución determinó de 1988 (art. 5º, par. 2º, más la adenda posterior del párrafo 3º), los derechos fundamentales contemplados en la Constitución comparten marco normativo constitucional con aquellos contemplados en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Brasil forma parte. En estos términos, la Constitución de Brasil de 1988 introdujo una cláusula de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y estableció las bases para un diálogo entre los tribunales internacionales y los nacionales en materia de derechos humanos<sup>110</sup>.

En este sentido, se afirma que en Brasil existe una cultura jurídica más conservadora respecto de la in-

11, 2011. p.1.

<sup>108</sup> WINCKLER, Silvana Terezinha; CANZI, Idir; BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. Direitos humanos e multietnicidade como desafios à Cultura jurídica brasileira. *Revista Direitos Culturais*, v.6. n. 11, 2011. p.6.

<sup>109</sup> Dice Verdum: "La eficacia de los derechos indígenas, terreno en disputa [...] --En los últimos tres años [2016-2019], las normas relativas al reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y de las comunidades tradicionales y las que regulan la creación y el uso de áreas protegidas, en particular de unidades de conservación (UCs) son el centro de la disputa de los pueblos indígenas con los grupos económico-políticos y financieros interesados en la flexibilización y revisión de esos derechos". VERDUM, Ricardo. La estrategia conservadora y neoliberal contra los derechos de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales en Brasil. *Debates indígenas*, nov. 2019. p. 3-4. v. AMORIM, Fabrício, BURGER, Leila, RODRIGUES, Patrícia, ALCANTARA E SILVA, Victor. *Silenced genocides: genocídios silenciados*. São Paulo: Edited by: IW-GIA/GAPK, 2019.

<sup>110</sup> VARELLA, Marcelo. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Tese (Doutorando em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.

fluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, porque el uso de la jurisprudencia interamericana no sería una práctica internalizada en la argumentación de jueces y abogados<sup>111</sup>. Asimismo, que el control de convencionalidad no ha logrado instalarse como un mecanismo jurisdiccional que integre la que podríamos llamar “caja de herramientas” de los jueces<sup>112</sup>. Como dice Campos Mello los jueces no deciden en base a las normas de derechos humanos, “las decisiones de la Corte IDH siguen siendo un elemento ‘extraño’ y muy poco familiar para el conocimiento jurídico general”. Plantea que incluso la jurisprudencia es reacia a atribuir eficacia mayor a la ratio decidendi de las decisiones de la Corte IDH<sup>113</sup>; y que la resistencia alcanza, hasta el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH dictadas contra Brasil que de ocho condenas, solo ha cumplido una decisión íntegramente<sup>114, 115</sup>

<sup>111</sup> CAMPOS MELLO, PERRONE, Patrícia. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019. p. 271-272.

<sup>112</sup> Sobre el control de convencionalidad interamericano en Brasil v. FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do controle de convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Coord). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3. p. 295-297; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Apresentação. En: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. XIII-XV.

<sup>113</sup> Por ejemplo, la acción directa de inconstitucionalidad sobre la validez de la Ley de Amnistía al régimen militar fue declarada improcedente (ADPF 153). La decisión se tomó contrariando los precedentes de la Corte IDH, incluso en oposición a la sentencia del Caso Gomes Lund v. Brasil (20109). CAMPOS MELLO, PERRONE, Patrícia. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p.253-285, 2019. p 273-274.

<sup>114</sup> Corte IDH. Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Escher e Outros vs. Brasil, 20 de febrero de 2012. Sentencias parcial o totalmente: Herzog y otros vs. Brasil, j. 15 de marzo de 2018; Caso Pueblo Indígena Xucuru vs. Brasil, j. 5 de febrero de 2018; Caso Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, j. 20 de octubre de 2016; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de Favela Nova Brasília vs. Brasil, 30 de mayo de 2018; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de Garibaldi vs. Brasil, 22 de febrero de 2012; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de Ximenes Lopes vs. Brasil, j. 17 de mayo de 2010.

<sup>115</sup> CAMPOS MELLO, PERRONE, Patrícia. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p.253-285,

En los apartados anteriores vimos la relativa permeabilidad que ha tenido la cultura jurídica brasileña en relación con el derecho a la identidad cultural en los precedentes revisados. Y más adelante lo cotejaremos con la percepción de los actores jurídicos entrevistados.

Una última cuestión el denominado “patrimonialismo” que -aunque se encuentra presente en diversos escenarios nacionales- tiene especial impacto en el caso de Brasil. Esta característica de la cultura jurídica (en interacción con la cultura general) habla de una confusión entre lo público y lo privado, al punto de una percepción de que el Estado existe para el servicio propio y de que las normas no se aplican en igualdad entre distintos grupos sociales, porque están mucho más apegadas al status del grupo a que uno pertenece. En este contexto, por ejemplo, es difícil reconocer derechos a las comunidades indígenas o tribales, porque colisionan con intereses de otros grupos de status más elevado/más próximos del poder. En estrecha relación con el “patrimonialismo” está “o jeitinho brasileiro”<sup>116</sup> que tanto refiere a la alegría, al afecto cotidiano y a una suerte de resiliencia frente a la adversidad y desigualdad social del pueblo brasileño, como también contiene una caracterización de la cultura política y jurídica, crítica, que identifica una cultura jurídica que se basa en el contornar y acomodar las reglas o directamente violar la ley (como pedir al juez amigo flexibilidad), en vincular la ética privada con el comportamiento en la esfera pública, haciendo que decisiones que debían ser impersonales, se tornen personales, comprometiendo, finalmente, la aplicación igualitaria del derecho<sup>117</sup>. Como dice Luis Roberto Barroso:

Na sua acepção mais comum, jeitinho identifica os comportamentos de um indivíduo voltados à resolução de problemas por via informal, valendo-se de diferentes recursos, que podem variar do uso do charme e da simpatia até a corrupção pura e simples. Em sua essência, o jeitinho envolve uma personalização das relações, para o fim de criar regras

2019. p 273-274.

<sup>116</sup> Para el lector en español se podría traducir como “el estilo brasileño”, pero su alcance está lejos de agotarse en esta expresión hispana.

<sup>117</sup> BARROSO, Luis Roberto. Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim. Ponencia presentada en la Brazil Conference, Universidad de Harvard, 2017. *Consultor Jurídico*, 10 abr. 2017. p. 5; Campos Mello 214-219. HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1991 (a 1ª edição é de 1936); HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Op. cit., p. 134-148. SILVEIRA SIQUEIRA, Gustavo. Movimentos sociais e cultura jurídica brasileira. *Revista Direitos Culturais*, v. 5, n. 8, 2010.

particulares para si, flexibilizando ou quebrando normas sociais ou legais que deveriam se aplicar a todos. Embutido no jeitinho, normalmente estará a tentativa de criar um vínculo afetivo ou emocional com o interlocutor.<sup>118</sup>

Estas prácticas constitutivas de la cultura jurídica brasileña se encontrarían arraigadas desde la propia historia de la colonización del país, siendo constitutivas de privilegios de arrastre histórico para ciertos grupos y familias, expandidas luego al ámbito público, caracterizadas por la protección oligarca patriarcal en desmedro de movimientos sociales populares<sup>119</sup> y, en particular, de grupos vulnerables. En todos estos casos de “patrimonialismo” y del “jeitinho brasileiro”, se involucran con la cultura jurídica, porque se trata de un comportamiento cultural que, favoreciendo élites, alcanzaría magistrados, fiscales, litigantes y otros actores del campo jurídico.

### **5.3.3 La percepción de la cultura jurídica y el derecho fundamental a la identidad cultural desde los operadores jurídicos**

En este apartado -según se desarrolló en la descripción metodológica inicial- presentamos una síntesis de las entrevistas a actores jurídicos chilenos y brasileños, sintetizando una aproximación a sus concepciones de la cultura jurídica y la relación de ella con el derecho a la identidad cultural. Así, en esta parte, la propuesta de metodología busca: (i) una descripción de la cultura jurídica desde la comprensión de los operadores del respectivo campo jurídico; (ii) una descripción de los actores del campo jurídico de cómo esa cultura jurídica ha recepcionado el derecho a la identidad cultural.

<sup>118</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro*: por que a gente é assim. Ponencia presentada en la Brazil Conference, Universidad de Harvard, 2017. *Consultor Jurídico*, 10 abr. 2017. p. 5. Disponible em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integracao-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>.

<sup>119</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro*: por que a gente é assim. Ponencia presentada en la Brazil Conference, Universidad de Harvard, 2017. *Consultor Jurídico*, 10 abr. 2017. p. 5-7. Disponible em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integracao-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>; HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1991; p. 134-148. SILVEIRA SIQUEIRA, Gustavo. *Movimentos sociais e cultura jurídica brasileira*. *Revista Direitos Culturais*, v. 5, n.8, 2010.

### **5.3.3.1. La percepción de la cultura jurídica y el derecho fundamental a la identidad cultural desde los operadores jurídicos en el caso chileno (entrevistas):**

#### **¿Qué entiende por cultura jurídica?**

Señala un abogado defensor de indígenas:

La cultura jurídica es como nos regimos, partiendo del hecho de que hay tres poderes del Estado; Poder ejecutivo, Legislativo, y Judicial, y la Carta Magna que es la Constitución yo creo que todo en cierto modo tenemos un poquito de cultura jurídica. Después uno ya empieza a tener un concepto más técnico de cultura cuando entra a la universidad, a saber, la terminología jurídica, a usar correctamente el vocabulario jurídico también a la hora de enfrentarse a un proceso oral o a un proceso escrito, utilizar correctamente los tecnicismos o las palabras que uno pudiese emplear.<sup>120</sup>

Se enfatiza por este actor que la cultura jurídica supone un aprendizaje formal e informal de diversas valores, principios y actitudes a adoptar en el actuar profesional. En este mismo sentido, un juez indica que:

“En general la cultura jurídica son los principios que abordan el derecho, la buena fe, el principio de la libertad contractual en el derecho civil, el principio de indubio pro reo, también el principio de igualdad ante ley, el debido proceso. Para mí eso es cultura jurídica.”<sup>121</sup>

Mientras que otro abogado defensor insiste más bien sobre sus aspectos prácticos, al mencionar que “los conocimientos propios que se ven el ámbito jurídico y que involucran a todas las partes y que van creando una cultura valga la redundancia respecto del qué hacer o del desenvolvimiento diario de todos los actores del sistema.”<sup>122</sup> Asimismo, otro de los magistrados destaca cómo la cultura jurídica en Chile sigue muy anclada en el formalismo:

[...] hay una cultura jurídica en Chile dada en parte por la estructura judicial que tenemos de una suerte como de respeto cuasi religioso a ciertas maneras de hacerse las cosas a veces la falta de cuestionamiento ante ciertas decisiones solo porque se apartan de lo que algún superior a dicho en sentido diverso. (...) [Existe un] gran culto al formalismo, sin duda, un gran culto al statu quo, a lo que se encuentra supuestamente asentado y un cierto temor al cambio de enfoque que puede aplicar un cambio de razonamiento jurisprudencial.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> Entrevistado E1.

<sup>121</sup> Entrevistado E2.

<sup>122</sup> Entrevistado E3.

<sup>123</sup> Entrevistado E4.

El mismo magistrado observa la permanencia de rasgos de este formalismo en la actualidad y a pesar de los cambios producidos tanto en el derecho chileno como en la sociedad chilena. Refiriéndose a la fórmula “con la venia de su señoría ilustrísima” que todo litigante tiene que enunciar a empezar su alegato ante una corte de apelaciones, el magistrado afirma “que esa expresión es el reflejo de lo que hablamos de cultura de pensamiento cuasi religioso o cuasi mágico de la posición de esta figura dentro del aparato judicial, eso a mí me llamó siempre la impresión y lo encontré siempre tan absurdo, porque vivimos en una república democrática, dejamos de lado la monarquía hace algún tiempo aparentemente pero no en todos los ámbitos y en este ámbito en particular tenemos este resabio monárquico muy metido en la manera de funcionar”<sup>124</sup>.

### ¿Identifica el derecho a la identidad cultural en la cultura jurídica chilena?

Un abogado privado que litiga en el ámbito penal expresa que para defender a imputados procesados en el contexto de las reivindicaciones indígenas mapuche, se puede relacionar la relativa estabilidad política de Chile con la existencia de esta cultura jurídica “en atención a que la forma de resolver conflictos es a través de un tercero imparcial que esta proporcionado por la institucionalidad del Estado [lo que] se debe al excesivo o fuerte legalismo que existe en el país.”<sup>125</sup>

Expresa un defensor penal público:

Los jueces, los fiscales, los defensores, los abogados en general han estudiado en la universidad todos lo mismo, diría yo con una misma línea de pensamiento todos somos iguales, todos somos chilenos, a todos se le aplica la misma ley, las leyes son las que dicta nuestro parlamento (...). A medida que pasa el tiempo vamos ejerciendo distintas funciones; jueces, fiscales, defensores, pero en su origen estudiamos lo mismo, y en ese mismo no estudiamos la identidad cultural del Pueblo Mapuche, por lo tanto, quien resuelve, el juez tiene la misma que tenían todos los otros abogados, cuesta, por eso que cuando se van cambiando las cosas me parece que siempre hay algunos jueces que van a estar más aventajados que sus colegas o que los abogados.<sup>126</sup>

El ministro de la Corte Suprema entrevistado, sobre la diversidad cultural y el derecho fundamental a la identidad cultural expresa que:

<sup>124</sup> Entrevistado E4.

<sup>125</sup> Entrevistado E5.

<sup>126</sup> Entrevistado E6.

La diversidad existe de todas formas y en los últimos años se ha puesto más de manifiesto con la evolución misma de la sociedad y yo pienso que es un gran desafío para las generaciones particularmente las un poco más mayores porque la gente joven los estudiantes de colegios ya lo ve en el colegio, lo viven y lo tienen incorporados a su manera de ser es a los más mayores a los que nos cuesta más.

Es un gran aporte para la cultura en general, no es una sola línea sino que son varias líneas que se incorporan, se entrecruzan y permiten ampliar la visión, por ejemplo con lo que piensa la persona indígena, lo que piensa la persona migrante, lo que piensa la persona homosexual que se yo, hay toda una cantidad de variantes que uno incorpora y al incorporarlas nace un sentido más respetuoso y un sentido más democrático”.

En relación al derecho a la identidad cultural y su ejercicio por personas indígenas en tribunales, el magistrado de la Corte Suprema señala que:

[...] todas las personas en situación de vulnerabilidad tendrían que [tener] un trato especial sin producir un desequilibrio, la idea siempre es que las partes en los conflictos estén en equilibrio, suponemos que las personas en situación de vulnerabilidad está en desequilibrio entonces todo lo que nosotros hagamos desde una ley hasta una buena práctica es para que estén en equilibrio y ahí entonces poder administrar justicia. Entonces si al migrante nosotros le ponemos un traductor lo hemos colocado en situación de equilibrio y le hemos permitido al juez además entender, ese es el aporte de todas estas medidas que apoyen y lo propio con la persona indígena porque puede haber alguien que le explique al juez cuales son los pensamientos, las costumbres, las tradiciones religiosas, etc. y de esa manera se produce el equilibrio.

### ¿Qué interacciones visualiza entre la cultura jurídica y el derecho a la identidad cultural?

Expresa uno de los jueces entrevistados que “en todo caso, con la interrelación que hay, todas las personas conocen los tipos penales, entonces no hay mayor diferenciación entre personas de la etnia mapuche y personas chilenas.”<sup>127</sup> Por su parte, un defensor penal señala:

Existe ahora la aplicación del Convenio 169, pero creo que, como lo dije anteriormente, no han marcado mucho respecto de la aplicación del derecho. Creo yo el recurso de protección que ganó la machi Francisca Linconao a un particular por la tala de un bosque nativo. Creo que eso marco mucho porque en ese tiempo aún no se había implementado el Convenio 169 en Chile, pero se

<sup>127</sup> Entrevistado E7.

entendió en esa resolución que se debía aplicar los derechos de los pueblos indígenas y se hizo una pseudo aplicación de ese convenio, por lo tanto creo que es un hito súper importante y creo que ahí un hito que marca un antes y un después en la aplicación de justicia de los pueblos indígenas.<sup>128</sup>

El magistrado de la Corte Suprema, sobre la recepción por parte de los tribunales de la diversidad e identidad cultural, señala:

Yo pienso que... los esfuerzos se han desplegado en algunos casos por algunos magistrados pero no es todavía suficiente porque esto es un proceso que está en marcha entonces el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad es algo que de a poco se ha ido incorporando a la cultura de los magistrados y del personal de los tribunales y este tema de la diversidad cultural también. Entonces paulatinamente tendremos que ir avanzando en eso.

Sobre cómo se evidenciarían esos avances indica que:

[...] la forma es muy simple es el caso que llega al tribunal que se mira con un enfoque diferente ya no es Pedro contra Juan sino que es Pedro contra Juan migrante, Pedro contra Juan indígena, Pedro contra Juana mujer migrante e indígena por decir. Entonces la visión es diferente porque hemos hecho un esfuerzo en ese sentido, los tribunales también lo han hecho, hay múltiples actividades en los tribunales y el tema de la raíz cultural diferente también tiene que llegar a ser parte de la consideración ha sido en algunos casos de alguna manera... históricos [leading case]pero todavía no están como absolutamente impregnados [internalizados].

En particular, sobre cómo el sistema de justicia chileno enfrenta las cuestiones sobre derechos del Pueblo Mapuche y, indica el juez de la Corte Suprema “que todavía el Estado de Chile no se pone muy de acuerdo de cómo entenderse con la cultura mapuche, los jueces no son mapuche, entonces tienen que hacer el esfuerzo por incorporarse, etc.”. Agrega que se trata de una relación “un poco precaria salvo casos especiales en que el tribunal está preparado, lo entiende bien y actúa en consecuencia”.

Finalmente, al Magistrado de la Corte Suprema se le consultó sobre el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, en particular por una condena a Chile, en que se hizo referencia al derecho fundamental a la identidad cultural<sup>129</sup>. Expresó que “hemos reconocido

que existe una Corte Interamericana y que sus decisiones son vinculantes y no porque lo digamos nosotros, sino porque los países, Chile en este caso, lo dijo cuándo firmó y cuando adhirió al convenio [CADH]. Entonces esto es una consecuencia de haber adherido al convenio y de habernos incorporado a ese sistema [SIDH]. Entonces, las discusiones que se produjeron [porque] todavía no hemos evolucionado en conjunto respecto de este asunto y que vamos a mantener discrepancia y que nos va costar mucho...”.

### **Análisis entrevistas campo jurídico chileno.**

Estas distintas perspectivas permiten poner en relación el ámbito jurídico con otras esferas de la sociedad, como es la social y la política. La cultura jurídica sigue apareciendo como un ente regulador de estas distintas dimensiones. Al mismo tiempo, la cultura jurídica aparece como un punto de tensión y de crítica, vector de subjetivación de los actores jurídicos en su quehacer cotidiano.

Parte de los debates en los tribunales, se relacionan con los principios y reglas, supuestamente veladas por la cultura jurídica, como es imparcialidad del juez, el respeto de las garantías, generando un espacio de discursividad y de formación de un régimen de verdad similar a la meta-cultura, según es definida por Briones<sup>130</sup>. Así, la emergencia del derecho a la identidad cultural en Chile ha constituido un punto de tensión entre los actores jurídicos, y de forma más amplia en la sociedad regional y nacional, al imponer un cambio de paradigma en sus formaciones tal como le expresó un defensor público entrevistado o, a lo menos, un grado de avance aún insuficiente, en perspectiva de un Ministro de la Corte Suprema. Asimismo. De la voz de los distintos actores jurídicos entrevistados, el derecho a la identidad cultural se ejerce, principalmente, a través del derecho a hablar su propio idioma por intermedio de facilitadores interculturales, e invocar la ley indígena y el Convenio 169 de la OIT.

Como señaló uno de los jueces entrevistados, finalmente, la comprensión de los actores jurídicos sobre el derecho a la identidad cultural se refiere a “diferencias en cuanto a la apreciación cultural”, pero que, en definitiva, no considera que exista “mayor diferenciación entre personas de la etnia mapuche y personas

<sup>128</sup> Entrevistado E8.

<sup>129</sup> Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) VS. Chile. Sentencia

de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas).

<sup>130</sup> BRIONES, Claudia. *(Meta) cultura del estado-nación y estado de la (meta) cultura*. Brasília: 1998, 244. Série Antropologia. p. 6-7.

chilenas.”<sup>131</sup>. Tal posición compartida por otros actores jurídicos, en particular magistrados y fiscales, se sustenta sobre lo que Wladimir Martínez ha llamado “El trato impersonal y la “fetichización” de los procedimientos formales” en los tribunales que “contribuyen a la conformación de una “cosmovisión jerárquica” que invisibiliza las diferencias, al omitir la presencia de los mapuche en los espacios judiciales, bajo un marco ideológico que sostiene el carácter universal del sujeto de derecho moderno occidental.”<sup>132</sup> Mientras que abogados defensores, en particular aquellos que defienden casos involucrando a personas mapuche, visualizan a la misma vez las dificultades estructurales del derecho chileno de recurrir a normativas especiales como el convenio 169, a la vez que perciben algunos avances que dan cuenta del potencial de sus usos y aplicaciones.

Mientras que abogados defensores, en particular aquellos que defienden casos involucrando a personas mapuche, visualizan a la misma vez las dificultades estructurales del derecho chileno de recurrir a normativas especiales como el convenio 169, a la vez que perciben algunos avances que dan cuenta del potencial de sus usos y aplicaciones.

### 5.3.3.2. *La percepción de la cultura jurídica y el derecho fundamental a la identidad cultural desde los operadores en el caso brasileño (entrevistas):*

#### ¿Qué entiende por cultura jurídica?

Señala un juez de competencia constitucional que:

[...] la cultura jurídica es definida de forma diversa a partir de los roles y espacios que ocupan los operadores; que puede ser definida desde un modo general del lenguaje y de forma especial en el lenguaje jurídico, a partir del lugar desde donde el observador ve [...] no creo que haya un concepto deontológico de cultura jurídica que se auto explique... [Por ello] no es posible tener una única percepción de todos los actores, porque dependiendo de qué actores jurídicos estemos hablando, el lugar del habla también demarca la racionalidad en la cual se coloca el actor jurídico<sup>133</sup>.

Otros actores jurídicos describen el concepto de cul-

tura jurídica en sus diversas dimensiones. Señalan que la cultura jurídica, genéricamente, corresponde:

[...] a la comprensión que tenemos de nuestras tradiciones jurídicas y de nuestra formación, de los objetivos de nuestra legislación, de nuestra formación de Derecho, de nuestra Constitución, etc.<sup>134</sup>

Así, se describen varios enfoques en la comprensión de la cultura jurídica. Por ejemplo: un pensamiento tradicional, académico o formal de la cultura jurídica, que se pregunta:

[...] cuál es el conjunto de manifestaciones que consideramos Derecho y que consideramos vinculantes: qué entendemos, cuáles son los límites de la interpretación (por ejemplo), cómo interpretamos, cuál es la ordenación de los precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, hasta dónde puede llegar el juez, cuál es el límite del juez, hasta dónde puede ir el parlamento, cuál es el límite del parlamento, etc.<sup>135</sup>

Las respuestas a dichas preguntas son las que contornan la cultura jurídica formal. Sin embargo, existe otra comprensión de cultura jurídica que refiere a “cómo las cosas acontecen verdaderamente y lo que consideramos razonablemente aceptable”<sup>136</sup>. Bajo la perspectiva indicada, la Constitución “vale muy poco ya que las preferencia eventualmente ideológicas, políticas o subjetivas de los magistrados –y de los tribunales sobre todo– son mucho más poderosas. Por tanto, tenemos dos culturas jurídicas si tuviéramos que definir las”<sup>137</sup>.

Por su parte, un abogado asesor entrevistado expresa que los elementos que integran la cultura jurídica son:

“todos los factores que interfieren en el proceso de decisión del Supremo [STF]. Tanto es así que, ellos que tradicionalmente deberían influenciar – que es lo que aprendemos en la facultad y yo llamo de material jurídico ortodoxo – que es desde el derecho positivo hasta las técnicas más modernas o contemporáneas de interpretación, pero que son material jurídico. Yo creo que la cultura jurídica se integra por eso y por los otros factores que intervienen en el proceso de decisión: el background de los magistrados, la dinámica que existe entre ellos en la Corte, etc. Creo que todo eso es parte de la cultura jurídica”<sup>138</sup>.

<sup>131</sup> Entrevistado E7.

<sup>132</sup> Martínez, H. *Producción de la diferencia en los espacios de justicia: una aproximación etnográfica al proceso de atención de usuarios mapuche en tribunales de justicia de La Araucanía: actividad formativa equivalente para optar al grado de magíster en Antropología*. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2019. p.72.

<sup>133</sup> Juez tribunal superior 1.

<sup>134</sup> Periodista especialista en cobertura judicial.

<sup>135</sup> Asesor 1.

<sup>136</sup> Asesor 1.

<sup>137</sup> Asesor 1.

<sup>138</sup> Asesor 1

Contextualizando la cultura jurídica en Brasil, señalan los ministros del tribunal superior entrevistados que:

[...] cuando se pensó en el Código Civil brasileño el concepto de cultura jurídica fue agasajado por la noción de cultura jurídica europea... no se desarrolló un concepto de cultura jurídica a partir de la pluralidad social, de los pueblos y de las relaciones que había genuinamente en Brasil [Sin embargo] lo que se proyectó para la constitución del 88, fue un retrato más fidedigno de una comprensión abierta, plural y principiología de cultura jurídica, colocándose en la Constitución esa dimensión de la realidad brasileña que no es lineal, monofásica ni excluyente<sup>139</sup>.

“Tuvimos, por lo tanto, un discurso constitucional inclusivo y en ese discurso inclusivo, las diversas formas de ser y estar pasaron a formar parte de la narrativa constitucionalizada y, por lo tanto, del ordenamiento jurídico... Esto significa que, consecuentemente, la pluralidad supone diferentes formas de percibir jurídicamente la realidad. No me refiero tan solo a los pueblos indígenas de Brasil, que son obviamente pueblos para la Constitución y en este sentido, la versión polisémica que el concepto de cultura necesita tener, sino también a las diferentes formas de vivir<sup>140</sup>.”

“En las últimas décadas del siglo XX, hubo un fenómeno que fue una cierta transición de la Constitución para el centro del sistema jurídico [...] un derecho que era predominantemente legislado, de base privatista y con un papel limitado para jueces y tribunales, se transforma en un derecho constitucionalizado en el que la interpretación se flexibiliza, se libera de las categorías del formalismo jurídico y vive un momento de preminencia del poder judicial y, sobre todo, de las Cortes Supremas o Cortes Constitucionales<sup>141</sup>.”

Desde la perspectiva de las funciones de magistrado en un tribunal constitucional, se señala que:

[...] se trata de un actor jurídico que no prescinde de una cosmovisión sobre esa narrativa constitucional; en otras palabras... no hay texto sin contexto... Entonces, un texto constitucional comprometido con los derechos fundamentales... que dibuja al reconocimiento jurídico de la pluralidad de los modos de ser y estar— es un texto que cumple también un papel de emancipación, proactivo, donde las posibilidades evidentemente son abiertas, sobre todo, en un estado democrático de Derecho.<sup>142</sup>

En relación a la práctica de los abogados -agrega uno de los magistrados constitucionales- Brasil ha verificado “una cierta constitucionalización del debate jurídico y una cierta judicialización de la vida”. Por esa razón, que “la cultura jurídica brasileña también se constitucionalizó ampliamente... el derecho judicializado (el derecho ante los tribunales) vivió un proceso de impacto de la constitucionalización”<sup>143</sup>.

Los Ministros de competencia constitucional entrevistados, finalmente, coinciden en el rol central que con la Constitución de 1988 adquirió el Ministerio Público que, “dotado de una autonomía e independencia extraordinarias”, se constituyó, no tan solo un perseguidor criminal, sino “como un defensor de las minorías y las pluralidades”<sup>144</sup>, en particular de grupos como los indígenas y del medio ambiente, de tal forma que “la justicia brasileña se estructura sobre este trípode: jueces, abogados y Ministerio Público”<sup>145</sup>.

Algunas características (negativas) que se identifican dentro de la cultura jurídica brasileña son:

“el patrimonialismo – que es una mala separación entre el espacio público y privado;... el exceso de la presencia del estado en todos los dominios de la vida; y una cultura de desigualdad –nosotros heredamos de los colonizadores una idea de que hay superiores e inferiores y hay algunos que están sujetos a la ley y otros que están fuera y sobre la ley –, de forma que hay trazos de la formación cultural latinoamericana que necesitamos enfrentar y superar”<sup>146</sup>.

### ¿Identifica el derecho a la identidad cultural en la cultura jurídica brasileña?

Señalan los magistrados de competencia constitucional que:

“... la identidad cultural, quiero decir, un país como Brasil es multicultural.

Nosotros tenemos una identidad europea (sobre todo portuguesa), una identidad africana (que hoy representa cerca de la mitad de la población) y tenemos influencia indígena (que eran las poblaciones nativas aquí de América Latina.

Una característica de la identidad cultural brasileña

<sup>139</sup> Juez tribunal superior 1.

<sup>140</sup> Juez tribunal superior 1.

<sup>141</sup> Juez tribunal superior 2.

<sup>142</sup> Juez tribunal superior 1.

<sup>143</sup> Juez tribunal superior 2.b

<sup>144</sup> Juez tribunal superior 1.

<sup>145</sup> Juez tribunal superior 2.

<sup>146</sup> Juez tribunal superior 2.

es un binomio mestizaje-multiculturalismo, que es un trazo muy fuerte en la vida brasileña y repercute en el biotipo de las personas, en la música, en un cierto *joie-de-vivre* (una cierta alegría de vivir) que es una característica muy fácil de encontrar en Brasil. Por lo tanto, la mezcla de razas en Brasil, produjo un paquete multirracial y multicultural que creo que puede ser una buena referencia para el mundo. Ahora, hasta hoy nosotros nos enfrentamos a secuelas de la cuestión social generadas por la esclavitud y por la liberación de los esclavos al final del siglo XIX... produjo una discriminación, una segregación histórica de las poblaciones negras en Brasil que viene siendo enfrentado únicamente en los últimos años, en las únicas décadas.

En cuanto a las poblaciones indígenas, fueron diezmadas en Brasil como en el resto de América Latina. Existe aún, residualmente, tal vez 500 000 indios en una población de más de 200 millones de habitantes. En los últimos años, se desarrolló una percepción (por lo menos en los círculos más progresistas) de que hay una deuda histórica con las poblaciones indígenas y, por lo tanto, incluso en la élite dominante tenemos personas que se preocupan con la demarcación adecuada de tierras indígenas y respeta sus derechos, pero este es un proceso que tiene idas y vueltas<sup>147</sup>.

“En el Brasil contemporáneo, la cultura jurídica acaba siendo resignificada, por lo tanto, en una dimensión de sociedad plural, en la que hay diálogos con diferentes modos de ser y de estar. De ahí la importancia que tiene en Brasil, así como en los otros pueblos de América, la cuestión indígena, la cuestión quilombola y de un conjunto de nichos de ser y de estar que son distintos de aquella importación europea que, de algún modo, propició la colonización tanto territorial como cultural<sup>148</sup>”.

### ¿Qué interacciones visualiza entre la cultura jurídica y el derecho a la identidad cultural?

Describe uno de los ministros entrevistados que:

[...] en estos últimos 30 años, los actores jurídicos en Brasil – de forma general – y el discurso jurídico respectivo, abrió un espacio muy grande para la comprensión de la diversidad cultural que forma la pluralidad de pueblos dentro de la nación y, por tanto, de una nación inclusiva de aquello que se puede denominar como pueblos del bosque, por decirlo de alguna forma. Una dimensión que trae, para la actuación y el discurso jurídicos, el reconocimiento

de que cada uno puede ser lo que es sin que el otro también deje de ser aquello que es. Ese respeto de la diversidad y el respeto también, que nosotros aún estamos de alguna forma construyendo, con el concepto de autodeterminación, para reconocer que los pueblos indígenas no tienen únicamente una identidad distinta, un modo de ser y de estar distinto, que precisan ser integralmente respetados incluso cuando confrontan el modo de ser y de estar de la sociedad, del entorno; y, por lo tanto, de todos los demás componentes del concepto de pueblo. Especialmente desde que, como todos nosotros sabemos, para los pueblos indígenas existe otra cosmovisión acerca sí mismos, acerca de su tierra, acerca de la relación que tienen entre sí, con las cosas que forman su “cultura”.

De esa manera, nosotros salimos de esos últimos 30 años de una invisibilidad a una visibilidad identitaria que está reconocida en la Constitución. Esa consecuencia que se dio, evidentemente, no fue una mera concesión sino una conquista que se da en la Constitución brasileña, especialmente como reconocimiento de las espacialidades territoriales de los indígenas de modo general. El desafío que existe hoy es, en realidad, mantener esta conquista identitaria y si fuera posible, dar algunos pasos más en el reconocimiento de las respuestas diversas que los pueblos tienen dentro de un mismo territorio, sobre problemas y cuestiones que integran su forma de ser y estar.

[la Constitución de 1988] no es un punto de llegada, es tan solo una estación de ese camino que, además de colocar como desafío contener un retroceso, se precisa mirar al frente para que haya – además de la identidad – el reconocimiento de autodeterminación, que es un paso no dado aún en Brasil, requiriendo el discurso de los agentes o actores jurídicos<sup>149</sup>.

Por último, en relación con la formación de los abogados un abogado señala que:

[...] muy poca gente conoce la cuestión indígena. Yo, por ejemplo, me gradué en Derecho, hice maestría en Derecho y doctorado en Derecho. Yo no leí – ni en la graduación, ni en la maestría, ni en el doctorado – ni un solo texto sobre el Derecho aplicado a los indígenas... Entonces ni sabía que existía la categoría quilombola, porque el indígena ... nosotros conmemoramos el Día del Indio: en la escuela nos poníamos un cocar [sombrero usado por los indígenas], nos pintábamos la cara y cantábamos canciones... Pero ese es todo el contacto que los brasileños tiene con el indio. El indio es aquella persona de cocar, que pinta su rostro y que una vez al año conmemoramos el Día del Indio (hacemos un baile para que nuestros padres lo vean en la escuela, hacemos algún regalito para los padres, etc.).<sup>150</sup>

<sup>147</sup> Juez tribunal superior 2.

<sup>148</sup> Juez tribunal superior 1.

<sup>149</sup> Juez tribunal superior 1.

<sup>150</sup> Asesor 1.

## Análisis entrevistas campo jurídico brasileño

En general los actores jurídicos coinciden en tres rasgos fundamentales de la cultura jurídica brasileña en relación al derecho fundamental a la identidad cultural. Por una parte, Brasil evidencia una transición desde mediados del siglo XX, marcada por el cambio constitucional de 1988, que conlleva un cambio progresivo, de una cultura jurídica formalista, hacia una cultura jurídica más hermenéutica centrada en la constitucionalización del Derecho, con preponderancia de los valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, conjuntamente con el proceso descrito, a partir de la Constitución de 1988, también se evidencia una progresiva apertura, en el ámbito normativo, al reconocimiento de la multiculturalidad constitutiva de la sociedad brasileña. Este nuevo marco constitucional reconoce ampliamente la diversidad del pueblo brasileño, a los pueblos indígenas, su derecho a su identidad cultural, derechos territoriales, etc. Además, dicho reconocimiento de la diversidad, incluye a otros grupos vulnerables como los quilombolas, con su propio estatuto constitucional de derechos.

Y, en tercer término, también se constata, que las aperturas indicadas no son lineales, sino que están marcadas por los propios contextos y factores extrajurídicos que influyen en las decisiones, los elementos no normativos de la cultura jurídica, como la formación de los abogados y las prácticas subsistentes, que dificultan esos procesos. Con todo, los magistrados entrevistados admiten que los derechos reconocidos en la Constitución de 1988 (i) son derechos “conquistados”, no regalías, (ii) relevan las dificultades, como pasos necesarios de ir superando progresivamente, (iii) bajo el imperativo de no retroceder en lo avanzado, como logro de un Estado den Derecho Democrático.

## 6 Conclusiones

La comprensión del alcance del derecho extranjero no debe basarse solo sobre su texto, debe tener en cuenta la cultura jurídica, porque ella es profundamente determinante de cómo opera el sistema normativo y, en especial, de cómo deciden los tribunales. Por ejemplo, un mismo instituto, como el derecho a la identidad cultural, puede implicar prácticas muy distintas en diferentes universos culturales, ergo, decisiones judiciales también

diversas. No obstante, si se avanza en la convergencia conceptual y normativa, las cortes domésticas pueden acercar sus comprensiones. Por ello, el estudio realizado contempló: (i) una dimensión normativa positiva (textual), (ii) otra normativa hermenéutica (jurisprudencial) y (iii) la sociocultural (cultura jurídica, propiamente tal). En este sentido, las controversias y litigios jurídicos en que se disputan cuestiones radicadas en el derecho a la identidad cultural de pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, tienen un impacto en la transformación del derecho y de la justicia y se producen en gran parte en la “arena” de la cultura jurídica.

En la dimensión normativa de sus respectivas culturas jurídicas, la Constitución Federal de Brasil de 1988 y la Constitución Política de Chile de 1980, se diferencian porque la primera contempla un marco amplio de derechos de los pueblos indígenas y quilombolas. Mientras, la segunda, omite este reconocimiento. No obstante lo anterior, los precedentes constitucionales han sido la vía para conformar un marco constitucional, normativo hermenéutico, de reconocimiento del derecho fundamental a la identidad cultural. En el caso brasileño para ampliar y o delimitar este derecho. En el caso chileno, como mecanismo de reconocimiento hermenéutico constitucional, en sí. Este desarrollo de precedentes no ha sido pacífico, por el contrario, se evidencian interpretaciones en tensión y disputas, más o menos “proteccionistas”, sobre el derecho a la identidad cultural de indígenas y grupos culturalmente identitarios y vulnerables.

En relación a los precedentes estudiados, en el campo jurídico brasileño, se pueden identificar sentencias sobre el reconocimiento de la “tradicionalidad” del uso y la demarcación de las tierras indígenas; del reconocimiento de las tierras de los quilombolas; y también, en el ámbito de la libertad religiosa, con el reconocimiento de las religiones de matriz africana y sus prácticas sacrificiales de animales. Con todo, en Brasil sigue abierta –“en disputa” la cuestión de los pueblos indígenas y la protección de los recursos naturales en sus territorios. Por su parte, en el campo jurídico chileno, hermenéuticamente, la Corte Suprema viene aplicando en sus fallos sostenidamente el Convenio N°169 de la OIT, conforme la apertura constitucional (artículo 5 inciso 2°) al Derecho Internacional de los derechos humanos. Esta jurisprudencia superior ha llegado a reconocer derechos de carácter cultural a los indígenas y con ello se ha abierto un camino normativo de admisión del derecho fundamental a la identidad cultural, permeando la

propia cultura jurídica chilena hegemónica. Así, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural y de su irradiación a otros derechos es una cuestión disputada, sujeta a avances y retrocesos.

En Brasil, como decíamos, si bien el texto positivo constitucional de 1988 contempla el reconocimiento de los derechos culturales de grupos minoritarios, la cultura jurídica constitucional es más conservadora respecto a la permeabilidad del Derecho Internacional de los derechos humanos. En particular, desde la Constitución de 1988 en adelante, se reconoce expresamente a los pueblos indígenas y otras minorías culturales como las afrodescendientes, asegurándoles un estatuto de derechos. Pero, aunque formalmente se han ratificado los instrumentos internacionales de derechos humanos más relevantes, su tradición hermenéutica ha dialogado de forma débil con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello, en particular, ha significado un lento proceso de reconocimiento del derecho fundamental a la identidad cultural de pueblos indígenas y afrodescendientes. Entonces, si bien en Brasil existen bases positivas claras para el reconocimiento del derecho fundamental a la identidad cultural, tanto en los fundamentos constitucionales y como de Derecho Internacional, la eficacia del mandato constitucional es resistido desde la cultura jurídica dominante.

En relación con las culturas jurídicas y los actores jurídicos, en ambos casos, en el ámbito de derechos territoriales y otras categorías, aunque formalmente los instrumentos internacionales han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico chileno y brasileño, la cultura jurídica de jueces y otros actores no los internalizó de forma inmediata ni contundente, sino que solo progresivamente. Con todo, hoy se constata una fisura sobre las comprensiones marcadas por el positivismo jurídico, bajo fuerte influencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, se han podido constatar diversas prácticas, discursos y sentencias a nivel local, de apertura a la diversidad sociocultural que, por sobre las visiones de carácter positivista y o discriminatorias aún persistentes, tienden a hacer pensar en la emergencia de cambios significativos en materia de reconocimiento de particularidades socioculturales en el ámbito jurídico y con ello el reconocimiento normativo de la identidad cultural, aunque aún en una fase inicial, con tensiones y disputas.

En ambos campos jurídicos, el marco de reconocimiento constitucional argumentado se ha fundamentado, principalmente, en el carácter de “grupos vulnerables” de indígenas y otros grupos. Consecuentemente, en el deber de protección que tiene el Estado, desde el punto de vista del principio de igualdad, de generar acciones afirmativas de tutela. Ello, si bien es un avance en ambos casos, constituye una comprensión limitada del derecho fundamental a la identidad cultural, en especial respecto de los pueblos indígenas y otros grupos titulares de autodeterminación. En estos casos, no es solo cuestión de vulnerabilidad, ni de identidades diferentes, sino que de titularidad de derechos colectivos frente al Estado, que pueden confrontar los modos de ser hegemónicos y colisionar con otros derechos e intereses sociales. En este campo, si bien se declaran comprensiones más o menos abiertas a la diversidad cultural, las culturas jurídicas también reflejan tensiones, avances y retrocesos.

El estudio comparado de los impactos de la cultura jurídica en los procesos de transformación del Derecho exige el desarrollo de metodologías complejas, interdisciplinarias, adecuadas, creativas y dúctiles a dichos contextos identitarios, que superen las técnicas clásicas del Derecho Comparado positivista, introduciendo enfoques aportados desde las otras Ciencias Sociales.

De esta forma, desde el punto de vista metodológico, pudimos identificar distintos rasgos y efectos compartidos que dan la oportunidad para desarrollar investigaciones comparativas en torno a las transformaciones en el campo jurídico. En particular, las abordamos desde los impactos que genera el reconocimiento del derecho a la identidad cultural, emergente y en acción, desde una perspectiva comparativa e interdisciplinaria, considerando distintas escalas de observación y análisis. Primero, se revisó desde los entramados de la cultura jurídica de los operadores de los sistemas de justicia, cuál es la visión sobre el trato y los derechos de los indígenas y miembros de otros grupos vulnerables. Segundo, desde la observación descrita, avanzamos en una propuesta metodológica, para el estudio de la cultura jurídica, pertinente a contextos regionales latinoamericanos comparados, en relación con el derecho a la identidad cultural de pueblos indígenas u otros grupos vulnerables.

## Referências Bibliográficas

- AGUILAR, Gonzalo. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. En: VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES-ANZIONATTI, Mariela (Eds.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: UNAM, MPI, IADC, 2010. p. 3-84.
- AMORIM, Fabrício, BURGER, Leila, RODRIGUES, Patrícia, ALCANTARA E SILVA, Victor. *Silenced genocides: genocídios silenciados*. São Paulo: IWGIA/GAPK, 2019.
- AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YAÑEZ, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM, Observatorio Ciudadano, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. Sao Paulo: Saraiva jur, 2019.
- BARROSO, Luis Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim*. Ponencia presentada en la Brazil Conference, Universidad de Harvard, 2017. *Consultor Jurídico*, 10 abr. 2017. p. 5. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>.
- BERHO, Marcelo; CASTRO, Paulo; LE BONNIEC, Fabien. *La pericia antropológica en La Araucanía de Chile: entre teorías y prácticas, 2003-2014*. *Antropologías Del Sur*, v. 16, n. 3, p. 107-126, 2018.
- BINDER, Alberto. *Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la carrera judicial*. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, n. 5, p. 85-116, 2005.
- BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coord). *Ius constitutionale commune na América Latina: diálogos jurisdiccionais e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3
- BOLADOS GARCÍA, Paola; BOCCARA, Guillaume. *Du néolibéralisme multiculturel aux mobilisations post-multiculturelles*. *Actuel Marx*, v. 56, n. 2, p. 74, 2014.
- BOURDIEU, Pierre. *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*. En: CHAZEL, François; COMMAILLE, Jacques (eds.). *Normes juridiques et régulation sociale*. Paris: LGDJ, collection Droit et société, 1991. p. 95-99.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação popular, Petição nº 3.388*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 19 de março de 2009.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3239, 2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 494.601, 2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4.983. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília 06 de outubro de 2016.
- BRIONES, Claudia. *(Meta) cultura del estado-nación y estado de la (meta) cultura*. Brasília: [S. n.], 1998. *Série Antropologia*, 244.
- BUSTOS, Rafael. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México: Porrúa, 2012.
- BUSTOS, Rafael. *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.
- CARMONA, Cristóbal. *La aplicación del derecho a consulta del convenio 169 de la OIT en Chile: hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas*. En: MIRANDA, Ricardo y CARMONA, Cristóbal. *Tesis (maestría) sobre pueblos indígenas*. v.3. Colección Tesis de Maestría U. Nacional San Martín de Buenos Aires. Buenos Aires: U. Nacional de San Martín, CIEP, 2013.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. *Reforma procesal penal y pueblos indígenas*. 2015. Disponible en: [http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5129/RPPYPUEBLOSINDIGENAS\\_IMARENSI.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5129/RPPYPUEBLOSINDIGENAS_IMARENSI.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- COMMAILLE, JACQUES (eds). *Normes juridiques et régulation sociale*. Paris : LGDJ, collection Droit et société, 1991, p. 95-99. 1991.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. *Reforma procesal penal y pue-*

- blos indígenas. 2015. Disponible en: <[http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5129/RPPYPUEBLOSINDIGENAS\\_IMARENSI.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5129/RPPYPUEBLOSINDIGENAS_IMARENSI.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>.
- CHILE. Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 1773-2008, 16 septiembre 2009. Confirmada, Corte Suprema, Rol 7287-2009, 30 noviembre 2009, Cons. 4° y 13°.
- CHILE. Corte Apelaciones Valdivia. Rol 501-2011; (revo-ca) Corte suprema, Rol 3.863-2012.
- CHILE. Corte Apelaciones Valdivia. Rol 651-2012, 7 diciembre 2012. Corte Suprema, Rol 481-2013, 23 septiembre 2013.
- CHILE. Corte Suprema. Rol 3010-2013, 26 septiembre 2013.
- CHILE. Corte Suprema. Rol 7287-2009, 30 noviembre 2009.
- CHILE. Corte Suprema. Rol 2840-2008, 25 noviembre 2009.
- CHILE. Corte Suprema. Rol 10.090-2011, 22 marzo 2012.
- CHILE. Corte Suprema. Rol 2840-2008, 25 noviembre 2009.
- CHILE. Corte Suprema. Rol 10.090-2011, 22 marzo 2012.
- CLOUD, Leslie; LE BONNIEC, Fabien. *Dynamiques actuelles de criminalisation et de judiciarisation des droits autochtones au Chili*. En: BELLIER, Irène; HAYS, Jennifer (eds.). *Echelles de gouvernance et peuples autochtones: de nouveaux droits ou la répétition des erreurs du passé ?* Paris: L'Harmattan, 2019. p. 235-254.
- CLOUD, L.; LE BONNIEC, F. The competing logics of the state and indigeneity: the dynamics of Mapuche territoriality in the context of indigenous peoples' right to self-determination. *Quaderns de l'Institut Català d'Antropologia*, v. 17, n. 1, 2012.
- COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. *La sociologie de Max Weber* Paris. Paris: La Découverte, 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, 10 septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Garífuna de Punta Pie-dra y sus miembros Vs. Honduras, 8 octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, 15 junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) VS. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27 junio 2012 (Reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pueblo Indígena Xucuru vs. Brasil, j. 5 de febrero de 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 28 noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencias parcial o totalmente: Herzog y otros vs. Brasil, j. 15 de marzo de 2018;
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Escher e Outros vs. Brasil, 20 de febrero de 2012.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de Favela Nova Brasília vs. Brasil, 30 de mayo de 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de Garibaldi vs. Brasil, 22 de febrero de 2012.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de Ximenes Lopes vs. Brasil, j. 17 de mayo de 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Fazenda Brasil

Verde vs. Brasil, j. 20 de octubre de 2016.

COUSO, Javier. Mapuches y Derecho Penal. In: OLEA RODRÍGUEZ, Helena (ed). Derecho y Pueblo Mapuche: aportes para la discusión. Santiago: Centro de Derechos Humanos UDP, 2013. p. 155–214.

COUSO, Javier; HILBINK, Lisa. From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile. In: HELMKE, GRETCHEN; RÍOS-FIGUEROA, JULIO (eds.). Courts in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 99–127.

DE LA SIERRA, Susana. Una metodología para el Derecho Comparado europeo: derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo. Madrid: Thomson, Civitas, Arazandi, 2004, p. 74-77.

DEWEY, John. La formation des valeurs. Paris: La Découverte, 2011.

DUPRET, Baudouin. Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique. Droit et société, v. 2, n. 75, p. 315–335, 2010.

EPP, Charles R. La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectivas comparadas. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, n. 1, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge. Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3MW: desregulación riesgosa, a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. En: Libro III Congreso Internacional de Regulación y Consumo. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 369-373.

FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. En: *Revista Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, feb. 2019

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 18 ago. 2019.

FAUNDES, Juan Jorge. Derechos humanos y el reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina, en la perspectiva crítica del descentramiento intercultural. En: OLVERA, Jorge; OLVERA, Julio y GUERRERO, Ana Luisa (coords.): Los pueblos originarios en los debates actuales de los derechos humanos. México: UNAM, CIAC, 2017. p. 39-60.

FAUNDES, Juan Jorge. Convenio n°169 de la OIT en la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en Chile. Tendencias y debates en materia de propiedad y derecho al Territorio. En: Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema, 2015. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/index.php/informes/informes-academicos/62-informes-academicos-indigena/379-tendencias-y-debates-en-materia-de-propiedad-y-derecho-al-territorio>.

FIGUEIREDO, Marcelo. Constitucionalismo Latino-Americano e Cultura Constitucional. En: VON BOGDANDY, Armin, PIOVESAN, Flávia, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). Constitucionalismo transformador, inclusao e direitos coaciais: desafios do IUS Constitutionale Commune Latino-Americano à la luz do Direito Econômico Internacional. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 725-752, p. 728-732.

FRIEDMAN, Lawrence. The Legal System. A social science perspective. New York: Russell Sage Foundation, 1975.

FUENZALIDA, Edmundo. Cultura jurídica externa e interna en el Chile finisecular: ¿Convergencia o divergencia? En: Anuario de filosofía jurídica y social. Sociedad chilena de filosofía jurídica y social, n. 20, 2000. p 473-483

GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo; SANTOLAYA, Pablo; CANOSA, Raúl. El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos. 2. ed. Lima: ECB editores, 2015.

HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile. Santiago: DER Ediciones. 2017.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. Rio de Janeiro: José Olympio, 1991.

LATOUR, Bruno. La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État. Paris: La Découverte, 2002.

LE BONNIEC, Fabien. Juridicité autochtone et

différence culturelle. *Ethnologie française*, v. 169, n. 1, p. 141, 2018.

LE BONNIEC, Fabien. Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje antropológico en las cortes de justicia del sur de Chile. En: CARRASCO, MORITA; LUXARDO, NATALIA (eds.). *El orden cuestionado: lecturas de antropología jurídica*. Buenos Aires: UNSAM Edita, 2018. p. 117–130.

LE BONNIEC, Fabien; NAHUELCHERO QUEUPUCURA, Pamela. La mediación lingüístico-cultural en los tribunales en materia penal de la Araucanía. *Revista de Lengua i Dret*, n. 67, p. 279–293, 1 jun. 2017.

LÓPEZ MEDINA, Rocío del Carmen. Cultura jurídica, Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 7, p. 229-235, sep. 2014/feb. 2015.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARTÍNEZ, H. Producción de la diferencia en los espacios de justicia: una aproximación etnográfica al proceso de atención de usuarios mapuche en tribunales de justicia de La Araucanía: actividad formativa equivalente para optar al grado de magíster en Antropología. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2019. p.72.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Apresentação. En: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latinoamericano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. pp. XIII-XV.

MELLO, PERRONE, Patrícia. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p.253-285, 2019.

MELLO, PERRONE, Patrícia. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MELLO, PERRONE, Patrícia, LACERDA ACCIOLY, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil. En: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (Edts.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019 (en prensa).

MELLO, PERRONE, Patrícia; FAUNDES, Juan Jorge. *Constitucionalismo em rede: o direito à identidade*

cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL, 8., 2019, Paraná. *Anais [...]*. Paraná: PUC Paraná, 2019 (no prelo).

MINISTERIO DE PLANIFICACION NACIONAL Y POLITICA ECONOMICA. Instituto Nacional de Estadísticas. *Estadísticas sociales de los pueblos indígenas en Chile. Censo 2002*. Disponible en: <https://books.google.com.br/books?id=M1bjAAAAMAAJ&q=Estad%C3%ADsticas+sociales+de+los+pueblos+ind%C3%ADgenas+en+Chile,+Censo+2002&dq=Estad%C3%ADsticas+sociales+de+los+pueblos+ind%C3%ADgenas+en+Chile,+Censo+2002&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwi4kKf71dLpAhVWHbkGHS7DCwQ6AEIKzAA>

MINISTERIO DE PLANIFICACION NACIONAL Y POLITICA ECONOMICA. Instituto Nacional de Estadísticas. 2018. *Síntesis de resultados Censo 2017*. Disponible en: <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>

MONTORO BALLESTEROS, Alberto. El funcionalismo en el derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, v. 8, p. 365-374, 2007.

MORITA; LUXARDO, NATALIA (Eds.). *El orden cuestionado: lecturas de antropología jurídica*. Buenos Aires: UNSAM Edita, 2018b. p. 117–130

NELKEN, David (ed.). *Comparing legal cultures*. Vermont: Darmonuth Publishing Company, 1997.

PAILLACURA, Darwin. *La cultura jurídica chilena frente al derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un análisis del campo jurídico de la Araucanía*. Tesis (Ciencias Jurídicas) - Universidad Católica de Temuco, 2019.

PÁSARA, Luis (ed.). *Los actores de la justicia Latinoamericana*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007.

PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017.

POU, Francisca. *Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo*. En: RODRÍGUEZ, Cesar (ed.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensa-*

- miento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011. p. 231–250.
- RAMÍREZ, Silvina. Siete problemas del Nuevo Constitucionalismo indígena. En: YRIGOREN, Raquel. (ed.). *Pueblos Indígenas: constituciones y reformas políticas en América Latina*. Lima: ILSA, INESC, IIDS, 2010.
- RODRÍGUEZ, César. Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina. In: RODRÍGUEZ, CÉSAR (Coord.) *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. New York: Routledge, 1995.
- SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho (s) en América Latina. In: RODRÍGUEZ, CÉSAR (ed.) *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 302–321.
- SIEMS, Mathias. *Comparative Law (Law in context)*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- SILVEIRA SIQUEIRA, Gustavo. Movimentos sociais e cultura jurídica brasileira. *Revista Direitos Culturais*, v. 5, n. 8, 2010.
- SOUSA, Mariana. Breve panorama de la reforma judicial en América Latina: objetivos, desafíos y resultados. En: LORA, Eduardo (ed.) *El estado de las reformas del Estado en América Latina*. Bogotá: Banco Mundial del Desarrollo, 2007. p. 99–137.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO; Daniel. *Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SQUELLA, Agustín. *La cultura jurídica chilena*. Santiago de Chile: Corporación de promoción universitaria, 1988.
- SQUELLA, Agustín. *Filosofía del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- TARELLO, G. *Cultura giuridica e politica del diritto*, II Mulino. Bologna: [S.n], 1988. p. 24
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 7, “Caso Lüth”, 198, 1958.
- CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 2552-2013, 24 diciembre 2015.
- CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 2387-2012, 23 enero 2013.
- VARELLA, Marcelo. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Tese (Doutorando em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.
- VERDUM, Ricardo. *La estrategia conservadora y neoliberal contra los derechos de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales en Brasil*. *Debates indígenas*, nov. 2019, p. 3-4, 2019. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/337810907\\_La\\_estrategia\\_conservadora\\_y\\_neoliberal\\_contra\\_los\\_pueblos\\_indigenas\\_en\\_Brasil\\_2016-2019](https://www.researchgate.net/publication/337810907_La_estrategia_conservadora_y_neoliberal_contra_los_pueblos_indigenas_en_Brasil_2016-2019)
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- WINCKLER, Silvana Terezinha; CANZI, Idir; BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. *Direitos humanos e multietnicidade como desafios à Cultura jurídica brasileira*. *Revista Direitos Culturais*, v.6. n. 11, 2011.
- YRIGOYEN, Raquel. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En: RODRÍGUEZ, C. (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011. p. 139-159.
- YRIGOYEN, Raquel. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. En: AHRENS, Helen (ed.). *El Estado de derecho hoy en América Latina: libro homenaje a Horst Schönbohm*. Montevideo: Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2012. p. 171–194.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O Divino e o Racional no Direito:**  
notas para um diálogo entre  
sistemas jurídicos

**The Divine and the Rational  
in Law:** Notes for a Dialogue  
between Legal Systems

Salem Hikmat Nasser

José Garcez Ghirardi

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

\* Recebido em 03/02/2020  
Aprovado em 16/05/2020

\*\* Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2004), tendo defendido tese em que relacionava a noção de Soft Law ao estudo das fontes do direito internacional público. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990), obteve um DSU - Diploma Superior da Universidade em Direito Internacional Privado e um DEA - Diploma de Estudos Aprofundados em Direito Internacional Público - da Universidade de Paris II - Panthéon Sorbonne (1992 e 1993). Desde 2004, é professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - Direito SP, onde, em consonância com a proposta inovadora de ensino do direito da instituição, tem desenvolvido materiais didáticos e testado metodologias de ensino para as disciplinas relacionadas à regulação jurídica das relações internacionais. Sua agenda de pesquisas inclui investigações teóricas sobre o direito internacional público, hoje reunidas sob a temática geral de Rule of Law e Direito Internacional, o que inclui a fragmentação do direito internacional e a noção de regimes jurídicos transnacionais; o estudo do direito islâmico e suas relações com o direito internacional; a diversidade de representações do direito e sistemas jurídicos comparados. Alguns desses temas têm sido objeto de várias publicações e apresentações públicas. Tem igualmente investigado e discutido intensamente questões relacionada ao Oriente Médio e aos mundos árabe e muçulmano. Coordenador do Centro de Direito Global da Direito SP. Foi, em 2009 e 2011, respectivamente, pesquisador visitante do Lauterpacht Centre for International Law e do European University Institute. Email: salem.nasser@fgv.br

\*\*\* Pós-doutorado no Collège de France, (Chaire État Social et mondialisation) (2017), com bolsa FAPESP e na UNICAMP (2004). Advogado formado pela Universidade de São Paulo (1985). Mestre e Doutor em Estudos Linguísticos e Literários em Inglês pela Universidade de São Paulo (1995 e 1998). Diretor de Formação Docente da Associação Brasileira de Ensino do Direito ? ABEDi, tendo também atuado como membro da Comissão de Especialistas da Secretaria de Educação Superior do MEC para a área de Direito. É Coordenador do Observatório do Ensino do Direito da FGV DIREITO SP. Adjunt Faculty da Gonzaga Law School (WA/EUA) onde lecionou os cursos Jurisprudence and the Arts (2010) e Political Economy of Law and Development (2013). Foi pesquisador visitante na Wayne State University (Detroit-MI, EUA), com bolsa concedida pelo CNPq. É autor, entre outras obras, de O Mundo fora de Prumo: transformação social e teoria política em Shakespeare (Almedina, 2011); O Instante do Encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico (FGV, 2012) e Narciso em sala de aula: novas formas de subjetividade e seus desafios para o ensino (FGV, 2016). Professor em tempo integral da FGV DIREITO SP (Graduação e Mestrado). Email: jose.ghirardi@fgv.br

## O Divino e o Racional no Direito: notas para um diálogo entre sistemas jurídicos\*

### The Divine and the Rational in Law: Notes for a Dialogue between Legal Systems

Salem Hikmat Nasser\*\*

José Garcez Ghirardi\*\*\*

#### Resumo

O problema da fundamentação do Direito é um dos pontos centrais para o estudo comparado de sistemas jurídicos. A clivagem entre sistemas baseados na Razão e sistemas baseados no Divino é um dos instrumentos, entre diversas dicotomias possíveis, usados para, de maneira geral listar os ordenamentos ocidentais no primeiro grupo, e os orientais, no segundo. Esse artigo examina criticamente os fundamentos dessa distinção, por meio da análise da construção histórica das relações entre transcendente e imanente nos discursos sobre o jurídico na Europa Ocidental e no Islã. Metodologicamente, sugere-se a necessidade da superação de paradigmas tradicionais do comparatismo, de base estatal, para uma apreensão mais ampla das transformações do jurídico no contexto da globalização. Propõe-se que tanto no Direito Islâmico, fundado na Revelação, quanto no Direito Ocidental, apoiado na primazia da Razão instrumental, as relações entre racionalidades diversas e entre racionalidade e sagrado são mais complexas do que se concebe normalmente nos debates na área. O argumento se desenvolve tomando como principais matrizes teóricas BERMAN, CHAUMON, GIL-LEPSIE, KÜNG, SACK e TAYLOR.

**Palavras-chave:** direito comparado; fontes do Direito; laicidade; Islã

#### Abstract

The problem of the ultimate foundation for Law is a key point within comparative studies of legal systems. The cleavage between systems based on Reason and systems based on God is one of the tools, among various possible dichotomies, used to place Western legal systems in the former group, and Eastern ones on the latter. This paper critically examines this distinction by analyzing the historical construction of the relations between transcendent and immanent in discourses about legal systems in Western Europe and in the Islam. Methodologically, it is suggested that the overcoming of the traditional paradigms of State-based comparatism is necessary for a deeper apprehension of Law in the context of globalization. It is argued that both Islamic law, based on Revelation, and Western law, founded on the primacy of instrumental reason, the relation both between diverse rationalities and between sacred and rationality are more complex than it is assumed

by traditional discourses. The main theoretical sources are BERMAN, CHAUMON, GILLEPSIE, KÜNG, SACK e TAYLOR

**Key-words:** comparative law studies; sources of Law; secularity; Islam

## 1 Introdução

*The dispute between spiritual outlooks is deeply embedded in the inner conflicts of advanced industrial, capitalist societies. Instrumental reason plays such a large role in their institutions and practices that whatever shakes our confidence in it as a political stance also causes deep malaise in contemporary societies.*

*There is a circular causal relation between the other crises and difficulties of capitalism and this spiritual malaise...*

TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*.<sup>1</sup>

Na medida em que o Direito pode ser concebido, de modo genérico, como regulação da vida por normas, e previamente a uma discussão sobre alguma especificidade necessária de suas normas, é possível também dizer dele que é fenômeno universal, conhecido por todas as sociedades humanas. Não há novidade nessa afirmação. Ocorre que o fenômeno não percorre em todos os lugares e tempos o mesmo caminho e nem conhece as mesmas características. É justamente por conta das diferenças que muitos tenderão a dizer que só é Direito, em sentido estrito, a regulação que observa certos cânones.

Os caminhos tomados pela normatividade nas várias civilizações ou culturas, podem ser compreendidos, como já se apontou, a partir do sistema de dicotomias fundamentais que delimitam as condições de legitimidade de cada sistema jurídico. Essas dicotomias mostram que era possível classificar ou ao menos separar as tradições entre “as de tipo individual e racional, e as de tipo coletivo e contextual”.<sup>2</sup> Essas tradições se caracterizavam, marcadamente, i) pela ênfase prioritária no

procedimento ou na substância normativa; ii) pela posição relativa que ocupa a noção de direitos subjetivos e o modo de sua articulação com o interesse público e os direitos coletivos; iii) pelo grau de centralidade do indivíduo e sua hierarquização face ao todo social.

Essas três dicotomias matriciais dialogam intimamente com uma clivagem fundamental que, conquanto plena de implicações para a legitimação dos sistemas jurídicos, tem recebido atenção relativamente secundária nos debates sobre o Direito e que diz respeito à concepção do *tempo*. Há sistemas jurídicos que derivam de visões de mundo em que prepondera a percepção do tempo como sendo eterno e cíclico, isto é, como elemento significado por uma racionalidade transcendente cujos desígnios devem servir de fundamento para as normas sobre a vida no tempo secular.<sup>3</sup> Essa visão foi compartilhada - embora com matizes teológicos muito distintos - pelo Oriente e pelo Ocidente até o triunfo da racionalidade Iluminista na Europa (ver secção 2). A partir desse momento, um gradual distanciamento se opera: o direito ocidental passa a ter como pressuposto um tempo único (isto é, que já não coexiste com os *higher times* da divindade),<sup>4</sup> linear e desprovido de sentido metafísico, enquanto que em boa parte dos sistemas jurídicos orientais segue vigente a noção de uma dupla temporalidade (eterna; secular), dotada de significado metafísico e determinante das formas de normatização jurídica.

Essas distintas concepções de tempo - e suas variações - dialogam necessariamente com o universo constituído pelo que se costuma chamar fontes do Direito e seu fundamento, ou seja, dos *lugares* de onde surge o Direito e de onde deriva a sua força vinculante. A origem e o fundamento do Direito tenderão a guiar o sistema ou a tradição para uma ênfase maior em procedimento, direitos e indivíduos ou, diferentemente, em substância, deveres e coletivo. Por sua vez, a origem e o fundamento estarão marcados pela concepção de tempo vigente naquela visão de mundo e pela concepção de transcendência de cada cultura. Como observa François Ost:

*[...] o Direito afeta diretamente a temporalização do tempo, enquanto que, por sua vez, o tempo determina a força instituinte do Direito. De forma ainda mais precisa: o Direito temporaliza*

<sup>1</sup> TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989, pp. 384-385.

<sup>2</sup> GHIRARDI, J. G. & NASSER, S. H. Representações do direito e a crise da modernidade. São Paulo: FGV, 2016, p. 29. O mesmo argumento das dicotomias pode ser percebido ao longo de GLENN, Patrick, *Legal Traditions of The World*, 3rd ed., Oxford University Press, Nova Iorque, 2007

<sup>3</sup> Ver TAYLOR, Charles. *A secular age*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

<sup>4</sup> Ver novamente TAYLOR, Charles. *A secular age*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

*enquanto o tempo institui. É portanto, uma relação dialética profunda, e não relações superficiais, que se estabelece entre direito e tempo.*<sup>5</sup>

Com base no reconhecimento dessa relevância de se compreender as relações entre tempo e direito, o presente artigo busca chamar a atenção para uma dicotomia estruturante dos sistemas jurídicos e que se manifesta em diferentes concepções de temporalidade e legitimidade normativa. Trata-se da distinção entre o Direito cuja origem e força vinculante se encontram numa *vontade divina revelada, transcendente*, e aquele que pretende ter essa origem e essa força decorrentes da *racionalidade humana instrumental, imanente*.

Essa dicotomia dialoga com classificações ou diferenciações usuais entre Direito ocidental e Direito não-ocidental, entre Direito moderno e Direito primitivo, entre Direito e não-Direito etc., ainda que não as espelhe necessariamente, nem tampouco as subscreva. Este texto não discute nem a validade, nem a substância de quaisquer critérios tradicionais de diferenciação e de estabelecimento de linhas limítrofes para um Direito ocidental, não-ocidental, moderno, primitivo ou mesmo entre Direito e o que seria regulação não jurídica. Essas qualificações, quando aparecem, pressupõem as linhas e os critérios diferenciadores que, evidentemente, variam segundo aquele que as sustenta.

Para o presente do Direito, mais uma vez, como fenômeno genérico e sob todas as formas e qualificações possíveis, o aporte mais importante das transformações históricas e provavelmente o surgimento da forma de organização social que é o Estado e sua universalização, o que faz com que praticamente toda a geografia do globo<sup>6</sup> seja dividida em Estados e que praticamente toda a população mundial esteja submetida à autoridade de um ou mais Estados.

Assim como acontece com o direito, as formas de se conceber o Estado, seu papel e seus limites, são também profundamente marcadas pela concepção da temporalidade em que ele se inscreve, e do fundamento - me-

tafísico ou não - dessa temporalidade.<sup>7</sup> Isto é, haverá para o Estado a mesma distinção de leituras que toca o fenômeno jurídico: ele pode ser visto como fruto da razão humana ou da vontade divina, como imanente ou transcendente sem que isto afete sua condição de unidade política soberana e fonte normativa última, embora essas duas atribuições sejam matizadas, de modo importante, pelos diferentes fundamentos que as legitimam.

A relevância do fenômeno estatal para o Direito está em que, atuando sobre determinado território, tendo uma população sujeita à sua autoridade normalmente indisputada, o Estado tende a chamar para si a tarefa de dizer o direito, de criá-lo ou de reconhecê-lo, sem concorrência, jogando para o universo do não-Direito toda regulação que por ele não passe.

Assim, toda normatividade passa a ser tocada pelo Estado, já que este criará o que chamará de seu direito, reconhecerá outras normatividades que poderá integrar ao seu corpo normativo jurídico, poderá dizer que admite ou permite a existência de outras normatividades que funcionem em paralelo e, mais importante, poderá não só excluir de si o que não reconhece, mas também proibir a existência e a aplicação daquilo que quiser negar totalmente.

A naturalização e normalização, no Ocidente, da premissa do Estado *laico* como sendo o único capaz de produzir normas jurídicas racionais é um dos fundamentos últimos da legitimidade desses sistemas jurídicos.<sup>8</sup> Este artigo propõe que não há direito que não seja produto e função, em alguma medida, da racionalidade humana. Seja nos sistemas em que se fala de um Direito *revelado*, seja naqueles que se fale de um Direito *imanente*, a pergunta a fazer permanentemente diz respeito aos modos de conexão, incontornável, entre sistema de normas e fundamento último da legitimidade jurídica. Para desenvolver essa discussão, estabelece-se uma análise contrastiva entre as narrativas legitimadoras do Direito no Ocidente e no Oriente.

Metodologicamente, a perspectiva comparativa que norteia esse contraste sugere que uma apreensão mais ampla das transformações do jurídico no contexto da globalização demanda a superação de paradigmas tradicionais do comparatismo. A reconfiguração do espa-

<sup>5</sup> OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999. «le droit affecte directement la temporalisation du temps, tandis que, en retour, le temps détermine la force instituante du droit. Plus précisément encore: le droit temporalise tandis que le temps institue. C'est donc une dialectique profonde et non des rapports superficiels qui se nouent entre le droits et le temps»[em tradução livre].

<sup>6</sup> Exceção feita aos territórios que os próprios Estados resolveram considerar internacionalizados ou comuns.

<sup>7</sup> RICOEUR, Paul. *Temps et récit*. Paris: Seuil, 1983.

<sup>8</sup> Ver, nesse sentido, por exemplo, SACK, Peter, Perspectives occidentales e non-occidentales do droit, In: CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori, Une Introduction aux Cultures Juridiques non Occidentales. Bruxelas: Bruylant, 1998, p. 51

ço normativo, com a pluralização de suas fontes, hierarquias e arranjos, que é característica definidora do processo de globalização,<sup>9</sup> torna problemáticas as bases habituais de cotejo de sistemas jurídicos, de base estatal, bem como a nitidez das fronteiras que ele pressupunha como ponto de partida.

Como aponta Mireille Delmas-Marty, esse novo contexto solicita que os estudiosos dos fenômenos jurídicos busquem as “forças imaginantes do Direito”,<sup>10</sup> isto é, aquelas matrizes ideológicas e culturais mais profundas a partir das quais se constroem as noções fundamentais de legitimidade e de espaço do jurídico. Essa investigação faz parte desse esforço de ressignificação e renovação da perspectiva comparatista ao buscar cotejar matrizes que, invisíveis aos exames de diplomas normativos, são decisivas, não obstante, para seu funcionamento.

O argumento se desenvolve em quatro movimentos, reunidos em duas seções. Na primeira seção, examina-se essa articulação no interior do Direito Islâmico. Veremos como dessa interação decorreu gradualmente a passagem do Islã à condição de uma religião da Lei e a percepção desse Direito como impermeável à atualização e à adaptação ao mundo. Na segunda seção, discute-se a transição do fundamento *transcendente* para o fundamento *imane*nte, no direito Ocidental, as noções de tempo e racionalidade que a tornaram possível, e as impugnações que a pós-modernidade faz a essa construção discursiva sobre o jurídico no Ocidente.

## 2 O Divino e o Racional no Direito Islâmico

É comum dizer que, assim como o Judaísmo, o Islã seria uma religião da Lei, o Direito ocupando um lugar mais central do que a própria teologia. O fato é, no entanto, que isso não é verdade para o Islã dos primeiros tempos. De início, não era uma religião da Lei, mas antes da ética.<sup>11</sup> A tomada pelo Direito desse lugar central se deu gradualmente e no primeiro século do Islã – que

se inicia, como pregação e como Revelação, por volta de 615 DC – ainda não se podia falar de sistema jurídico islâmico.<sup>12</sup> Para Küng, o Corão, contendo a totalidade da palavra divina revelada ao Profeta Mohamad, seria apenas um preâmbulo para um código civil islâmico.<sup>13</sup>

Será necessário que o Islã passe por uma mudança de paradigma para que se possa dizer que se transformou em uma religião da Lei, a ênfase ética perdendo espaço e os debates de natureza jurídica se substituindo àqueles teológicos<sup>14</sup>.

Uma primeira razão para essa característica negativa dos primeiros tempos, e não para a transformação que virá com a mudança de paradigma, se encontra no fato de que o Corão foi revelado ao Profeta Mohamad ao longo de 22 anos, durante cerca de 10 dos quais ele atuou como governante, primeiro de Yatrib, a partir daí conhecida como a Medina do Profeta, e logo de toda a península arábica unificada sob o Islã. A totalidade da revelação não estava ainda disponível quando o Islã e seu Profeta já eram chamados a regular a vida em sociedade e a resolver controvérsias. Adicione-se a isso que as suras e versículos do Corão que se poderiam dizer efetivamente reguladores do comportamento ou jurídicos são muito poucos. Assim, o fato é que o Islã, e o Profeta, continuaram a aplicar o direito que os árabes conheciam antes da revelação. E quando se deu a expansão do Islã, levado à Síria, ao norte da África, à Ásia e mesmo à Europa pelos árabes, estes levavam com eles o seu direito e também continuavam a aplicar o direito local, desde que um ou outro não se expressasse em dispositivos que contrariassem o Corão. Essa imagem, mais precisa, da evolução do que virá a ser conhecido como Direito Islâmico, joga nova luz sobre a afirmação usual sobre serem o Corão revelado e o conjunto de comportamentos e ditos do Profeta, a tradição profética, conhecida por *sunna*, as duas fontes originárias dessa tradição jurídica. Isso ficará mais claro adiante, quando tratarmos da quebra de paradigma no que diz respeito justamente à tradição.

Um Direito Islâmico que fosse além do contido no Corão e que fosse diferente dos direitos locais das populações gradualmente incorporadas ao mundo muçul-

<sup>9</sup> CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>10</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit, vol. 1 Paris: Seuil, 2004.

<sup>11</sup> Ver KÜNG, Hans. Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010, pg. 190.

<sup>12</sup> KÜNG, Hans. Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010, pps. 226 e 227

<sup>13</sup> KÜNG, Hans. Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010, pps. 226 e 227

<sup>14</sup> KÜNG, Hans, Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010, pg. 255.

mano só poderia se desenvolver gradualmente, ou bem criando ou reconhecendo como suas, normas outras que não as reveladas, ou bem pretendendo fazer decorrer todas as normas possíveis do Corão a partir de um esforço de interpretação intenso.

Talvez, por isso, a primeira fonte, falando cronologicamente, do direito islâmico (dentre as que são comumente listadas), além do Corão, seja a noção de *ijma'*, ou seja, consenso. Fundada na ideia que a comunidade muçulmana não poderia reunir-se consensualmente no erro, a norma ou o comportamento que fosse aceito por ela seria tida por jurídica, legal.

Evidentemente, o que é consensuado é objeto passível de escrutínio, de argumentação, de refutação, atividades que demandam a habilidade racional do ser humano. Uma questão que logo se colocará em relação ao consenso, quer ele seja voltado para a aceitação de normas externas ao Corão, quer diga respeito à interpretação do Corão ele mesmo, é se deve-se buscar o consenso da comunidade como um todo ou se, ao contrário, só os estudiosos da religião estão legitimados a constituir esse consenso.<sup>15</sup>

Como quer que seja, é um fato prontamente reconhecido que o Corão revelado é passível de interpretação, e mais, demanda interpretação. Assim aceita-se que um esforço deve ser empreendido pelos muçulmanos com o objetivo de conhecer a vontade divina, tal como revelada no Corão. A esse esforço se dá o nome árabe de *ijtihad*. Na verdade, todo o esforço de onde decorrem os princípios gerais do Direito Islâmico (ditos em árabe *usul al fiqh*), toda a teoria do direito que será gradualmente construída, portanto, e todas as normas que serão gradualmente incorporadas ao corpus normativo islâmico, é o que se conhece por *ijtihad*.

Para o *ijtihad*, assim como para o *ijma'*, é possível concebê-lo como tarefa de todos os muçulmanos ou, a partir de certo momento, restringir o empreendimento

aos sábios da religião, aos especialistas. Assim também, ao menos teoricamente, ele pode ter por objeto apenas o texto corânico, o texto e outras fontes concebíveis do Direito Islâmico, ou mesmo pode se estender para fora dessas fontes e olhar para além daquela parte revelada da vontade divina. Também, finalmente, o *ijtihad* pode ser concebido, por um tempo, como sendo absoluto (*mutlaq*), ou seja, livre de cânones pré-fixados, ou circunscrito às grandes linhas definidoras das grandes escolas jurídicas que o Islã virá a conhecer (*madhabe*, sing. *madhhab*).<sup>16</sup>

É desnecessário dizer que, sob qualquer forma, um tal tipo de esforço é necessariamente um exercício de mobilização da racionalidade. Inclusive os argumentos tendentes à ampliação do escopo e dos agentes do esforço ou à sua restrição precisam ser de natureza racional.

Não é por acaso que a primeira grande questão filosófica e teológica que dividiu os muçulmanos muito cedo, com implicações necessárias para o *ijtihad*, foi aquela relacionada ao caráter criado ou incriado (eterno e divino) do texto corânico.<sup>17</sup> A pergunta que desafiava os intelectos era se o texto revelado era parte da criação e assim, portanto, adequada ao tempo e ao lugar em que se revelava, passível de atualização, talvez, e de adequação, ou se, ao contrário ele seria, junto com Deus, eterno e imutável.

Ainda que em algum momento tenha se imposto a segunda concepção, continuava a haver um largo espaço para a interpretação e para a discordância em relação ao Direito contido ou anunciado pelo Corão e em relação às normas a aplicar em situações as mais diversas por todo o mundo muçulmano. O *ijtihad* continuava a operar e a produzir, como é natural, respostas divergentes para múltiplas perguntas, perguntas sobre as quais também se podia discordar.

Esse esforço deu lugar a mecanismos, todos eles racionais, incorporados à teoria geral do Direito Islâmico e tendentes à identificação das normas aplicáveis e à solução de questões e controvérsias jurídicas.

<sup>15</sup> KÜNG faz o paralelo entre este segundo tipo de consenso e a noção jurídica romana do *opinio prudentio*, a opinião do conhecedor, para mostrar como, além de adaptar e aplicar normas e instituições dos povos conquistados o Islã fazio o mesmo com conceitos e ideias. KÜNG, Hans, *Islão: Passado, Presente e Futuro*. Coimbra: Edições 70, 2010, pg. 227. Já sobre ser o Direito Islâmico objeto de interpretação pelo juriconsulto, pelo sábio religioso, e não pelo juiz, uma especificidade altamente relevante, ver BENKHEIRA, Hocine, *La Nature du Droit Islamique*, in *Revista de Direito Internacional*, Vol. 15, N. 3, Brasília, 2018, pp. 25-31. O mesmo autor faz um detalhamento das fontes do Direito Islâmico que discutiremos adiante.

<sup>16</sup> CHAUMONT, Eric, «Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihad» In: FRÉGOSI, Franck (org.) *Lectures contemporaines du droit islamique*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 71-79

<sup>17</sup> Na verdade, essa questão era uma das que sustentava a corrente racionalista do Mu'tazilismo que surge no fim da dinastia Omíada e conhece seu apogeu sob o Califa abássida Al Ma'mun. Ver SOURDEL, Dominique e Janine. *Dictionnaire historique de l'Islam*. Paris: PUF, 1996, pg. 607

Assim, o *qyas*, raciocínio analógico, foi admitido como meio legítimo para responder a situações não cobertas pelas normas, mas similares a outras, estas sim contempladas com soluções. Aceita-se também que decisões sejam tomadas tendo em conta o que se julga ser o melhor resultado, ou aquele preferível (*istihsan*) ou o que constituiria o interesse legítimo da sociedade (*maslaha*). Até mesmo a opinião pessoal (*ra'y*) do juriconsulto ou do juiz tem um lugar.

É preciso atentar, no entanto, para o fato de que, durante o que se conhece como o período clássico do Islã, todo esse esforço era compreendido como uma tentativa de identificar o sentido do texto revelado. Era um esforço de interpretação e não de adaptação ou adequação.<sup>18</sup> Essa precisão é importante para o debate, que virá adiante, sobre as condições de atualização e adaptação do Direito Islâmico como sendo determinadas por uma “reabertura das portas do *jithab*”, portas que uma abundante literatura imagina, erroneamente, que tenham sido fechadas em algum momento do terceiro século do Islã, cuja revelação teve início por volta de 610 DC.<sup>19</sup>

Com a expansão dos domínios territoriais do Islã, a diversidade, e disparidade, das opiniões dos juizes individuais que decidiam com grande liberdade, e também a diversidade de consensos locais sobre a teoria do direito e sobre as normas aplicáveis, a multiplicidade de escolas jurídicas,<sup>20</sup> tudo isso passou a ser visto como problema e como uma demanda por harmonização.

E harmonização viria a haver, de fato, mas ela decorreria do resultado de uma disputa importante, no seio do Islã, entre a tradição e a razão, se quisermos colocar as coisas nesses termos.

É talvez paradoxal que a restrição da liberdade de interpretação e a consolidação gradual dos vários cor-

pos normativos que logo se reduzirão ao número de 4 ou 5 grandes escolas,<sup>21</sup> se tenha dado fundamentalmente com a adição tardia<sup>22</sup> de uma segunda fonte primária para o Direito Islâmico, paralela ao Corão, tida por inspirada divinamente também e com o mesmo status hierárquico que o texto revelado. Trata-se da anteriormente mencionada *sunna*, ou a tradição, o conjunto de comportamentos ou ditos do Profeta, contidos nos *abadith* (sing. *hadith*).

Logo o trabalho de identificação dos *abadith*, da verificação de sua fidedignidade, da sua compilação, se tornará uma ciência e disso resultarão compêndios contendo numerosíssimos relatos de ditos e comportamentos do Profeta. Essa adição de uma nova fonte primária, elevada à condição de divinamente inspirada, contendo um grande número de lugares de onde fazer surgir normas jurídicas, supre a falta de disposições corânicas, uma falta que deixava, proporcionalmente, grande espaço para o esforço de interpretação. A adição restringe o espaço da interpretação, subordina o raciocínio por analogia e o consenso ao que está contido na tradição, restringe o lugar da opinião apenas ao momento em que cabe a analogia, proíbe o *istihsan* (o julgamento sobre o que é melhor, preferível) e recusa a tomada em conta da *maslaha* (o interesse).

De modo revelador, essa época conheceu a oposição entre os ditos *abl al hadith* (a gente da tradição) e os chamados *abl al akl* (a gente da razão ou da opinião), e desse confronto os tradicionalistas saíram vitoriosos.<sup>23</sup>

A elevação do Profeta à condição de legislador divinamente guiado, criador de normas a partir de seu comportamento e ditos, normas que se encontram em posição hierarquicamente idêntica às do texto corânico, não podendo umas revogar ou alterar as outras, restringe a liberdade de interpretação que antes tinha por objeto apenas o texto revelado. O que antes era tradição passível de escrutínio e discussão adquire, pela linha de transmissão que a liga ao Profeta, em princípio, autoridade equivalente à da Revelação.

Essa evolução no que respeita às agora duas fontes primárias do Direito Islâmico, ambas de natureza divi-

<sup>18</sup> CHAUMONT, Eric, «Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihād» In: FRÉGOSI, Franck (org.) Lectures contemporaines du droit islamique, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pg. 74

<sup>19</sup> CHAUMONT, Eric, «Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihād» In: FRÉGOSI, Franck (org.) Lectures contemporaines du droit islamique, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pg. 75

<sup>20</sup> Sobre a liberdade com que os primeiros juristas do Islã se permitiam interpretações diversas, sem se prenderem inclusive ao texto revelado, ver, por exemplo, MOURAD, Suleiman A. Islamic Sharia Law - History and Modernity: Some Reflexions, in Revista de Direito Internacional, Vol. 15, N. 3, Brasília, 2018, pp. 25-31. A mesma obra traz um argumento contundente favorável ao recurso à história para entender uma tradição jurídica como a islâmica e os seus problemas contemporâneos.

<sup>21</sup> A literatura lista tradicionalmente as 4 grandes escolas jurídicas do Sunismo, a Shafeita, a Hanbalita, a Malekita e a Hanafita. É preciso considerar ao menos a escola Ja'farita adotada pelos xiitas duodecimais.

<sup>22</sup> Um movimento que se intensifica a partir de meados do século VIII.

<sup>23</sup> KÜNG, Hans. Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010, pps. 324 e 325

na, se combina com esforços de sistematização desse Direito compreendidos sobretudo por Shafe'i,<sup>24</sup> orientados pela preocupação com reduzir as diferenças existentes entre as inúmeras escolas do período clássico. O esforço de sistematização, no entanto, deixava as portas abertas para a discordância, já que o *ijtihad* implica em obrigações de meio e não de fim.

É por isso que, como antecipado acima, não se pode falar propriamente de um mítico fechamento das portas do *ijtihad* que seria responsável pela estagnação ou pela incapacidade de adaptação do Direito Islâmico. Esse fechamento nunca se deu. No entanto, como também já foi dito, a função do *ijtihad* é identificar a vontade divina interpretando o texto da Revelação e, depois, a tradição do Profeta. Na medida em que a ortodoxia islâmica consagrou a ideia de ser o Corão incriado, eterno portanto, o *ijtihad* teria por resultado a identificação daquilo que é imutável e não para a sua adequação às necessidades do tempo. Ele seria, portanto, conservador.

Segundo Chaumont, a ideia fundamentalmente orientalista de fechamento das portas do *ijtihad* teria encontrado ampla aceitação inclusive nas sociedades islâmicas e não ficado restrita aos pensadores orientalistas, pelos efeitos típicos do colonialismo que levam à adoção pelo colonizado das visões do colonizador, mas também, e isso é mais interessante, porque oferecia uma explicação para o atraso percebido sem colocar em xeque os fundamentos da tradição e da religião, já que, segundo o argumento, bastaria que se abrissem novamente essas portas para que o Islã se visse adaptado ao mundo moderno, mas ainda inteiro, íntegro.<sup>25</sup>

O que se percebe como o congelamento do Direito Islâmico, esse fechamento de portas, é de algum modo também percebido como a razão fundamental da incapacidade de adaptação do Islã e das sociedades muçulmanas, de seu atraso, se quisermos, em geral e não apenas no que respeita às normas e às instituições jurídicas, e também nisso é possível que haja uma saída confortá-

vel para muitos.

De todo modo, está evidente que, quaisquer que sejam os problemas ligados à concepção do *ijtihad*, ao seu âmbito de aplicação e ao seu caráter conservador, no sentido de aderência à interpretação do texto, ou inventivo, no sentido de inovação em relação ao texto, o *ijtihad* é um exercício de racionalidade, assim como o são também as discussões e polêmicas que o têm por centro. Qualquer que seja a verdade do problema de um percebido atraso do Islã e das sociedades muçulmanas, não se trata de ausência de racionalidade. Trata-se antes de um problema conectado ao exercício de uma racionalidade religiosa.

É possível afirmar, como o fazem muitos,<sup>26</sup> que aquilo que se poderia chamar de estagnação do pensamento islâmico e das sociedades muçulmanas está fundado sobretudo na falha em separar e distinguir a racionalidade religiosa daquela filosófica e científica.

O ponto alto da filosofia islâmica se deu no século XII no Andalus. Ali, mais especificamente em Córdoba, sob um emirado Omíada que enfrentava a influência política, ideológica e religiosa da dinastia Abássida de Bagdá e daquela Fatimida do Egito, Averróis, juiz e juriconsulto, mas também um homem treinado em medicina, matemática e lógica, encarnou, de modo mais paradigmático, um pensamento que propunha a distinção entre a racionalidade religiosa, que deve perseguir a verdade pela via que a Revelação desenha em direção a ela, e a racionalidade filosófica, científica, se quisermos, que conduz igualmente à verdade, mas por caminhos próprios, utilizando instrumentos específicos. A Lei divina, segundo ele, comanda a busca da verdade pela filosofia, mas não lhe pode impor um instrumento que não seja o seu. Assim, os dois caminhos em direção à verdade podem se desencontrar, momentaneamente, porque o erro de uma ou outra racionalidade é possível, mas é preciso respeitar o método e o caminho.

Em seu livro definitivo sobre a questão,<sup>27</sup> Averróis defende essa sua tese na forma de um parecer jurídico, e traça vários paralelos entre os silogismos que devem fundamentar uma decisão com base no Direito e o silogismo típico do pensamento filosófico. A cada univer-

<sup>24</sup> Fundador de uma das quatro grandes escolas jurídicas sunitas. Ver, sobre esse trabalho de sistematização, entre outros, KÜNG, Hans. Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010 e CHAUMONT, Eric, "Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihad" In: FRÉGOSI, Franck (org.) Lectures contemporaines du droit islamique, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

<sup>25</sup> CHAUMONT, Eric, «Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihad" In: FRÉGOSI, Franck (org.) Lectures contemporaines du droit islamique, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pg. 77

<sup>26</sup> Ver, por exemplo, ABED AL-JABRI, Mohammed. *Introdução à Crítica da Razão Árabe*. São Paulo: Unesp, 1997 e BENSLAMA, Fethi. *La Guerre des Subjectivités en Islam*. Paris: Lignes, 2014, no ensaio dedicado à Escolha de Averróis.

<sup>27</sup> AVERRÓIS. *Discurso Decisivo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005

so de pensamento se impõe o instrumento, o método, apropriado.

Interessa notar, no entanto que, como jurista, Averróis estava entre aqueles que tendiam a acreditar que o sentido da Revelação e, portanto, do Direito, era sempre exotérico, externo, contrariamente às correntes mais místicas ou que abriam maior espaço para uma compreensão restrita aos iniciados, que precisariam ser copiados e seguidos pelos demais crentes. Neste sentido, era um jurista mais adstrito ao texto. Por outro lado, tendia a considerar, logicamente, como permitido ou possível tudo que estivesse fora do texto.

Compreende-se a esperança depositada na recuperação do legado fundamental de Averróis e outros que pensavam como eles e que se viram de algum modo alijados da história do pensamento muçulmano posterior para uma renovação da vitalidade dessa tradição. Resta saber se essa recuperação dará conta também de revitalizar o pensamento no seio de uma tradição jurídica que não pode desconsiderar sua fundamentação religiosa sem se desnaturar.

A construção do direito islâmico, como se vê, guarda semelhanças importantes com o processo de configuração do jurídico que se deu no Ocidente. Em ambos os casos, há uma batalha hermenêutica que coloca em tensão a sacralidade do texto e a falibilidade do intérprete, dinâmica que se traduz na busca de estratégias para reduzir esta a fim de respeitar aquela.

As duas tradições se afastam, entretanto, na lógica de construção dessas estratégias. As guerras de religião que dilaceraram a Europa nos séculos XVI e XVII tornaram impossível que as diferenças hermenêuticas pudessem seguir sendo arbitradas - como ocorreu no caso do Islã - no quadro de um fundamento transcendente comum. A ruptura exegética representada pela Reforma<sup>28</sup> liquidara a possibilidade de utilização do texto bíblico como base comum e elemento de decisão para controvérsias normativas. Todo o esforço dos iluministas pode ser lido como um projeto para recompor um campo de debates comum por meio de um critério visto como universal. A razão instrumental cartesiana cumprirá exatamente este papel.

Secularizando, por meio da verdade metafísica, atri-

<sup>28</sup> BERMAN, Harold. *Law and Revolution, II: The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*. Cambridge: Belknap Press, 2006.

butos característicos do divino medieval - universalidade, clareza, consistência, pertinência - a razão cartesiana repropõe, em termos diversos, os termos de um debate que, no Islã, prosseguiu sob a égide do religioso. Na narrativa que o Ocidente faz de si mesmo, e no espelho invertido que, nessa narrativa, representa o Oriente, esse distanciamento é hiperdimensionado, no esforço de apagar uma origem comum. Por isso, importa retomar as origens dessa nova perspectiva hermenêutica no Ocidente, ressaltando sua dependência de mecanismos de validação que guardam importante relação com seus correlatos islâmicos. Essa discussão é objeto da seção que se segue.

### 3 O Divino e o Racional no Direito Ocidental

A Concordata de Worms, em 1122, é um dos momentos fundantes da vida política e jurídica no Ocidente.<sup>29</sup> O tipo de distinção que ela estabeleceu entre poder religioso e poder temporal servirá de base para a consolidação, séculos depois, da ideia de Estado laico como uma das pedras de toque do pensamento político Moderno.<sup>30</sup> O triunfo do projeto iluminista irá empurrar para o campo do privado a “superstição religiosa”, elevando a Razão instrumental como única base legítima para a organização da vida comum.

A compreensão desse processo que culmina na laicidade como condição necessária para a existência do *rule of law* nas democracias ocidentais não pode ser completa sem o exame das premissas teológicas e jurídicas que tornaram possível a *Concordata*. No início do século XII, as relações entre poder temporal e poder espiritual são vistas como sendo, fundamentalmente, de *complementaridade*. Os embates entre Papa e Imperador não indicavam um antagonismo entre as esferas, mas uma compreensão imperfeita, por parte dos agentes, da unidade profunda que englobava os dois campos. O mundo medieval articulava-se simultaneamente, em torno de uma dupla temporalidade e de uma dupla racionalidade.

<sup>29</sup> SKINNER, Quentin. A Genealogy of the Modern State. *Proceedings of the British Academy*, vol 162, 2009, pp 325-370.

<sup>30</sup> DE MESQUITA, Bruce Bueno. Popes, Kings, and Endogenous Institutions: The Concordat of Worms and the Origins of Sovereignty. *International Studies Review* 2, n. 2, 2000, pp. 93-118. Acesso em 14 jan. 2020, disponível em: <[www.jstor.org/stable/3186429](http://www.jstor.org/stable/3186429)>.

No que diz respeito à primeira dimensão, a clivagem se dava entre o tempo humano e o tempo divino. Havia, por um lado, a temporalidade do *século*, vocábulo que aqui, tem o sentido de vida quotidiana. Esse era o tempo da história humana, da vida presente e de sua efemeridade, suas vicissitudes e sua provisoriedade.<sup>31</sup> O mundo material, em que estão inseridos os seres humanos, com seus corpos e seus apetites, necessitava a capacidade de governo sobre “as coisas que passam”. O poder temporal - imperador, rei, suserano, etc. - era o encarregado de desempenhar essa tarefa.

A outra temporalidade era a do *eterno*, isto é, o tempo da história da salvação, escrita por Deus, não pelos seres humanos. Essa dizia respeito não ao corpo mortal e às coisas que passam, mas à alma imortal e às coisas que não passam. Essa história se compunha de três fases: a *era do Pai*, a primeira delas, dizia respeito à narrativa do Antigo Testamento; a segunda, a *era do Filho*, fora da encarnação até a ascensão de Cristo aos céus; a terceira, em que viviam os medievais, se denominava *era do Espírito* e deveria se estender até o Juízo Final. A vida espiritual nesses últimos tempos - até a Parusia, o retorno do Cristo - necessitava a capacidade de “pastorear as almas” e de governo sobre “as coisas que não passam” O poder religioso - papa, bispos, clérigos - era o encarregado dessa incumbência.

Uma divisão correlata se dava em torno da racionalidade. A distinção que se fazia não era (como iriam propor os Modernos) entre a *razão* e a *não-razão*, mas entre dois tipos de razão. O texto fundamental de Isaías (“Porque os meus pensamentos não são os vossos pensamentos, nem os vossos caminhos os meus caminhos, diz o Senhor. Porque assim como os céus são mais altos do que a terra, assim são os meus caminhos mais altos do que os vossos caminhos, e os meus pensamentos mais altos do que os vossos pensamentos”),<sup>32</sup> estabelecia os termos dessa distinção. Há uma semelhança fundamental: tanto Deus, quanto os seres humanos, são capazes de *pensamentos* e de planejar caminhos, vale dizer, de propor objetivos e meios para sua obtenção. A racionalidade humana, conquanto imperfeita, é reflexo da razão divina. Por outro lado, há também uma diferença insuperável: a Razão divina está muito acima da capacidade de apreensão da razão humana e é irredutível aos limites de nossa capacidade de compreensão. Ela

é o inefável, isto é, uma racionalidade intraduzível em termos humanos, não porque imperfeita, mas porque absolutamente perfeita.

A tarefa das comunidades políticas do Ocidente medieval era a de conciliar essas duas temporalidades e essas duas racionalidades. O *bom governo* deveria permitir a todos, vivendo santamente no reino desse mundo, chegar à bem-aventurança no reino eterno. O rei Davi era o paradigma do soberano que reunia, em sua pessoa, a capacidade de governar bem as duas dimensões. Sua prudência faz com que ele frequentemente consulte os sábios e Profetas, isto é, aqueles que podem ajudá-lo a alinhar sua ação política no tempo presente com os preceitos que regem o tempo eterno. Politicamente acima de seus conselheiros religiosos, mas subserviente à Verdade que eles lhes revelam, o rei Davi servirá de modelo e justificativa, até a concordata de Worms, para a fusão das duas temporalidades e das duas racionalidades em um único soberano.<sup>33</sup>

A própria necessidade de haver a *Concordata* indica, entretanto, que as transformações sociais que marcam o fim da chamada Alta Idade Média, haviam tornado inviável essa forma específica de concentração de poderes. As tensões entre os interesses da hierarquia eclesiástica e da nobreza feudal haviam chegado a um paroxismo que nem a violência das guerras permitia resolver. O arranjo político que permitiu superar esse antagonismo se baseou na forma de se entender os modos de complementaridade dessa dupla racionalidade-temporalidade.

A exemplo do que posteriormente, na Modernidade, seria proposto com a separação de poderes (que é instrumental para o exercício do poder uno do Estado), assim também os medievais efetuaram uma separação pragmática de racionalidades. A distinção consensual entre século e eterno iria se traduzir em uma diferenciação institucional cada vez mais marcada e cada vez mais estanque. Também à semelhança da premissa contemporânea de *harmonia entre os poderes*, a solução da Concordata implicava igualmente a afirmação de que era possível uma coexistência virtuosa das duas esferas. A divisão pragmática de tarefas não era senão um modo de permitir a gestão efetiva do *todo*: agindo cada um em

<sup>31</sup> TAYLOR, Charles. *A secular age*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

<sup>32</sup> BÍBLIA. Isaías 55:8-55:9. Disponível em <<https://www.biblionline.com.br/acf/is/55/8-10>>.

<sup>33</sup> KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do rei*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. GAPOSCHKIN, M. Cecilia. *The Making of Saint Louis: Kingship, Sanctity, and Crusade in the Later Middle Ages*. Cornell University Press, 2008. Acessado em 14 jan. 2020. [www.js-tor.org/stable/10.7591/j.ctt7v6sm](http://www.js-tor.org/stable/10.7591/j.ctt7v6sm).

sua esfera, o cetro e o báculo se articulariam para promover o bem comum.<sup>34</sup>

Ponto crucial para o entendimento do processo de laicização do Direito ocidental Moderno, é a prevalência, ao menos no campo teórico, da racionalidade religiosa sobre a racionalidade secular, como se viu do texto de Isaías. Assim como o espírito é superior à carne, assim também as razões espirituais se sobrepõem às razões mundanas da política. A bula papal que permitia aos católicos ingleses o assassinato de Elizabeth I (porque vista como herética),<sup>35</sup> assim como a execução dos católicos por não aceitarem a autoridade (espiritual) de Henrique VIII<sup>36</sup> são exemplos bem conhecidos dessa superioridade reconhecida do tempo eterno sobre o tempo presente.

Mais ainda: as normas jurídicas, assim como todos os atos das autoridades políticas se legitimavam, em última instância, como manifestação, no século, da Vontade Eterna. Isto é, o processo de formação dos Estados nacionais, com todas as suas implicações de constituição de uma burocracia estatal profissional, de uma crescente especialização do campo jurídico e de uma consolidação da lei promulgada como limitação ao poder do monarca tinha por lastro, no discurso e no imaginário coletivos, uma instância metafísica. Essa instância metafísica é um Deus *pessoal* (isto é, não se confunde com uma força cósmica dispersa, nem com a Natureza), dotado de *vontade* e que tem um *plano específico para os seres humanos*. Como observa Gillepsie, sem entender a importância desse lastro, e de suas características, é impossível compreender a dinâmica mais profunda que estrutura a Modernidade.<sup>37</sup>

As guerras de religião, entretanto, solaparam de maneira decisiva as possibilidades práticas dessa validação metafísica, não porque negassem a existência de uma divindade com essas características (pessoalidade, vontade, projeto), mas porque colocavam em dúvida a capacidade de a *vontade* e o *projeto* da *pessoa divina* serem

apreensíveis pelos seres humanos. A disputa teológica no coração da Reforma tem aqui seu ponto central: a ênfase luterana na *fé* surge de uma desconfiança radical na capacidade de os seres humanos compreenderem a profundidade dos desígnios divinos. Pretender ser capaz de fazê-lo - como, alegava Lutero, faziam os teólogos chancelados pela Igreja de Roma - era um ato de suprema arrogância, um modo espúrio de tentar justificar, por meio da Escritura, propósitos que nada tinham de sagrado.

Os questionamentos propostos por Lutero geraram um abalo sísmico na Cristandade, porque colocavam em xeque as bases de legitimidade de todas as autoridades - políticas, religiosas, sociais - sem, entretanto, deixar de afirmar a verdade fundamental dos termos a partir dos quais essas autoridades se constituíam. Nem Lutero (como se vê de sua atuação nas revoltas camponesas), nem Calvino (como se vê de seu governo em Genebra), nem as outras ramificações da Reforma, negavam que a autoridade política era a manifestação temporal da autoridade divina e a essa devia submissão (como se vê da estrutura social estabelecida pelos puritanos no Novo Mundo). A lei divina, seus comandos, eram o paradigma e o fundamento das leis humanas.

O conteúdo e o sentido dos comandos dessa autoridade superior, eram, entretanto, inacessíveis aos seres humanos; para ser mais preciso, à grande maioria dos seres humanos. Pois os eleitos a ela tinham acesso direto por meio da leitura não corrompida das Escrituras. Tragicamente, não havia critério seguro para estabelecer quem merecia ser considerado *eleito*: todos os lados envolvidos entendiam as cruentas matanças em nome da religião como um mal necessário, como um embate em que *ortodoxos, santos, fiéis* buscavam corrigir *hereges, pecadores, infiéis*. As definições de quem merecia qual rubrica variavam segundo o lado em que se estivesse, mas os critérios de distinção eram os mesmos.

A incapacidade de um consenso teórico na teologia convidou a uma solução pragmática na política. A Paz de Augsburgo (1555), e seu princípio *Cujus regio, eius religio* significou na prática, a relativização da importância dos argumentos religiosos como fundamentação no poder. Ao longo do tempo, no abandono gradual do recurso discursivo à “vontade divina” como legitimação para os governos e as leis.<sup>38</sup> Como observa Foucault,

<sup>34</sup> Na teologia, Santo Tomás busca realizar essa conciliação.

<sup>35</sup> A bula papal *Regnans in Excelsis* está disponível em inglês no seguinte endereço: <<https://www.papalencyclicals.net/pius05/p5regnans.htm>>. Por meio dela, foi excomungada a rainha Elizabeth I.

<sup>36</sup> A perseguição instaurada no reinado de Henrique VIII, inclusive, continuou no Reinado de Elizabeth I. Para um estudo mais detalhado ver: CHAPMAN, John H. *The persecution under Elizabeth*. Transactions of the Royal Historical Society, vol. 9. Cambridge: Cambridge University Press, 1881, pp. 21-43.

<sup>37</sup> GILLEPSIE, Michael Allen. *The theological Origins of Modernity*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

<sup>38</sup> BERMAN, Harold Joseph. *Law and revolution, II: the impact of the protestant reformations on the western legal tradition*. Cambridge, MA:

os governos passarão gradualmente a se validar, mais e mais, com base nas *razões de Estado* e na eficiência de suas administrações.<sup>39</sup>

Como já se apontou, essa passagem do governo das almas para o governo do Estado não implicou, em um primeiro momento, o abandono da metafísica de matriz religiosa, nem a declaração da irracionalidade de qualquer religião. E isto não só na política. A filosofia de Descartes e de Kant, assim como os escritos políticos de Hobbes e de Rousseau fazem, cada um a seu modo, referência a Deus como elemento constitutivo de sua argumentação. A racionalidade moderna, em seus primeiros movimentos, busca ressignificar - não negar - a dimensão metafísica postulada pelos discursos religiosos.

A mutação que se irá operar terá suas raízes no desprestígio crescente da ideia de Deus pessoal. O surgimento do deísmo no século XVII é um dos primeiros passos em um movimento que fará a transição da inescrutável Razão divina do Deus pessoal medieval para a cientificamente apreensível Razão natural inscrita no universo dos Modernos. O processo ganhará impulso com o positivismo de Comte, narrativa central para consolidar a ideia de que o pensamento científico é uma *evolução* em relação ao pensamento religioso (apresentado como menos *racional*)<sup>40</sup> e com a historiografia do século XIX, que representará a Idade Média como “a Idade das trevas” porque dominada pelo obscurantismo religioso.<sup>41</sup>

O resultado desse processo é uma modalidade específica de sinédoque, que faz com que um tipo específico de Razão (a saber, a razão Iluminista) passe a significar a Razão como um todo. Essa razão Iluminista, como já se apontou, é *instrumental* e *procedimental*,<sup>42</sup> isto é, ela não

tem um sentido último, mas serve para compreender o mundo e transformá-lo segundo nossos interesses, ao mesmo tempo que não se valida pela verdade substantiva, mas pela pertinência metodológica. Qualquer tipo de discurso (religioso, artístico, afetivo) que não puder ser comprovado nesses termos será considerado como defectivo do ponto de vista racional.<sup>43</sup>

A transposição desse tipo de razão para o campo do Direito é bem conhecida, desde, pelo menos, o trabalho de John Austin. *The Province of Jurisprudence Determined*, de 1832, traduz a preocupação com a cientificidade do Direito que Kelsen consagrará em *Pure Theory of Law* (1934). Os termos em que a proposta positivista busca definir a racionalidade jurídica, a excisão que ela opera de elementos que não possam ser traduzidos à lógica cartesiana-dedutiva de legitimação, representam um esforço de insular o jurídico da metafísica. Corolário dessa operação, será a distinção marcada entre *direito* e *justiça*, entre *procedimento* e *substância*, entre *legalidade* e *legitimidade*.

Ainda que combatida desde seu início, a proposta positivista de que a racionalidade jurídica, sob o ponto de vista científico, deveria ser discutida e comprovada em termos da lógica e da consistência internas ao sistema consolidou-se no senso comum de boa parte dos juristas. Mesmo seus críticos tendem a tomar como plena de sentido a ideia de que há um *direito nos livros* (*law in the books*), e que essa tem sua importância própria, que se desdobra em parâmetros racionais de hermenêutica e aplicação. A valorização do *direito em ação* (*law in action*) não representa uma negação do caráter racional dos códigos e diplomas legais, mas uma impugnação da forma como eles são utilizados no funcionamento das instituições jurídicas.

Assim, algo paradoxalmente, o realismo jurídico naturaliza e reforça a noção de que a coerência lógica interna do sistema normativo é uma característica do *jurídico, como jurídico*. As duas grandes correntes teóricas (positivismo, realismo), em seu funcionamento conjunto, manifestam o quão profundamente a sinédoque moderna afetou os modos de entendermos, contemporaneamente, a racionalidade do Direito.

Os limites da Razão iluminista foram apontados já durante seu processo de consolidação, como se pode

Harvard University Press, 2009, pp. 50-51.

<sup>39</sup> FOUCAULT, Michel, and SENELLART, Michel. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2008.

<sup>40</sup> No imaginário moderno, as ideias de Comte acabam por se articular, de maneira nem sempre explícita, com a perspectiva evolucionista de Darwin, em um movimento que reforça a noção de que a ideia de evolução é *cientificamente comprovada*. As propostas do materialismo histórico, de Marx, abraça a noção similar de evolução do tempo histórico.

<sup>41</sup> Uma breve discussão sobre a construção dessa ideia pode ser encontrada em: NELSON, Janet. *The Dark Ages. History Workshop Journal*, n. 63, 2007, pp. 191-201.

<sup>42</sup> TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989, pp. 321-354.

<sup>43</sup> Para uma densa análise de elementos teológicos e políticos na obra de Descartes, ver: GILLEPSIE, Michael Allen. *The theological Origins of Modernity*. Chicago: University of Chicago Press, 2008. pp. 107-206.

ver, por exemplo, da ampla reação reunida sob a rubrica de *Romantismo*. Essas críticas pioneiras foram hoje ampliadas e retomadas no bojo do que se convencionou chamar de pós-modernidade. As novas correntes críticas desconstroem, de maneira muito convincente para boa parte da comunidade jurídica, as bases argumentativas de discursos que propunham uma razão *universal, neutra e a-histórica*. A era da pós-verdade coloca em crise todos os discursos de legitimação do jurídico de matriz Moderna.<sup>44</sup>

Não sem ironia, o corrente esfacelamento da noção de verdade universal guarda paralelos importantes com a ruptura da unidade teológica que havia dado consistência à vida político-jurídica da Idade Média. Também aqui, um elemento incontroverso para dirimir disputas (a Escritura, para os medievais; a razão Iluminista, para os Modernos), se vê subitamente infirmada desde seus fundamentos.

A crise do Direito, a ascensão de outras formas de normatividade, e a reformulação das instituições político-jurídicas contemporâneas, radicam nessa ruptura de um paradigma consensual fundamental. Essa crise tem entre suas marcas mais pronunciadas a percepção de que o intervalo entre *legal e justo* vai se alargando de maneira inadmissível. A identificação desse descolamento, entretanto, bem como as propostas de sua superação demandam a afirmação de alguns *a priori* incompatíveis com a dicção da legalidade de matriz iluminista-moderna. Como apontou Villey<sup>45</sup>, o apelo à reforma dos sistemas jurídicos a partir de valores como *dignidade humana*, são reiterações contemporâneas de valores antes desenvolvidos e teorizados no campo da teologia. A clivagem entre transcendente e racional no Ocidente parece hoje menos absoluta do que há um século; assim como no passado, ela irá demandar a capacidade de desenvolver novas formas de teorização.

Assim, no Mundo Muçulmano a tese da existência de um caminho outro que o da Revelação para se chegar à Verdade, um caminho da filosofia e da lógica - que precisaria sobretudo ser respeitoso dos *métodos da Revelação* mas não a ela submetidos - parece ter sido derrotado em determinado ponto da história. Essa perspectiva secular teria como consequência possível de desencontro eventual entre revelação e filosofia, decorrentes das

falhas humanas na interpretação ou dos processos de tentativa e erro típicos da ciência. No Ocidente, entretanto, seria essa última perspectiva a que teria vingado, uma vez que a impossibilidade de consenso sobre o sentido da Verdade revelada teria operado para erigir a racionalidade instrumental e procedimental ao status de valor último.

Assim, Oriente e Ocidente apresentam percursos diversos, mas não desconexos, em seus processos de construção e legitimação da hermenêutica jurídica. Tanto em um, como em outro conjunto de tradições, dificuldades envolvidas na tarefa de descobrir a vontade divina ou a verdade racional se encontram no centro da cena. No que diz respeito ao direito, repertório de argumentos legitimadores para a interpretação dos comandos, permissões e proibições tomou forma distinta em uma e outra parte. O sentido dessa discrepância, entretanto, não pode ser plenamente apreendido sem que se atente, por um lado, para a existência de um problema de fundo de base comum: legitimidade da interpretação face a uma verdade superior ao intérprete. Por outro, tal sentido também arriscará permanecer oculto sem o reconhecimento da continuidade entre as formas laicas de sacralização na Verdade no Ocidente – o culto do Ser Supremo pela Revolução francesa bastará como exemplo desse movimento de fundo – e as formas religiosas de sacralização da Revelação no Ocidente. Esse cotejo, incontornável a nosso ver, não pode ser realizado, entretanto, sem que se abrace um tipo de comparatismo que vá além das matrizes tradicionais de base estatal.

## 4 Considerações finais

Um ponto de partida para as ideias exploradas neste artigo é o argumento, possível, de que um Direito cuja fundamentação última seja de natureza divina e que tenha por fonte primária uma Revelação, tida esta como imutável, tenderá à ênfase sobre os conteúdos normativos materiais e à imutabilidade também desse conteúdos; e de que, por outro lado, um Direito que se queira fundado sobre a racionalidade tenderá a prestigiar os aspectos procedimentais, aceitando a mutabilidade dos conteúdos normativos, a qualidade dos sistemas normativos estando mais associada à segurança com que as normas são modificadas e administradas.

Isto, à primeira vista, colocava oposição radical, as

<sup>44</sup> VATTIMO, Gianni. *Addio alla verita*. Roma: Meltemi, 2003.

<sup>45</sup> VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

tradições jurídicas de fundamentação religiosa e aquelas (ou aquela, se pensarmos no direito moderno ocidental como a tradição da racionalidade por excelência) tidas por racionais e, por conseguinte, opunha o religioso ao racional, como se um fosse a negação do outro.

O que ao final se buscou demonstrar, é que o divino e o racional podem entreter relações diversas e sempre complexas. E é isso justamente o que se dá tanto no caso do Direito Islâmico como no caso do que conveniou-se chamar, para os propósitos deste artigo, de Direito Ocidental.

Nos dois casos, trata-se de perceber o lugar e o papel, não da racionalidade e do não-racional, mas sim de tipos diversos de racionalidade. No caso do Direito Islâmico, as dificuldades parecem decorrer de uma prevalência da racionalidade religiosa que foi dominada por um tradicionalismo pouco afeito à inovação, enquanto, para o pensamento islâmico e no mundo muçulmano, adiciona-se a dificuldade histórica da diferenciação entre as racionalidades religiosa e filosófica/científica.

Já no caso do Direito Ocidental, e talvez do universo de pensamento em que este se encontra inserido, os problemas parecem decorrer, ao contrário, do que se poderia chamar de unilateralidade da racionalidade instrumental e utilitária.

## Referências

ABED AL-JABRI, Mohammed. *Introdução à Crítica da Razão Árabe*. São Paulo: Unesp, 1997.

AVERRÓIS. *Discurso Decisivo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005

BENKHEIRA, Hocine, La Nature du Droit Islamique, in *Revista de Direito Internacional*, Vol. 15, N. 3, Brasília, 2018, pp. 14-23.

BENSLAMA, Fethi. *La Guerre des Subjectivités en Islam*. Paris: Lignes, 2014.

BERMAN, Harold Joseph. *Law and revolution, II: the impact of the protestant reformations on the western legal tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009, pp. 50-51.

BLEUCHOT, Hervé, *Droit Musulman*, t. I e II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2000.

CANAL-FORGUES, Eric (org.). *Recueil des Constitutions des Pays Arabes*. Bruxelas: Bruylant, 2000.

CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori, *Une Introduction aux Cultures Juridiques non Occidentales*, Bruylant, Bruxelas, 1998

CHAPMAN, John H. *The persecution under Elizabeth*. Transactions of the Royal Historical Society, vol. 9. Cambridge: Cambridge University Press, 1881, pp. 21-43.

CHAUMONT, Eric, «Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihad» in FRÉGOSI, Franck (org.) *Lectures contemporaines du droit islamique*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 71-79.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DE MESQUITA, Bruce Bueno. Popes, Kings, and Endogenous Institutions: The Concordat of Worms and the Origins of Sovereignty. *International Studies Review* 2, n. 2, 2000, pp. 93-118. Acesso em 14 jan. 2020, disponível em: <[www.jstor.org/stable/3186429](http://www.jstor.org/stable/3186429)>.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit*, vol. 1 Paris: Seuil, 2004.

DUPRET, Baudouin (org.), *La Charia Aujourd'hui – Usages de la Référence au Droit Islamique*, La Découverte, Paris, 2012.

DUPRET, Baudouin e BUSKENS, Léon, *Introduction*, in DUPRET, Baudouin (org.), *La Charia Aujourd'hui – Usages de la Référence au Droit Islamique*, La Découverte, Paris, 2012.

GAPOSCHKIN, M. Cecilia. *The Making of Saint Louis: Kingship, Sanctity, and Crusade in the Later Middle Ages*. Cornell University Press, 2008. Acessado em 14 jan. 2020. [www.jstor.org/stable/10.7591/j.ctt7v6sm](http://www.jstor.org/stable/10.7591/j.ctt7v6sm)

FOUCAULT, Michel, and SENELLART, Michel. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2008.

GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. *Representações do direito e a crise da modernidade*. São Paulo: FGV, 2016.

GLEAVE, Robert, *La charia dans l'histoire : ijtihad, épistémologie et « tradition classique »*, in DUPRET, Baudouin

(org.), *La Charia Aujourd'hui – Usages de la Référence au Droit Islamique*, La Découverte, Paris, 2012.

GILLEPSIE, Michael Allen. *The theological Origins of Modernity*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

GLENN, Patrick, *Legal Traditions of The World*, 3rd ed., Oxford University Press, Nova Iorque, 2007.

HALLAQ, Wael. *A History of Islamic Legal Theories*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do rei*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KÜNG, Hans. *Islão: Passado, Presente e Futuro*. Coimbra: Edições 70, 2010.

MOURAD, Suleiman A. Islamic Sharia Law - History and Modernity: Some Reflexions, in *Revista de Direito Internacional*, Vol. 15, N. 3, Brasília, 2018, pp. 25-31.

NELSON, Janet. The Dark Ages. *History Workshop Journal*, n. 63, 2007, pp. 191-201.

OUBROU, Tareq. «La sharia de minorité», in FRÉGO-SI, Franck (org.) *Lectures contemporaines du droit islamique*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 205-230.

PREMARE, Alfred-Louis de, *Aux origines du Coran, questions d'hier, approches d'aujourd'hui*, Téraedre, Paris, 2004.

SACK, Peter. Perspectives occidentales e non-occidentales do droit, in CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori, *Une Introduction aux Cultures Juridiques non Occidentales*, Bruylant, Bruxelas, 1998, pgs. 45-57

SKINNER, Quentin. A Genealogy of the Modern State. *Proceedings of the British Academy*, vol 162, 2009, pp 325-370.

SOURDEL, Dominique e Janine. *Dictionnaire historique de l'Islam*, PUF, Paris, 1996.

TAYLOR, Charles. *A secular age*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989

VATTIMO, Gianni. *Addio alla verita*. Roma: Meltemi, 2003.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Regulação do discurso de ódio:  
análise comparada em países do  
Sul Global**

**Hate speech regulation:  
comparative analysis in Global  
South countries**

Jane Reis Gonçalves Pereira

Renan Medeiros de Oliveira

Carolina Saud Coutinho

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Regulação do discurso de ódio: análise comparada em países do Sul Global\*

## Hate speech regulation: comparative analysis in Global South countries

Jane Reis Gonçalves Pereira\*\*

Renan Medeiros de Oliveira\*\*\*

Carolina Saud Coutinho\*\*\*\*

Not Man but men inhabit this planet. Plurality is the law of the earth.

*Hannah Arendt*

### Resumo

O objetivo deste estudo é apresentar um panorama comparativo do tratamento do discurso de ódio em diferentes países do Sul Global. Os estudos de direito comparado, em geral, analisam o tema nos Estados Unidos e em países europeus. Há uma lacuna na pesquisa do discurso de ódio nos países do Sul Global, os quais têm características históricas, políticas, sociais, culturais e econômicas semelhantes, com destaque para os elevados índices de desigualdade. Assim, foram selecionados cinco países que guardam semelhanças entre si e com o Brasil. São eles: África do Sul, Argentina, Colômbia, Índia e México. Em cada um deles, apresentamos uma breve contextualização, o modelo jurídico adotado, a jurisprudência, e uma análise crítica sobre o tratamento do tema no país. Ao final, é realizada uma reflexão sobre os desafios de enfrentamento do discurso de ódio pela via jurisdicional em países altamente desiguais e apontamos caminhos possíveis para o tratamento do tema. Para efetivar essa análise, partiremos de um conceito operacional heterogêneo de discurso de ódio, capaz de abranger diferentes tipos de manifestação de intolerância. O estudo segue metodologia de direito comparado, com foco para as abordagens classificatória e contextualista, levando em consideração, também, a abordagem funcionalista.

**Palavras-Chave:** Discurso de ódio; Liberdade de Expressão; Sul Global; Direito Comparado; Direito Constitucional Comparado.

### Abstract

This study aims to present a comparative panorama of the treatment of hate speech in different countries of the Global South. The studies of comparative law, in general, analyze the theme in the United States and European countries. There is a gap in the research of the subject in the countries analyzed, which have similar historical, political, social, cultural, and econo-

\* Recebido em 13/02/2020  
Aprovado em 21/06/2020

\*\* Professora Associada de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Juíza Federal. Email: janergp@gmail.com

\*\*\* Mestre em Direito Público e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Fellow do Instituto Nacional de Proteção de Dados (INPD). Email: renanmedeirosdeoliveira@gmail.com

\*\*\*\* Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora na Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ - Clínica UERJ Direitos. Foi Bolsista de Iniciação Científica na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro - FAPERJ. Email: carolina.saud@gmail.com

Agradecemos à FAPERJ pelo financiamento que contribuiu para o desenvolvimento desta pesquisa.

mic characteristics, with emphasis on the high inequality. For this, we selected five countries that have similarities between themselves and with Brazil. They are South Africa, Argentina, Colombia, India, and Mexico. In each of them, we present a brief contextualization, the legal model adopted, the jurisprudence, and a critical analysis of the treatment of the theme in the country. In the end, we reflect on the challenges of facing hate speech through the jurisdictional way in highly unequal countries, and we point out possible ways to address the issue. For this analysis, we will start from a heterogeneous operational concept of hate speech, capable of covering different types of expressions of intolerance. The study follows a comparative law methodology, focusing on the classificatory and contextualist approaches, and taking into account the functionalist approach.

**Keywords:** Hate Speech; Freedom of Speech; Global South; Comparative Law; Comparative Constitutional Law.

## 1 Introdução<sup>1</sup>

As manifestações de ódio são um desafio para as democracias contemporâneas. Nos últimos anos, atos motivados por intolerância religiosa<sup>2</sup>, crimes impulsionados por xenofobia<sup>3</sup>, bem como o uso das mídias sociais para incitar a violência<sup>4</sup> tomaram conta dos noticiários de incontáveis países, trazendo o debate sobre diversidade e ódio à ordem do dia. Não raro, tais atos são escorados

em discursos – por vezes endossados até mesmo por lideranças políticas<sup>5</sup> – que instigam ações violentas contra certos grupos. Ganha importância, assim, o debate sobre o tratamento jurídico do discurso de ódio – isto é, manifestações que estimulam intolerância, hostilidade e violência contra grupos, motivadas por preconceitos em relação ao gênero, raça, etnia, religião, orientação sexual, deficiência, dentre outros fatores<sup>6</sup> – e os limites da liberdade de expressão.

A discussão tem relevância global, sobretudo em regimes democráticos. A necessidade de assegurar aos cidadãos a possibilidade de expressar seu pensamento livremente, seja para participar da vida pública, seja para manifestações em espaços privados, entra em choque com outros valores protegidos pelo constitucionalismo contemporâneo, com destaque para a igualdade e a dignidade humana. Diante desse conflito, fala-se em dar predominância à liberdade de expressão, protegendo a livre manifestação em todas as circunstâncias, ou, na linha oposta, em interditar discursos que incitem à violência motivada por discriminação. A dimensão global do tema fica clara pela edição de tratados e documentos internacionais<sup>7-8</sup> buscando trazer linhas gerais sobre o tratamento a ser dado à liberdade de expressão, ao combate à discriminação e ao discurso de ódio.

A solução específica, contudo, pode variar consideravelmente de acordo com as particularidades de cada

<sup>5</sup> ARTICLE 19. **Responding to ‘hate speech’**: Comparative overview of six EU countries. London: Article 19, 2018, p. 5.

<sup>6</sup> O conceito será explorado com mais detalhes no item 1 deste estudo.

<sup>7</sup> Em geral, os tratados protegem diretamente a liberdade de expressão, e, em alguns casos, trazem recomendações específicas para combater o discurso de ódio. Muitas vezes, também estabelecem proteção especial contra a discriminação. V., por exemplo, art. 4º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965; art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969; arts. 2º, 19, 20, 26 e 27 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 1966; art. 20 do Plano de Ação de Rabat, de 2012, desenvolvido pelo Gabinete do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (OHCHR) em conjunto com especialistas; Resolução nº 16/18 (Combatendo a intolerância, estereótipos negativos e estigmatização, discriminação e incitação à violência contra pessoas com base em religião ou crença), adotada pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU (CDH) em 2011.

<sup>8</sup> Esses documentos também geram debates doutrinários. Stefan Kircher, por exemplo, analisa se a previsão da liberdade de expressão e do discurso de ódio na Convenção Europeia de Direitos Humanos configura limitação inerente daquela liberdade. KIRCHNER, Stefan. Outlawing hate speech in democratic States: the case against the inherent limitations doctrine concerning Article 10 (1) of the European Convention on Human Rights. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 415-423, 2015.

<sup>1</sup> As citações em língua estrangeira e os dispositivos constitucionais foram traduzidos livremente pelos autores.

<sup>2</sup> V. ATTAQUES CONTRE DES lieux de culte: le chef de l'ONU appelle à lutter contre l'intolérance et la haine. **ONU Info**, abr. 2019. Disponível em: <<https://news.un.org/fr/story/2019/04/1042221>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

<sup>3</sup> V., HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance**. A/HRC/38/52. [s.l.], abr. 2018. Disponível em: <[https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/117/79/PDF/G1811779.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/117/79/PDF/G1811779.pdf?)>. Acesso em: 11 jun. 2020; LUTTE CONTRE LA haine, la discrimination, le racisme et l'antisémitisme. **Ministère de L'Intérieur**, feb. 2019. Disponível em: <<https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/Communiqués/Lutte-contre-la-haine-la-discrimination-le-racisme-et-l-antisemitisme>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

<sup>4</sup> PEREIRA, Néli. Redes sociais validam o ódio das pessoas, diz psicanalista. **BBC Brasil**, São Paulo, 10 de jan. de 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38563773>><<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38563773>>. Acesso em: 03 de set. de 2019.

região e de cada país, já que alguns desafios são globais e comuns a todos os países e outros são locais e singulares. Há muitos trabalhos investigando o discurso de ódio sob a perspectiva comparada, mas eles se limitam, em geral, a analisar o tema nos Estados Unidos e em países europeus. Isso se deve, em grande medida, ao fato de que o debate nos termos em que conhecemos foi moldado nesses países, que funcionaram como ponto de inspiração para outros ordenamentos jurídicos<sup>9</sup>.

Há, contudo, uma lacuna na pesquisa e comparação do tratamento desse tema em países do Sul Global. Eles têm características históricas, políticas, sociais, culturais e econômicas que os distinguem dos países tradicionalmente estudados, bem como guardam importantes semelhanças entre si, com destaque para os índices de desigualdade. Nesse contexto, o estudo comparado tende a ser proveitoso, e a migração de ideias constitucionais encontra campo fértil. Nossa intenção, assim, é contribuir para a análise comparativa do discurso de ódio nos países desse eixo.

Mesmo sendo um tema tão antigo quanto a própria humanidade<sup>10</sup>, foi apenas após a segunda Guerra Mundial que passou a existir debate teórico sistematizado e resposta jurisprudencial ao discurso de ódio. A sua importância, contudo, tende a variar de acordo com o modelo democrático adotado e o regime de direitos fundamentais. No atual contexto mundial, em que entram pauta a crise da democracia<sup>11</sup> e as recessões democráticas<sup>12</sup>, e em que as manifestações de ódio se intensificam – sobretudo com o uso da internet<sup>13</sup> –, a importância de

proteger a liberdade de expressão, os direitos de minorias<sup>14</sup> e a dignidade humana volta ao centro das preocupações.

Nesse panorama, as diferentes maneiras de proteger a liberdade de expressão e garantir respeito e integridade de grupos vulneráveis ao discurso de ódio merecem ser investigadas com o recurso ao direito comparado. Pesquisadores comparatistas costumam apontar três grandes propósitos dessa metodologia<sup>15</sup>: em primeiro lugar, melhorar a compreensão do próprio sistema jurídico, pois a análise comparada traria como consequência uma reflexão sobre as normas e soluções nacionalmente adotadas; em segundo, ela tem uma utilidade prática no plano doméstico, já que o conjunto normativo estrangeiro pode ser usado como fonte de inspiração para o legislador e para o juiz; e, por fim, pode ser aproveitada no plano internacional, pois juízes que decidem com base no direito internacional teriam a possibilidade de harmonizar as respostas legais aos casos concretos<sup>16</sup>.

No estudo do direito constitucional comparado, a literatura enumera diversos tipos de abordagem meto-

---

Os mecanismos de filtragem de websites reforçam preconceitos e o isolamento dos indivíduos, o que significa que a personalização da informação por meio do funcionamento dos algoritmos colabora para selecionar apenas as mensagens consistentes com as predisposições e crenças do usuário. Isso contribui para a formação do que Cass Sunstein chama de *echo chambers*, ou seja, um sistema fechado que não permite a livre circulação de ideias ou conceitos alternativos. No Brasil, essa noção ficou conhecida pela expressão filtros-bolha. A ideia subjacente é a de que a falta de contato com opiniões divergentes leva à polarização do discurso e a radicalismos. Cf. SUNSTEIN, Cass R. **#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

<sup>14</sup> No presente estudo, a ideia de *minorias* é adotada sob a perspectiva política, buscando designar grupos – definidos com base em critérios de etnia, raça, gênero, orientação sexual e culturais – sub-representados nos espaços de decisão estatal. O termo não é necessariamente coincidente com a composição numérica do grupo (maioria e minoria sob o aspecto quantitativo). Para uma discussão sobre a evolução do conceito sociológico de minoria, cf. WIRTH, Louis. The problem of minority groups. In: LINTON, R. (Ed.). **The science of man in the world crisis**. New York: Columbia University Press, p. 347–372; KILLIAN, L. M. What or who is a “minority”? **Michigan Sociological Review**, v. 10, p. 18-31, 1996; AMERSFOORT, Hans van. ‘Minority’ as a sociological concept. **Ethnic and Racial Studies**, v. 1, n. 2, p. 218-234, 1978.

<sup>15</sup> Cf. SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 2-5.

<sup>16</sup> Cf. FREIRE, Alonso Reis Siqueira. **A comparação no direito constitucional: metodologias, abordagens, tipos de pesquisa e princípios de inferência orientada para pesquisas *small-n***. 2014. 52f. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, mimeo.

<sup>9</sup> BELAVUSAU, Uladzislau. Hate Speech. In: **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]**, 2017, p. 1. Disponível em: <<https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e130?prd=MPECCOL>>. Acesso em: 07 jan. 2020 e ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. **Cardozo Law School**, working paper series n. 41, p. 4, 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939)>. Acesso em: 8 jan. 2020.

<sup>10</sup> BELAVUSAU, Uladzislau. Op. cit.

<sup>11</sup> V., por todos, LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How democracies die**. New York: Crown, 2018; RUNCIMAN, David. **How Democracy Ends**. Nova York: Basic Books, 2018; CASTELLS, Manuel. **Rupture: the crisis of liberal democracy**. Cambridge, UK: Polity Press, 2018.

<sup>12</sup> De acordo com o Larry Diamond, nos últimos 15 anos, mais de 20% das democracias falharam. Cf. DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession. **Journal of Democracy**, Washington, v. 26, n.1, p. 141-155, jan. 2015.

<sup>13</sup> A internet tem esse potencial tanto pela possibilidade de criar perfis anônimos aparentemente impunes, o que deixa as pessoas confortáveis para se manifestarem de forma discriminatória e incitando ódio, quanto pelo seu funcionamento na era dos algoritmos.

dológica<sup>17</sup>. No presente artigo, nos valeremos dos enfoques classificatório, pois buscaremos dividir o objeto de pesquisa em categorias, e contextualista, uma vez que consideramos que o contexto social e cultural de um país influencia decisivamente o desenvolvimento de seus regimes jurídicos. Afinal, como afirma Ran Hirschl, o direito é uma construção cultural e complexa, e as normas de uma comunidade refletem suas aspirações<sup>18</sup>. Aspectos da teoria funcionalista também serão levados em conta, uma vez que avaliamos criticamente as maneiras de lidar com o discurso de ódio nos países analisados. Essa abordagem parte do pressuposto de que os países muitas vezes enfrentam dificuldades similares, de modo que seria possível comparar o tratamento conferido em cada um deles e eleger o mais eficaz sob o ângulo normativo. Tal premissa tende a ser julgada como falha e receber muitas críticas da doutrina, entendimento ao qual nos filiamos, uma vez que aspectos culturais e históricos subjacentes a cada sistema jurídico influenciam no tratamento a ser conferido pelo ordenamento jurídico e em sua eventual (in)efetividade. Nada obstante, é possível utilizá-la de forma proveitosa quando conjugada com o método contextual. É o que fazemos neste estudo. Analisamos o tratamento dado ao discurso de ódio em países do Sul Global – uma vez que guardam semelhanças –, mas buscamos apenas destacar quais mecanismos têm sido funcionais em cada contexto, sem pretender eleger respostas únicas ou de-

<sup>17</sup> Vicki Jackson divide essas abordagens em cinco categorias complementares: i) classificatória, pela qual os objetos de pesquisa são divididos em classes, de modo a oferecer uma compreensão mais ordenada dos resultados. Por exemplo, o agrupamento dos diferentes sistemas jurídicos nas famílias de *civil law* e *common law* e os modelos de controle de constitucionalidade concentrado e difuso; ii) histórica, que se destina a entender o desenvolvimento do direito constitucional ao longo do tempo, o que envolve o estudo da origem e das razões do surgimento de determinado instituto; iii) universalista, cujo objetivo é, nas palavras de Donald Komers, buscar “princípios de justiça e obrigação política que transcendem as opiniões e convenções ligadas à cultura de uma comunidade política em particular” (KOMMERS, Donald P. *The Value of Comparative Constitutional Law*. *John Marshall Journal of Practice and Procedure*, Chicago, v. 9, p. 685-695, 1976); iv) funcionalista, que busca a forma mais eficiente de lidar com determinada situação-problema; e v) contextual, pelo qual o contexto social e cultural de cada nação influencia no desenvolvimento de seus aspectos jurídicos. JACKSON, Vicki C. *Comparative Constitutional Law: Methodologies*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Constitutional Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 62 e ss.

<sup>18</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 198.

finitivas ou construir modelos ideais.

É que, mesmo a partir de uma análise comparativa entre países com diversas semelhanças, o debate sobre importação de ideias constitucionais deve ser travado com prudência. Os conceitos e as compreensões de Estados estrangeiros podem ser úteis, mas devem passar por uma filtragem crítica, sendo assimilados apenas no que esteja de acordo com a sistematicidade do ordenamento<sup>19</sup>.

Na primeira parte do artigo são abordadas as principais premissas teóricas e os conceitos operacionais aqui adotados. Inicialmente, explicamos a definição e a abrangência da categoria Sul Global, criada após o fim da Guerra Fria buscando dividir o mundo não mais entre Leste e Oeste, mas entre Norte, que representaria os países desenvolvidos, e o Sul, abrangendo países em desenvolvimento. Em sequência, explicamos brevemente a importância e a fundamentação da liberdade de expressão em um regime democrático para, em seguida, fazer uma delimitação do conceito de discurso de ódio aqui empregado, o qual, adianta-se, é construído de forma ampla o suficiente para abranger diferentes manifestações de ódio em países distintos. Ainda nesse tópico, pontuamos como o ordenamento jurídico pode lidar com o discurso de ódio. Nesse sentido, identificamos dois principais modelos: de um lado, há países que adotam apenas medidas repressivas, prevendo proibições abstratas ao discurso de ódio; de outro, há os que preveem medidas alternativas, contemplando políticas públicas de combate à intolerância.

Na segunda parte são estudados cinco países do Sul Global e é exposto o cenário do discurso de ódio em cada um. As análises individuais partem de uma breve investigação contextual, para identificar fatores políticos e sociais influentes no debate; expõem o modelo jurídico, se repressivo ou alternativo; apresentam as principais decisões jurisprudenciais sobre o tema, quando existentes; e são finalizadas com uma breve análise crítica daquele modelo.

Na terceira e última parte é feita uma avaliação crítica

<sup>19</sup> Discutindo a noção de migração de ideias constitucionais e pontuando os riscos e consequências de transplantes legais, cf. FRANKENBERG, Günter. *Constitutional transfer: the IKEA theory revisited*. *I-CON*, v. 8, n. 3, p. 563-579, 2010; FRANKENBERG, Günter (Ed.). *Order from transfer: comparative constitutional design and legal culture*. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2013; CHOUDHRY, Sujit (Ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

do uso de mecanismos judiciais de combate ao ódio em países altamente desiguais, como são os do Sul Global. Emular conflitos e respostas de países do Norte, em muitos contextos, mostra-se contraproducente<sup>20</sup>. É relevante refletir sobre soluções específicas para o cenário nacional, aproveitando a experiência de países vizinhos e similares e importando ideias de forma responsável e adaptada.

## 2 Premissas teóricas

A ideia de Sul Global tem sido adotada de modo crescente nos estudos de ciência política, sociologia e antropologia, e diz respeito a países marcados por uma estrutura social e econômica com extremas desigualdades. O conceito surge como uma crítica à forma como o conhecimento era produzido, apenas com uma apropriação de teorias norte-americanas e europeias, e ao modo como o saber inovador do Sul era tido como inexistente e apropriado pela cultura do capitalismo colonial<sup>21-22</sup>. Remete à nova separação internacional surgida no pós-Guerra Fria, em que o mundo não mais seria dividido entre Leste (países comunistas) e Oeste (países capitalistas), mas entre Norte (países desenvolvidos, industrializados no século XIX) e Sul (países em desenvolvimento, ex-colônias e de industrialização tardia). Tendo em vista que tudo o que era produzido no Sul era visto como “inexistente” e, portanto, “excluído de forma radical porque permanece exterior ao universo que a própria concepção de inclusão considera como o ‘outro’”<sup>23</sup>, essa nova divisão seria criada para “reparar os danos e impactos historicamente causados pelo

capitalismo na sua relação colonial com o mundo”<sup>24</sup> e valorizar os conhecimentos produzidos nesses países tido como periféricos, historicamente anulados e apropriados pela colonização capitalista.

Por mais que, como destacado na introdução, o debate tal como conhecemos hoje tenha se desenvolvido nos Estados Unidos e na Alemanha, cujos modelos serviram de paradigma de inspiração para diversos países do mundo, é questionável por que, muitas vezes, o estudo sobre discurso de ódio não abrange o cenário de países do Sul Global. Nestes, o contexto fático de desigualdades reflete uma grande quantidade de manifestações de ódio, o que é solidificado pela segregação proveniente desses discursos. É urgente analisar as diversas experiências acerca do problema nessa região, e não somente as dos países do Norte, comumente considerados como principais reflexos da modernidade global.

Essa análise tende a contribuir não apenas para o debate no Brasil, mas em todos os países do Sul Global, já que eles possuem elevado grau de similaridade entre si – o que não ocorre quando se compara um país desse eixo com os Estados Unidos e/ou com países europeus. Nessa perspectiva, a análise do tema sob a perspectiva apresentada é essencial não somente para encontrar a melhor solução considerando-se a defesa dos direitos humanos, mas também para dar o devido espaço aos conhecimentos provenientes dos povos do Sul, cuja histórica dependência política e econômica manifesta-se, principalmente, no domínio do saber.

Assim, dando sequência ao debate, a abordagem jurídica do discurso de ódio pode ser apresentada nos seguintes termos: em que medida é constitucionalmente aceitável restringir a liberdade de expressão em prol de outros valores constitucionais, como a dignidade humana e direitos fundamentais de minorias? Antes de avaliar as respostas que os países do Sul Global dão ao questionamento, cabe destacar a importância da liberdade de expressão, cuja proteção integra a espinha dorsal das democracias liberais e que é considerada o pilar das liberdades comunicativas, já que é pressuposto de direitos,

<sup>20</sup> Não se ignora que em muitos campos a comparação com os modelos de inspiração para a criação de categorias no direito nacional são indispensáveis para a compreensão de respectivos temas, como, por exemplo, no campo da vinculação de precedentes, reforçado em nosso sistema nos últimos anos. Sobre o tema, cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 263-285, 2016.

<sup>21</sup> MORIN, E. *Para um pensamento do sul*. In: Para um pensamento do Sul: diálogos com Edgar Morin. Rio de Janeiro: SESC, Dep. Nacional, 2011, p. 8-21.

<sup>22</sup> O conceito, contudo, não é livre de críticas. Para uma análise neste sentido, cf. ROSA, Marcelo. Sociologias do Sul: ensaio bibliográfico sobre limites e perspectivas de um campo emergente. *Civitas: Revista das Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 43-65, jan./abr. 2014

<sup>23</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 79, p. 71, nov. 2007.

<sup>24</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Introdução. In: \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 12. V., ainda, DADOS, Nour; CONNELL, Raewyn. The global South. *Contexts*, v. 11, n. 1, p. 12-13, winter 2012; CONNELL, R. *Southern theory: the global dynamics of knowledge in social science*. Cambridge: A&U Academic, 2007.

como as liberdades de religião, de imprensa e de crença<sup>25</sup>.

A história desta liberdade confunde-se com a trajetória do constitucionalismo moderno e das lutas contra a opressão. No Brasil e em outros países do Sul Global, as experiências autoritárias cíclicas e recentes conferiram à sua proteção um forte valor simbólico e emocional. Os anos de censura institucionalizada e o fato de esses países serem democracias jovens fazem com que o tema seja de abordagem delicada, o que favorece a defesa das teses que preconizam o absentismo do Estado na regulação do discurso de ódio. Contudo, diferentemente dos Estados Unidos, em que vigoram ideias e premissas libertárias que levaram ao reconhecimento da liberdade de expressão como dotada de posição preferencial frente a outros direitos<sup>26</sup>, os anos de sistemática violação dos direitos fundamentais e da dignidade humana nos países do Sul Global abrem algum espaço para as ideias que buscam limitar a liberdade de expressão a fim de evitar a disseminação do ódio e da potencial violência.

No plano jurídico, a liberdade de expressão compreende uma dimensão negativa, de abstenção do Estado em restringir a difusão de ideias, e outra de caráter positivo, voltada à promoção do debate e transmissão de informações<sup>27</sup>. Quanto à fundamentação filosófica, ela se justifica de forma autônoma pela estreita conexão com a autonomia existencial. A possibilidade de exprimir ideias e se comunicar é uma necessidade humana, manifestação da individualidade intrínseca à dignidade. Além disso, o direito à liberdade de expressão é justi-

ficado por sua função instrumental, como ferramenta para promover a deliberação e fortalecer a democracia<sup>28</sup>. Muitas vezes, porém, a difusão de discursos segregacionistas e discriminatórios, que estimulam o ódio e a exclusão social de grupos de pessoas com características comuns, opera uma afronta ao direito à igualdade e aos princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana, bem como corrói os pressupostos da deliberação democrática.

Com efeito, existe uma relação sinérgica entre discurso de ódio, desigualdade e discriminação, que se manifesta em duas dimensões. Primeiro, esse tipo de discurso atua como um dispositivo de manutenção e validação das desigualdades e práticas discriminatórias, por reforçar estigmas e intimidar os destinatários das mensagens<sup>29</sup>. Além disso, os contextos sociais nos quais a discriminação e desigualdade são estruturais inibem o acesso dos grupos discriminados ao debate público e ao sistema de justiça, tornando, assim, mais difícil a resposta social e jurídica ao discurso de ódio.

No entanto, é tênue a fronteira entre, de um lado, a discriminação e a incitação ao ódio, que seriam reprováveis, e, de outro, o discurso constitucionalmente protegido<sup>30-31</sup>. A própria definição do discurso de ódio

<sup>25</sup> Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

<sup>26</sup> Apesar disso, a grande margem de proteção dada à liberdade de expressão e a consequente abrangência constitucional do discurso de ódio levantam sérias críticas nos Estados Unidos. Em países como os do Sul Global, as recorrentes perseguições e violações de direitos fundamentais explicam a maior frequência de proibição do discurso de ódio. Nos Estados Unidos, contudo, também há um longo e grave histórico de violação de direitos e de exclusão de minorias, sobretudo da população negra, como destaca Michel Rosenfeld, que, por isso, pontua que a solução norte-americana é menos satisfatória do que outras alternativas existentes. ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. **Cardozo Law School**, working paper series n. 41, p. 53, 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939)>. Acesso em: 8 jan. 2020.

<sup>27</sup> Em outras palavras, no âmbito de proteção da liberdade de expressão deve-se atentar não somente para visão tradicional de um direito negativo de abstenção, mas também ao viés da promoção do debate e difusão de informações a partir de ações positivas do Estado. SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, p. 28, maio/ago. 2007.

<sup>28</sup> Sobre as fundamentações da liberdade de expressão e sua conexão com a democracia, cf. SCHAUER, Frederick. **Free speech**: a philosophical enquiry. New York: Cambridge University Press, 1982; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Classificação indicativa e vinculação de horários na programação de TV: a força das imagens e o poder das palavras. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 20, p. 169-197, 2013; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Op. cit., 2002. V., ainda, MACHADO, Natália Paes Leme. A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e o julgamento da ADPF 130. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 280-296, 2013. A autora, contudo, adota uma visão de que esta liberdade é absoluta.

<sup>29</sup> SORAL, Wiktor; BILEWICZ, Michal; Winiewski, Mikolaj. Exposure to hate speech increases prejudice through desensitization. **Aggressive Behavior**, p 1-11, 2017.

<sup>30</sup> Norberto Bobbio define a discriminação como “uma diferenciação injusta ou ilegítima”, pois contraria o princípio de justiça pelo qual “devem ser tratados de modo igual aqueles que são iguais” (BOBBIO, Norberto. A natureza do preconceito. In: \_\_\_\_\_. **Elogio da serenidade**: e outros escritos morais. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 107). Aponta três fases a partir das quais é possível identificar a discriminação, diferenciando-a do preconceito. Em um primeiro momento, existe um juízo de fato, que constata a diferença entre as pessoas; em segundo lugar, há um juízo de valor, que diz que entre os diferentes, um é melhor que o outro; e, por fim, uma fase concreta, pela qual o grupo que se considera superior se atribui o direito de suprimir o inferior. Cf. *Ibidem*, p. 107 e ss.).

<sup>31</sup> No sentido de que todo e qualquer discurso deve ser protegido, in-

é controversa. Não é nosso objetivo, aqui, traçar com precisão o conceito que consideramos mais adequado sob a perspectiva teórica. Tal tarefa desborda dos limites desse artigo, que busca, como dito, fazer uma análise comparada do tratamento dado ao tema em países do Sul Global.

Para viabilizar a comparação, partiremos de um conceito heterogêneo de discurso de ódio, abrangendo todas as manifestações de hostilidade, incitação à violência e difamação<sup>32</sup> dirigidas grupos de pessoas identificadas por motivo de raça, gênero, orientação sexual, religião, etnia, origem nacional, deficiência, dentre outros, ou aquelas manifestações que sejam tidas como atentatórias à pacificação social e ao pluralismo. Não ignoramos que concepções amplas e heterogêneas encerram o risco de provocar ambiguidades e esvaziar o conceito. Todavia, não adotamos essa definição como um modelo ideal, mas tendo em vista a finalidade instrumental de acomodar as concepções de diversos países e permitir a análise comparativa entre eles.

No campo teórico, em geral, a demarcação do alcance do conceito é controversa, embora seja comum a adoção de concepções dirigidas à proteção de minorias políticas e grupos vulneráveis. Jeremy Waldron, por exemplo, após apresentar definições dos ordenamentos jurídicos do Canadá, Dinamarca, Alemanha, Nova Zelândia e Reino Unido, pontua que o aspecto comum é a preocupação com “palavras que sejam deliberadamente abusivas e/ou ofensivas e/ou ameaçadoras e/ou humilhantes dirigidas a membros de minorias vulneráveis, calculadas para despertar o ódio contra elas”<sup>33</sup>. De modo similar, Uladzislau Belavusau afirma que “‘discurso de ódio’ consiste em comunicação verbal ou não verbal que envolve hostilidade direcionada a grupos sociais específicos, geralmente com base em raça e → *etnia* (racismo, xenofobia, anti-semitismo, etc.), gênero (sexismo, misoginia), orientação sexual (homofobia, transfobia), idade (ageísmo), incapacidade (capaz), etc.”<sup>34</sup>. De outro lado, há autores que adotam uma

concepção mais abrangente, não limitando o alvo a minorias políticas. É o caso de Michel Rosenfeld, para quem discurso de ódio é aquele “destinado a promover o ódio com base em raça, religião, etnia ou origem nacional”<sup>35</sup>.

Culturas diferentes operam com premissas e objetivos distintos, de modo que o conceito de discurso de ódio varia de acordo com o contexto de cada país e com a finalidade buscada por seu ordenamento. Em outras palavras, a abrangência do conceito tende a ter significativas alterações conforme o contexto sociocultural, uma vez que a percepção sobre o impacto social do discurso é variável. Um critério mais amplo, por exemplo, tende a ser adotado em contextos em que se busca pacificação social e nas sociedades com histórico recente de violência e de transição de regimes autoritários para regimes democráticos. Assim, a adoção da definição ampla nos permite abordar decisões como a da Corte Constitucional da África do Sul, que considerou ser discurso de ódio a manifestação de um grupo de pessoas negras dirigida a um grupo de pessoas brancas – o que, em outros contextos, seria discutível<sup>36</sup> –, e também a jurisprudência da Suprema Corte da Índia, que tem um entendimento muito restritivo sobre o que configura discurso de ódio.

Por fim, no que diz respeito ao regime jurídico do discurso de ódio, é possível classificar os ordenamentos de acordo com as medidas adotadas para combatê-lo. Por meio da análise comparada, podemos concluir que existem dois padrões normativos de tratamento do discurso de ódio recorrentes no Sul Global. Em primeiro lugar, há o modelo repressivo, que adota apenas proibições abstratas ao discurso, as quais podem estar previstas na Constituição, no Código Penal ou em leis penais acessórias. Em segundo lugar, o modelo alternativo consagra medidas não repressivas de coibição, como políticas públicas, a existência de instituições especializadas para solução da controvérsia, medidas educativas e de propaganda antidiscriminação, mecanismos de diálogo aberto, parcerias com a sociedade civil, dentre outros. Essas medidas podem ser previstas em conjunto ou não com as medidas repressivas.

### 3 Análise comparada

Neste item, apresentamos a realidade da liberdade de expressão e do discurso de ódio em cinco países do

clusivo o discurso de ódio, v., por todos, LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought That We Hate: a Biography of the First Amendment**. New York: Basic Books, 2008; DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Eds.). **Extreme Speech and Democracy**. New York: Oxford University Press, 2009, p. v-ix.

<sup>32</sup> A ideia de difamação de um grupo é tratada no exterior, em algumas ocasiões, com a expressão *group libel*. Sobre o tema, cf. WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012, p. 34 e ss.

<sup>33</sup> WALDRON, Jeremy. Op. cit., p. 8-9.

<sup>34</sup> BELAVUSAU, Uladzislau. Op. cit., p. 1.

<sup>35</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 1.

<sup>36</sup> Sobre o tema, cf. ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 6 e ss.

Sul Global, selecionados por guardarem fortes semelhanças entre si e com o Brasil, que consistem no fato de serem periféricos, de terem tamanhos similares (com exceção da Colômbia), economia e diversidade geográfica parecidas e também considerando a quantidade e a qualidade dos dados disponíveis, o enfrentamento do problema pelo poder judiciário e a mobilização dos setores responsáveis. Com base nesses critérios, África do Sul, Argentina, Colômbia, Índia e México serão analisados. Consideramos também, na seleção, a lacuna de tratamento pela doutrina comparatista. Não analisaremos o Brasil, uma vez que há ampla bibliografia em português sobre o discurso de ódio no país<sup>37</sup>.

A análise é feita por país e em cada um são observados quatro aspectos: 1) breve contextualização, na qual abordamos aspectos sociais, econômicos, culturais e políticos que têm impacto direto no tratamento da liberdade de expressão e na compreensão do discurso de ódio. Tendo em vista que esse tipo de discurso está atrelado à discriminação e à desigualdade, este item envolve a apresentação de dados históricos e atuais sobre a desigualdade no país; 2) modelo jurídico, em que apontamos as medidas constitucionais e legais para lidar com o tema; 3) jurisprudência, tópico no qual as principais decisões das cortes constitucionais são examinadas; e 4) análise crítica, oportunidade em que enquadraremos os países no modelo repressivo ou no alternativo, conforme conceituação feita no item 1 deste estudo, e avaliaremos se o tratamento é predominantemente regulatório, jurisprudencial ou misto.

### 3.1 África do sul

#### 3.1.1 Breve contextualização

A segregação racial na África do Sul teve como paradigma o regime do *Apartheid*<sup>38</sup>. Implementado em 1948

<sup>37</sup> V., por todos, SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do 'Hate Speech'. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 53-106, out./dez. 2006; KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *A Liberdade de Expressão e o Discurso de Incitação ao ódio (Hate Speech)*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007; OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 4. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2019.

<sup>38</sup> Apesar de, antes disso, ter havido um processo de discriminação e marginalização. Cf. FEINSTEIN, Charles H. *An Economic History of South Africa*. Conquest, discrimination and development.

– momento em que, após o fim da segunda Guerra Mundial, diversos países ao redor do mundo se aproximavam de valores humanitários –, o sistema foi o período mais representativo da discriminação ao determinar o desenvolvimento separado dos diferentes grupos raciais<sup>39</sup>. O *Apartheid* teve fim em 1994, mas seus efeitos são sentidos até os dias atuais.

A discriminação e a marginalização da população negra continuam marcantes no cotidiano do país. Como observa Jeremy Seekings, a raça continua a ser muito presente na África do Sul e a ser usada para distinguir papéis sociais, políticos e econômicos<sup>40</sup>. O racismo estrutural é uma das facetas da desigualdade multidimensional que permeia a conjuntura sul-africana. A profunda desigualdade socioeconômica catalisou, por exemplo, uma onda de protestos iniciada em 2015 por estudantes do ensino superior que denunciavam a exclusão causada pelas altas taxas de matrícula e inscrição nas universidades<sup>41</sup>.

Nesse panorama conflituoso, como será visto, o tratamento do discurso de ódio na África do Sul reflete a preocupação com o valor democrático do discurso em conflito com outros valores como igualdade e dignidade das minorias, sobretudo em um Estado no qual o reconhecimento das injustiças decorrentes do colonialismo e da segregação mostra-se fundamental para a construção da paz social.

#### 3.1.2 Modelo jurídico

A Constituição da África do Sul protege tanto o direito à igualdade e à não discriminação<sup>42</sup>, quanto a li-

Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

<sup>39</sup> Uma análise detalhada sobre o regime, desde sua implementação até sua superação, pode ser conferida em DUBOW, Saul. *Apartheid, 1948-1994*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

<sup>40</sup> SEEKINGS, Jeremy. The continuing salience of race: Discrimination and diversity in South Africa. *Journal of Contemporary African Studies*, v. 26, n. 1, p. 1-25, jan. 2008. Apesar disso, o autor aponta que, com o passar dos anos, a raça tem deixado de ser determinante em relação a (des)vantagens econômicas.

<sup>41</sup> BOSCH, Tanja. Twitter activism and youth in South Africa: the case of #RhodesMustFall. *Information, Communication & Society*, v. 20, n. 2, p. 1-12, 2016; NORDLING, Linda. Racism rife at top South African university, says report. *Nature*, abr. 2019. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/d41586-019-01129-2>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

<sup>42</sup> Constituição da República África do Sul de 1996, Seção 9 (1). "Todos são iguais perante a lei e têm o direito a igual proteção e benefício da lei. (2) A igualdade inclui o gozo pleno e igual de todos os direitos e liberdades. Para promover a conquista da igualdade, po-

berdade de expressão<sup>43</sup>, a qual é limitada expressamente na Seção 16(2) nos casos de “propaganda de guerra”, “incitação à violência iminente” e “defesa de ódio baseado em raça, etnia, gênero ou religião e que envolve a incitação a causar danos”. Ao mesmo tempo em que a Constituição não confere proteção ao discurso de ódio, também não o considera uma ofensa criminal ou civil, mas abre espaço para sua regulação. Nesse sentido, a Lei de Promoção da Igualdade e Prevenção da Discriminação (*Desleal Act 4 of 2000*), popularmente conhecida como *Equality Act*, proíbe especificamente o discurso do ódio em sua seção 10, trazendo uma definição mais ampla e abrangente que a constitucional:

10. (1) Sujeito à cláusula na seção 12, ninguém pode publicar, propagar, defender ou comunicar palavras baseadas em um ou mais dos motivos proibidos, contra qualquer pessoa, que possa ser razoavelmente interpretada para demonstrar uma intenção clara de: (a) ser ofensivo; (b) seja prejudicial ou incite dano; (c) promover ou propagar o ódio.

(...)

12. Ninguém pode (a) divulgar qualquer informação; (b) publicar ou exibir qualquer anúncio ou aviso, que possa ser razoavelmente interpretado ou entendido como uma intenção clara de discriminar injustamente qualquer pessoa. Um envolvimento genuíno em criatividade artística, investigação acadêmica e científica, relatórios justos e precisos no interesse público ou publicação de qualquer informação, anúncio ou aviso de acordo com a seção 16 da Constituição, não é impedido por esta seção.

A constitucionalidade da seção 10 está atualmente na ordem do dia do país. Em novembro de 2019, o Supremo Tribunal de Apelação considerou a definição de discurso de ódio do *Equality Act* inconstitucional, dando

dem ser adotadas medidas legislativas e outras destinadas a proteger ou promover pessoas ou categorias de pessoas desfavorecidas por discriminação injusta. (3) O Estado não pode discriminar injustamente, direta ou indiretamente, qualquer pessoa por um ou mais motivos, incluindo raça, gênero, sexo, gravidez, estado civil, origem étnica ou social, cor, orientação sexual, idade, deficiência, religião, consciência, crença, cultura, idioma e nascimento. (4) Nenhuma pessoa pode discriminar injustamente direta ou indiretamente alguém por um ou mais motivos nos termos da subseção (3). A legislação nacional deve ser promulgada para impedir ou proibir a discriminação injusta. (5) A discriminação por um ou mais dos motivos listados na subseção (3) é injusta, a menos que seja estabelecido que a discriminação é justa”.

<sup>43</sup> Constituição da República África do Sul de 1996, Seção 16 “(1) Todos têm direito à liberdade de expressão, o que inclui: (a) liberdade de imprensa e outros meios de comunicação; (b) liberdade de receber ou transmitir informações ou ideias; (c) liberdade de criatividade artística; e (d) liberdade acadêmica e liberdade de pesquisa científica”.

ao Parlamento 18 meses para corrigir a violação à Constituição. Durante esse período, determinou que a seção 10, no que tange à conceituação questionada, deve ser lida da seguinte maneira: “10(1) Nenhuma pessoa pode defender o ódio baseado em raça, etnia, gênero, religião ou orientação sexual e que constitua incitação a causar danos”. A decisão precisa ser confirmada perante a Corte Constitucional, cujo posicionamento está pendente<sup>44</sup>.

Subjacente à esta discussão está a publicação pelo jornalista Qwelane de um artigo intitulado “Me chame de qualquer coisa, mas GAY não”. Isto causou grande indignação na comunidade LGBT+, que apresentou uma queixa na Comissão de Direitos Humanos da África do Sul (SAHRC) por discurso de ódio baseado na Seção 10 do *Equality Act*. A Comissão acionou a *Equality Court* e Qwelane fez um pedido à *High Court*, contestando a conformidade da seção 10 com a Constituição. Em julgamento consolidado<sup>45</sup>, esses dois tribunais pontuaram que não é preciso prova de dano concreto no discurso de ódio, sendo suficiente a potencialidade de causá-lo. Assim, a declaração do jornalista equivaleria ao discurso de ódio como previsto na lei. Contudo, em 29 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal de Apelação decidiu recurso interposto pelo jornalista e entendeu de modo diverso<sup>46</sup>, sustentando que por mais que se deva proteger a igualdade e a dignidade de todos, a lei teria promovido limitação injustificável da liberdade de expressão ao vedar discurso que não cause dano ou incite ódio. A decisão, como mencionado no item precedente, está pendente perante a Suprema Corte.

Há duas instituições no país responsáveis pela aplicação dessa lei. Em primeiro lugar, a Comissão Sul-Africana dos Direitos Humanos (SAHCR) é, geralmente, o primeiro órgão que os indivíduos procuram para uma queixa que se refere a uma violação de direitos humanos, o que pode resultar em ações judiciais posteriores com assistência jurídica prestada pela própria Comissão. Em segundo lugar, a *Equality Court* tem o propósito de julgar assuntos especificamente relacionados a violações do direito à igualdade, discriminação e discursos de ódio.

<sup>44</sup> Em junho de 2020, quando esse artigo foi finalizado, o processo (CCT13/20) estava em fase de audiências. O andamento do caso pode ser conferido em: <<https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/36639>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

<sup>45</sup> *South African Human Rights Commission v. Qwelane* (2017).

<sup>46</sup> *Qwelane v. South African Human Rights Commission and Another* (686/2018). Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2019/167.html>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

Em 2019, foi aprovado o Plano Nacional de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Relacionada (NAP), cuja finalidade é complementar a legislação, políticas e programas existentes que tratam da igualdade e discriminação. Dessa forma, tem como objetivos, dentre outros, estabelecer uma linha de estudo para determinar os níveis de discriminação, desenvolver um repositório virtual das estatísticas, realizar campanhas de conscientização que incentivem o público a denunciar os incidentes de intolerância, investigar causas e natureza das manifestações proferidas e promover educação antirracista e antidiscriminatória.

Buscando implementar o cenário de repressão ao discurso de ódio no país, o projeto da Lei de Prevenção de Crimes de Ódio e Discurso de Ódio, conhecida como *Hate Speech Bill*, foi liberada para comentário público no início de 2019<sup>47</sup>. O projeto criminaliza as manifestações de ódio, prevendo punição com multa e/ou prisão de até três anos a quem as proferir. O documento tem deflagrado grandes questionamentos e dividido a sociedade a respeito de sua necessidade. Diz-se que a criminalização deve ser interpretada de maneira que atinja um equilíbrio constitucionalmente adequado entre a liberdade de expressão e os interesses em promover a dignidade humana, e que a simples proibição do discurso de ódio em leis civis e penais não é suficiente para combatê-lo em um país historicamente dividido pela discriminação racial<sup>48</sup>. Seria preciso, antes de tudo, continuar combatendo as raízes desses preconceitos por meio de políticas públicas de educação e conscientização social.

### 3.1.3 Jurisprudência

A jurisprudência na África do Sul conta com uma quantidade significativa de casos ligados a manifesta-

ções de ódio e é composta por decisões da Corte Constitucional, das *High Courts* e da *Equality Court*. Em que pese a grande maioria desses julgados dizer respeito a questões raciais, alguns casos emblemáticos foram decididos em relação à orientação sexual, como visto acima no caso do jornalista Qwelane, e à liberdade religiosa. Como exemplo deste segundo caso, destacamos que a *High Court (Johannesburg)* já considerou ser discurso de ódio a publicação de caricaturas do profeta Mohammed que estereotipavam, humilhavam e tratavam o Islamismo de forma indigna<sup>49</sup>.

Quanto às decisões envolvendo questões raciais, há casos de discurso de ódio proferido contra judeus, chineses e indianos, como a decisão que reconheceu que afirmar que os judeus não morreram por causa das câmaras de gás na Segunda Guerra Mundial, mas, sim, por doenças infecciosas, em particular tífos, não incidiria em proibição legal<sup>50</sup>.

A maioria dos casos no país sobre raça, contudo, está ligada ao embate entre brancos e negros. Já se reconheceu a proibição de entoar uma antiga canção do *Apartheid* que falava em atirar no grupo étnico branco então no poder<sup>51</sup>; rechaçou-se o discurso que compa-

<sup>49</sup> Em *Jamiat-Ul-Ulama of Transvaal v. Jobcom Media Investment Ltd and Others* (2006), uma organização islâmica local entrou com uma petição para proibir diversos canais da mídia de publicar caricaturas do profeta Mohammed. A Corte deu razão ao requerente e proibiu a publicação, concluindo que o desenho ridicularizava o Islamismo de uma forma não só humilhante, mas também indigna. Assim, limitar a liberdade de expressão quando esta serve para disseminar o ódio e estereotipar uma minoria religiosa ajudaria a curar os sectarismos do passado e a fomentar a união nacional.

<sup>50</sup> Em 2001, a *Islamic Unity Convention* exibiu um programa em que um entrevistado questionou a legitimidade do Estado de Israel e o Sionismo como uma ideologia, afirmando que os judeus não morreram por causa das câmaras de gás na Segunda Guerra Mundial, mas, sim, por doenças infecciosas, em particular tífos. Perante a Corte, foi alegado que o programa violou a cláusula 2(a) do Código de Conduta para Serviços de Radiodifusão, que proibia que fossem veiculados materiais ofensivos aos sentimentos de qualquer setor da população ou suscetíveis de prejudicar relações. A Corte entendeu, em *Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority and Others* (2002), que a lei era ampla e vaga e que teria realizado uma restrição inconstitucional à liberdade de expressão, declarando que o discurso proferido estava protegido pela Constituição.

<sup>51</sup> Em 2011, a *Equality Court* de Johannesburg, considerou, em *AfriForum and Another v Malema and Others*, que uma antiga canção do *Apartheid* constituía um discurso de ódio proibido de acordo com a Seção 10 do *Equality Act*. Na oportunidade, Julius Malema cantou “atire no Boer/fazendeiros, atire no Boer/fazendeiros eles são estupradores/ladões (...) eles estão com medo, covardes, você deve atirar no Boer, eles roubam, esses cães”. A letra se refere aos *Afrikaners*, o grupo étnico branco que governou o país durante a era do *apartheid*. A Corte entendeu que a canção poderia ser empregada

<sup>47</sup> No momento em que esse artigo foi finalizado, em junho de 2020, a lei ainda se encontrava em tramitação na Assembleia Nacional. O acompanhamento do processo legislativo está disponível em: <<https://pmg.org.za/bill/779/>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

<sup>48</sup> Para uma discussão sobre a adequação da lei e do tratamento que ela confere ao discurso de ódio no país, cf. ISAACK, Wendy. South African Move on Hate Speech a Step Too Far. **Human Rights Watch**, fev. 2017. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2017/02/21/south-african-move-hate-speech-step-too-far>>. Acesso em: 02 jun. 2020; VOS, Pierre De. Hate speech Bill could be used to silence free speech. **Daily Maverick**, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.dailymaverick.co.za/opinionista/2019-02-26-hate-speech-bill-could-be-used-to-silence-free-speech/>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

rava pessoas negras a macacos e mostrava indignação pelo fato de negros poderem usar praias<sup>52</sup>; e foi considerada discurso de ódio a manifestação de um proprietário que, sob justificativa de inferioridade dos negros, proibia esse grupo de frequentar sua pousada<sup>53</sup>.

Em 2018, a *Equality Court* de Guateng proferiu interessante decisão na qual considerou um funcionário do governo de Guateng, Velaphi Khumalo, culpado por discurso de ódio contra brancos, após sua declaração de que “os brancos na África do Sul merecem ser hackeados e mortos como judeus. Vocês têm o mesmo veneno. Olhe para a Palestina. Vocês devem queimar vivos e esfolados e sua prole usada como fertilizante de jardim”. Em *South African Human Rights Commission v. Khumalo*, o Tribunal, reconhecendo o “infeliz e lamentável” legado de “tensões sociais significativas nas quais, entre outras distinções sociais, somos marcados e categorizados por raça e aparência pessoal”, pontuou que a Constituição

para demonstrar uma intenção de machucar, incitar o mal e promover o ódio contra os *Afrikaners*, constituindo, portanto, um discurso de ódio vedado.

<sup>52</sup> Em 2016, declarações racistas foram gravadas nas mídias sociais e discursos de natureza racial ocuparam o espaço sociopolítico do país. Penny Sparrow, uma mulher branca, comparou pessoas negras a macacos e expressou sua frustração com o fato de negros usarem a praia de Scottburgh. Na ocasião, Gareth Cliff, personalidade de rádio e televisão famosa no país, afirmou que as pessoas não entendiam a liberdade de expressão, sendo interpretado pelo público como apoiador dos comentários de Sparrow (PEOPLE DON'T UNDERSTAND freedom of speech: Gareth Cliff. **BusinessTech**, 30 jan. 2016. Disponível em: <<https://business.tech.co.za/news/media/110791/people-dont-understand-freedom-of-speech-gareth-cliff/>>. Acesso em: 03 nov. 2019). Nesse mesmo período, um conhecido economista e comentarista, Chris Hart, sugeriu, no Twitter, que as vítimas do *apartheid* começaram a ter um crescente senso de direito (STANDARD BANK'S CHRIS Hart resigns after racista Twitter row. **News24**, Cidade do Cabo, mar. 2016. Disponível em: <<https://www.news24.com/SouthAfrica/News/standard-banks-chris-hart-resigns-after-racist-twitter-row-20160314>>. Acesso em: 02 nov. 2019). O caso de Sparrow chegou à *Court Equality*, que entendeu, em *ANC v Sparrow* (2016), que Penny preferiu discurso de ódio contra negros, tendo sido condenada ao pagamento de uma multa.

<sup>53</sup> Em 2018, Andre Slade, proprietário de uma pousada, e sua parceira eslovaca, Katarina Krizaniova, foram condenados pela *High Court Of South Africa KwaZulu-Natal Local Division* no caso *Ismangaliso Wetland Park and Another v Sodwana Bay Guest Lodge and Another* ao pagamento de uma multa em razão de discursos de ódio proferidos contra negros. O episódio ganhou destaque em 2016, quando Slade enviou um e-mail proibindo negros de frequentarem a sua pousada em Sodwana Bay. Indignação ainda maior foi gerada quando justificaram a proibição perante a mídia afirmando que “de acordo com a lei de Deus, temos que ter algum tipo de segregação entre a criação que ele deixou aqui (...) Os negros eram servos e a Bíblia deixou bem claro (...) Não temos o mesmo sangue, pele, cabelo e existem cerca de 300 diferenças (...) Negros não eram pessoas”.

começou a transformar a sociedade repudiando a hostilidade interracial, “para que possamos construir uma nação com um consenso de que todo sul-africano merece dignidade e que toda a nossa comunidade, através do compartilhamento de recursos e do respeito mútuo, pode experimentar coesão social”. Por isso, é uma escolha política do país declarar intoleráveis “declarações que têm o efeito de incitar as pessoas a causar danos”. Nesse sentido, a Corte pontuou:

A escolha de valor na Constituição é que devemos superar as fissuras entre nós. Isso não pode acontecer se, em debate, uma parte da população é licenciada para ser condenatória porque seus membros foram vítimas de opressão e a outra parte, entendida como, coletivamente, os ex-opressores são disciplinados a permanecer em silêncio. A realidade é que, dada a nossa história, os sul-africanos brancos coletivamente têm muito a responder. No entanto, explosões injuriosas contra os brancos, por esses motivos, não contribuem em nada para a coesão social. (...) Em resumo, a seção 10 deve ser entendida como um instrumento para promover a coesão social. A “diferença” de brancos ou qualquer outra identidade racial é inconsistente com nossos valores constitucionais. Essas declarações, na medida em que, com dramáticas alusões ao holocausto, estabelecem uma lógica para repudiar os brancos como indignos e que eles merecidamente devem ser perseguidos, marginalizados, repudiados e sujeitos à violência aos olhos de um leitor razoável poderia, de fato, ser interpretado para incitar a causar do dano por reações dos negros que endossam essas atitudes e reações dos brancos à desmoralização, respondendo da mesma maneira. Portanto, esses desenvolvimentos, em uma escala suficientemente grande, descarriam a transformação da sociedade sul-africana.

Em sentido similar, na decisão *Strydom v. Black First Land First*, proferida em 2019, a *Equality Court of Johannesburg* entendeu que o slogan Terra ou Morte, escrito pelo partido *Black First Land First* por meio de seu líder Andile Mngxitama, constitui discurso de ódio contra brancos.

No mesmo ano, após uma petição da Fundação Nelson Mandela perante a *Equality Court*, foi decidido que a antiga bandeira da África do Sul introduzida a partir de 31 de maio de 1928 e usada em todo o *apartheid* até sua extinção, em 27 de abril de 1994, constituía discurso de ódio e discriminação injusta contra negros. Nesse sentido, qualquer exibição que não fosse uma expressão artística, acadêmica ou jornalística de interesse público deveria ser levada à Corte. Na decisão *Nelson Mandela Foundation Trust and Another v. Afriforum NPC and Others* (2019), foi considerado que:

Em resumo, a Bandeira Velha foi adotada em junho de 1927 por um parlamento composto apenas por brancos e foi posta em operação em 1928. Por isso, às vezes é chamada de Bandeira de 1928 ou Bandeira Velha. Foi abolida em 1994 pelo primeiro parlamento democrático e não-racial da África do Sul que representa todo o povo do país. Tinha 66 anos durante os quais era um símbolo da África do Sul, representando os direitos das minorias sul-africanas brancas à exclusão dos sul-africanos negros. É, portanto, não surpreendentemente, visto de maneira diferente até hoje, principalmente por pessoas brancas, por um lado, e pessoas negras, por outro. Foi substituída em 1994 pela nova bandeira nacional, que representa uma África do Sul democrática não racial unida. (...) A Bandeira Velha ou a Bandeira do Apartheid (como às vezes também é chamada) era um símbolo vívido da supremacia branca e da privação e supressão de negros. (...) Expressou a herança europeia, excluindo inteiramente os negros do projeto de unir todas as partes do povo em um mesmo sentimento.

### 3.1.4 Análise crítica

Na África do Sul o modelo jurídico é o alternativo, uma vez que há, de um lado, proibições do discurso de ódio abstratas em lei, e, de outro, previsão de medidas alternativas para o combate dessas manifestações. Configura-se, assim, um tratamento misto do tema no país, com importantes contribuições regulatórias e jurisprudenciais. Adota-se um conceito amplo de discurso de ódio, uma vez que os tribunais entendem que manifestações de ódio podem ser feitas contra todas as pessoas, e não somente contra minorias políticas. Isso é explicado pela tendência de um discurso reconciliatório, isto é, há um estímulo para a construção de unidade nacional, voltada para a transformação da sociedade altamente afetada pela divisão racial histórica. Assim, vigora uma releitura do instituto do discurso de ódio, tradicionalmente direcionado à proteção de pessoas vulneráveis, passando a englobar qualquer pessoa, inclusive as que detêm instrumentos de poder na sociedade. Nessa perspectiva, é interessante observar que ao adotar tal posicionamento a Corte sul-africana passou a admitir uma maior quantidade de hipóteses de discurso de ódio, restringindo de forma mais intensa a liberdade de expressão. De acordo com os julgados apresentados, para um discurso ser considerado odioso em razão da raça, a gravidade e intensidade das palavras

não precisa ser demasiada, bastando que incentive de alguma maneira a violência, o cerceamento de direitos ou a subjugação. Esse entendimento, contudo, foi recentemente revisto pelo Supremo Tribunal de Apelação, e uma manifestação da Corte Constitucional está pendente para se definir uma conceituação ampla ou restrita de discurso de ódio.

## 3.2 Argentina

### 3.2.1 Breve contextualização

A Argentina é o país da América do Sul que recebeu mais imigrantes ao longo de sua história<sup>54</sup>. No entanto, sua identidade foi construída com base na subordinação dos grupos minoritários de origem não europeia, instalada a partir dos diversos obstáculos ao reconhecimento dos direitos e particularidades desses indivíduos, em especial dos povos indígenas e afrodescendentes. No continente, a Argentina é vista como o exemplo mais paradigmático de estímulo à imigração de trabalhadores europeus a fim de substituir os de descendência africana<sup>55</sup>, e, sobretudo no século XIX, foi construída a narrativa que enaltecia o imigrante europeu e defendia intervenções sobre a raça e a cultura para se abandonar o caráter “bárbaro” e se alcançar um país civilizado e com progresso<sup>56</sup>.

A exclusão dos migrantes e outros povos persiste até hoje<sup>57</sup>, sendo inclusive estimulada por agentes go-

<sup>54</sup> Sobre os processos migratórios na América Latina, sobretudo na Argentina, cf. LANZA, André Luiz; LAMOUNIER, Maria Lucia. *A América Latina como Destino dos Imigrantes: Brasil e Argentina (1870-1930)*. *Cadernos Prolam/USP*, v. 14, n. 26, p. 90-107, 2015; DEVOTO, Fernando. *Historia de la Inmigración en Argentina*. Buenos Aires: Sudamericana, 2002; PIZARRO, Jorge Martínez (Ed.). *América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*. Santiago de Chile: CEPAL, 2008.

<sup>55</sup> HERNÁNDEZ, Tanya Katerí. *Subordinação racial no Brasil e na América Latina: o papel do Estado, o Direito Costumeiro e a Nova Resposta dos Direitos Civis*. Trad. de Arivaldo Santos de Souza e Luciana Carvalho Fonseca. Salvador: EDUFBA, 2017, p. 34 e ss.

<sup>56</sup> COURTIS, Corina et al. *Racism and discourse: a portrait of the argentine situation*. In: DIJK, Teun A. van (Ed.). *Racism and Discourse in Latin America*. New York: Lexington Books, 2009, p. 13-56.

<sup>57</sup> Nesse sentido, confira-se, por exemplo, GRIMSON, Alejandro; KESSLER, Gabriel. *On Argentina and the Southern Cone: Neoliberalism and National Imaginations*. New York; London: Routledge, 2005, p. 117-146; ANDERSON, Judith M. *A million little ways: racism and everyday performances of blackness in Buenos*

vernamentais. De acordo com um relatório de 2017 apresentado pelo Gabinete do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (OHCHR) sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e outras intolerâncias na Argentina, menciona um episódio em que funcionários do governo fizeram declarações na mídia acusando os migrantes de serem responsáveis pelo narcotráfico no país e de participarem de atividades criminosas<sup>58</sup>.

### 3.2.2 Modelo jurídico

A Constituição da Argentina de 1853 protege a liberdade de expressão em seu artigo 14<sup>59</sup> e, embora indique em seu artigo 16 que “todos os seus habitantes são iguais perante a lei”<sup>60</sup>, não menciona o princípio da não discriminação. Por outro lado, a Lei nº 23.592 de 1988, que criminaliza atos discriminatórios, proíbe expressamente o discurso de ódio em seu artigo 3º, penalizando não apenas o incitamento ao ódio contra certos grupos vulneráveis, mas também a propagação de ideias baseadas na superioridade racial, étnica ou religiosa:

Art. 3º. Serão punidos com prisão de um mês a três anos, quem participar de uma organização ou realizar publicidade com base em ideias ou teorias de superioridade de uma raça ou grupo de pessoas de determinada religião, origem étnica ou cor, cujo objeto é a justificação ou promoção da discriminação racial ou religiosa sob qualquer forma. Aqueles que de alguma forma encorajam ou incitam perseguição ou ódio contra uma pessoa ou

grupos de pessoas por causa de sua raça, religião, nacionalidade ou ideias políticas.

A mesma penalidade será aplicada a quem, de qualquer forma, incentivar ou iniciar perseguição ou ódio contra uma pessoa ou grupos de pessoas por causa de sua raça, religião, nacionalidade ou ideias políticas.

Já a Lei de Migração (Lei nº 25.871/2004) garante paridade de acesso a direitos aos migrantes e suas famílias (art. 6º) e prevê que, ainda que os migrantes sejam irregulares, não poderão ser impedidos de acessar a educação, seja em instituições públicas ou privadas. No artigo 13, proíbe atos discriminatórios de forma expressa:

Artigo 13: Para os fins desta lei, são considerados discriminatórios todos os atos ou omissões determinados por razões como etnia, religião, nacionalidade, ideologia, opinião política ou sindical, sexo, gênero, posição econômica ou características físicas, que arbitrariamente impeçam, obstruam, restrinjam ou de alguma forma prejudiquem o exercício pleno em bases iguais dos direitos e garantias fundamentais reconhecidos na Constituição Nacional, nos Tratados Internacionais e nas leis.

Por fim, a Lei Nacional de Educação (Lei nº 26.206/2006), em seu artigo 11, traz como um de seus objetivos “garantir condições de igualdade, respeitando as diferenças entre as pessoas sem admitir discriminação de gênero ou qualquer outra”. Nesse sentido, no artigo 79, exige o desenvolvimento de políticas para a “promoção da igualdade educacional visando o enfrentamento de situações de injustiça, marginalização, estigmatização e outras formas de discriminação derivadas de fatores socioeconômicos, culturais, geográficos, étnicos, de gênero ou quaisquer outros”.

Apesar da criminalização do discurso de ódio na Argentina, existem outros mecanismos não punitivos através dos quais se pretende proteger setores discriminados da população. Em 1995, por meio da Lei nº 24.515, foi criado o Instituto Nacional contra a Discriminação, Xenofobia e Racismo (INADI), cujo objetivo é o desenvolvimento de políticas nacionais e de medidas concretas para combater manifestações de ódio. O INADI recebe denúncias sobre condutas discriminatórias e mantém um registro nacional, oferece um serviço de aconselhamento gratuito para pessoas ou grupos discriminados, projeta e promove campanhas de conscientização voltadas à valorização do pluralismo social e cultural, elabora planos de combate à discriminação, e oferece cursos gratuitos sobre discriminação e direitos.

Aires. *African and Black Diaspora: An International Journal*, v. 7, n. 2, p. 165-176, 2014.

<sup>58</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance on his mission to Argentina*, [S.l.], abr. 2017. Disponível em: <[https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/35/41/Add.1](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/35/41/Add.1)>. Acesso em: 02 nov. 2019.

<sup>59</sup> Constituição da Argentina de 1853, Artigo 14. “Todos os habitantes da Nação gozam dos seguintes direitos, de acordo com as leis que regulam seu exercício, a saber: trabalhar e exercer todos os setores legais; navegar e negociar; peticionar às autoridades; entrar, permanecer, transitar e sair do território argentino; publicar suas ideias pela imprensa sem censura prévia; usar e descartar sua propriedade; associar-se a propósitos úteis; professar livremente seu culto, de ensino e aprendizagem”.

<sup>60</sup> Constituição da Argentina de 1853, Artigo 16. “A nação argentina não admite prerrogativas de sangue ou nascimento: não há privilégios pessoais ou títulos de nobreza. Todos os seus habitantes são iguais perante a lei e admissíveis nos empregos sem outra condição que não a adequação. A igualdade é a base dos impostos e encargos públicos”.

Nesta mesma linha, foram criados observatórios específicos. O Observatório de Discriminação em Rádio e Televisão tem a finalidade de analisar conteúdos para determinar se são discriminatórios. Se assim forem classificados, a análise feita poderá ser divulgada publicamente, com o intuito de aumentar a conscientização, e os responsáveis pela produção ou disseminação do material são convidados a participar de um diálogo, durante o qual são sugeridas apenas recomendações, não sendo aplicada nenhuma sanção ou multa. Além disso, uma das propostas centrais do Observatório é organizar workshops sobre questões relacionadas ao direito de não ser discriminado.

Da mesma forma, o Observatório de Discriminação no Futebol tem o objetivo de realizar ações específicas no esporte. Como essa é uma área importante para a vida social e cultural do país, o órgão se vale da visibilidade do esporte para enviar uma mensagem antidiscriminatória a um elevado número de pessoas. Suas ações incluem a análise de comportamentos, conteúdos e comentários que expressem qualquer discriminação, preconceito ou estigmatização. Assim, dentre outras medidas, organiza treinamentos para árbitros e jogadores, denuncia práticas ou discursos discriminatórios, promove valores de tolerância através de materiais de divulgação, realiza a assinatura de acordos de cooperação mútua entre clubes a fim de se atingir o respeito pela diversidade e inclusão no esporte, busca acessibilidade para todos e realiza recomendações aos jornalistas.

Igualmente, o Observatório da Web trabalha para construir uma internet livre de discriminação, sendo um canal simples para denunciar sites com conteúdo intolerante.

Em 2012, por meio da Lei nº 26.522, foi criada a Defensoria Pública de Serviços de Comunicação Audiovisual, cujo objetivo é promover, disseminar e defender o direito à comunicação democrática em todo o território nacional. Dessa forma, atua recebendo reclamações e consultas, bem como aumentando a conscientização por meio de resoluções, cursos e audiências públicas.

Por fim, destaca-se também a Secretaria de Direitos Humanos e Pluralismo Cultural, que tem como um de seus objetivos a implementação efetiva de padrões nacionais e internacionais que garantam os direitos e liberdades fundamentais de grupos vulneráveis. Nesse sentido, possui um centro dedicado ao recebimento de reclamações e orientação aos cidadãos, de modo que

organiza o entendimento entre as partes em conflito ou encaminha os casos ao sistema judicial, juntamente com uma opinião baseada nas evidências coletadas.

### 3.2.3 Jurisprudência

Embora a construção cultural da sociedade Argentina possa induzir ao pensamento de que manifestações de ódio e discriminação contra minorias são recorrentes no cenário do país, a jurisprudência da Corte Constitucional não segue essa intuição. Raros são os casos resolvidos pelo Judiciário que tratam de xenofobia e discriminação racial contra negros e indígenas. Uma explicação para esse fato pode ser atribuída a deficiências no acesso à justiça e à impermeabilidade dos tribunais às pautas relacionadas aos grupos marginalizados.

O já mencionado relatório apresentado pelo OHCHR aponta que o Ministério da Defesa Pública afirmou que em diversos casos envolvendo indígenas e migrantes, os tribunais “não haviam decidido, atrasaram as considerações dos casos ou não seguiram o devido processo legal”<sup>61-62</sup>. Nesse mesmo sentido, mencionou-se, com base em dados do Ministério da Justiça e Direitos Humanos, que entre 2004 e 2013, não houve sentenças ligadas a violações da Lei Antidiscriminação e “entre 2013 e 2016, 32 casos foram registrados com uma violação do artigo 2 da Lei Antidiscriminação. Destes 32 casos, 21 foram arquivados em tribunais de primeira instância e 11 encerrados. No mesmo período, 47 casos foram registrados pelo crime de promoção ou incitamento à perseguição ou ao ódio” por razões discriminatórias<sup>63</sup>.

Apesar disso, há importantes decisões de tribunais inferiores, como o caso de Mazzini Uriburu, que proferiu comentários racistas em um supermercado, afirmando para uma senhora negra e seu neto negro que “esses negros, têm que matar todos eles desde que eram pequenos”<sup>64</sup>. A instância criminal considerou que as pa-

<sup>61</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. Op. cit., p. 15.

<sup>62</sup> Importante observar que já foi reconhecido no país o direito de ser ouvido, isto é, o direito ao intérprete nas audiências de imigrantes. Cf. a decisão de 2010 do Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Bara, Sakho s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Mbaye, Ibrahima (Habeas Corpus), expediente nº 6925/09.

<sup>63</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. Op. cit., p. 15.

<sup>64</sup> A decisão foi proferida em 21 de março de 2003 no Juzgado Na-

lavras proferidas por Mazzini foram ditas em um local público e em um tom alto de voz, transcendendo o escopo de discussão entre duas pessoas. Dessa forma, foi condenado ao crime de incitar o ódio em razão da raça, juntamente com o crime de ameaça, ambos previstos na Lei nº 23.592/88.

Grande parte dos casos jurisprudenciais de discurso de ódio diz respeito ao povo judeu. Uma explicação possível é o fato de a comunidade judaica estar bem integrada no país, mantendo boas interações com os diferentes órgãos governamentais e participando de ações para combater práticas discriminatórias e manifestações de antissemitismo na esfera pública. Dentre esses casos, podemos mencionar a negativa de reconhecimento jurídico a um partido político que imitava o partido nazista e previa a promoção do desprezo ou ódio racial, religioso ou nacional<sup>65</sup>; a condenação de pessoas que distribuíram panfletos em vias públicas e deram entrevista a um jornal afirmando que os judeus tinham como objetivo dominar a nação argentina e escravizar os cristãos argentinos<sup>66</sup>; a proibição de comercialização de um filme de propaganda nazista de 1940, sem atualização de interpretação ou conteúdo, por incentivar o ódio<sup>67</sup>; a

proibição de um blog que divulgava ideias antissemitas e destacava que “o judaísmo não é uma religião, mas uma comunidade racial antagônica à raça branca e à sua sobrevivência, e, como tal, é declarada guerra sem quartel”<sup>68</sup>; e a vedação do discurso que, após o atentado às torres gêmeas em 2001, comparou o islamismo ao nazismo e defendeu sua destruição<sup>69</sup>. Sem embargo desses precedentes, a Câmara Nacional de Apelação Criminal já considerou que afirmar que “os judeus não gostam de coisas difíceis” e por isso não se tornariam árbitros de futebol da primeira divisão, não configura

judaica, seria um meio de incentivar e promover o ódio em razão da raça. Na ocasião, entendeu-se que a venda “sem ter sido submetida a interpretações com a intenção de atualizar ou esclarecer seu conteúdo, é precisamente a renovação do objetivo para o qual foi criada, ou seja, incentivar o ódio a todos aqueles que pertencem à comunidade judaica”. Nesse ponto, é relevante esclarecer que o julgado em questão não trata especificamente do incentivo ao ódio pela fala, mas sim por qualquer outro meio, sendo aplicado, portanto o art. 3º, § 2º da Lei nº 23. 592.

<sup>68</sup> Em 2017, o caso do blog *La Opinion Prohibida* (sentencia nº 4356/17), que continha cerca de 300 publicações que incitavam o ódio contra a comunidade judaica, chamou a atenção, sendo julgado pelo Foro Penal do Poder Judiciário da Cidade de Buenos Aires. No início da página havia a descrição “Somente para antissemitas convencidos. Os ‘contaminados’ são avisados de que este blog não é para você ... para evitar traumas desnecessários, aconselho uma fuga honrosa”, e mais a frente declarava que “O judaísmo não é uma religião, mas uma comunidade racial antagônica à raça branca e à sua sobrevivência, e, como tal, é declarada guerra sem quartel. O judaísmo e todas as suas manifestações são nossos inimigos!!!”. Ressalta-se que entre as publicações mais recentes, havia artigos intitulados “Os judeus e o sangue”, “Análise muito sistemática da escória judaica”, “Bastardos judeus” e “Nojo judaico”. Dessa forma, considerou-se que em alguns casos extraordinários a liberdade de expressão deve ceder, como no analisado, pois “não há espaço para dúvidas sobre a ilegalidade das publicações mencionadas, e uma suposta restrição não pode ser invocada no processo de disseminação de ideias para manter as opiniões graves ativas, uma vez que não mostra como a opinião pública se beneficia do uso de expressões degradantes como aqueles que podem ser notados lendo o portal”.

<sup>69</sup> Esse é um dos casos mais emblemáticos no reconhecimento contra o discurso de ódio, tendo sido decidido em 2004 pela Câmara Nacional de Apelações Criminais. Trata-se do caso *Cherashny* (sentencia nº 882), que envolvia manifestações contra a religião islâmica. Um jornalista havia feito declarações islamofóbicas após o ataque contra as torres gêmeas em 2001, afirmando que “o problema é o Islã, é uma religião baseada na deificação da guerra, (...) onde eles querem matar (...), são uma merda nazista, (...) e você sabe o que eu penso? Que com os nazistas, como aconteceu na Segunda Guerra Mundial, não devemos negociar, devemos destruí-los”. É interessante ressaltar que a Corte aplicou o padrão americano sobre o discurso de ódio ao considerar que as expressões usadas são suscetíveis de criar um clima hostil em que os destinatários do discurso podem ser incitados à violência. Dessa forma, o que justificaria a restrição do Estado à liberdade de expressão seria apenas a iminência do risco. Assim, considerando a publicidade, a intensidade da mensagem e a proximidade temporal para o ataque, foi decidido que de fato haveria o discurso de ódio.

cional en lo Criminal y Correccional N° 2. Mazzini Uriburu, Falcundo s. infracción Ley 23.592, nº 2639/00.

<sup>65</sup> Em 2009, a Corte Suprema de Justiça da Nação decidiu o caso do Partido *Nuevo Triunfo* (sentencia nº 1469), no qual negou-lhe reconhecimento de personalidade político-legal, uma vez que o partido, imitação do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães da década de 1930, incluía em seu programa político a promoção do desprezo ou ódio racial, religioso ou nacional. Adotando como base as ideias de que é um dever das nações atuar contra a repetição dos crimes contra a humanidade cometidos pelo nazismo e que o desestímulo e a neutralização do “desenvolvimento de práticas que incitam ao ódio racial ou religioso, e a subjugação e eliminação de pessoas” em virtude dessas características, a Corte decidiu “impedir o proselitismo em favor de uma oferta política”, cujo programa se direciona a reproduzir ideias nazistas.

<sup>66</sup> A Câmara Nacional de Apelação Penal julgou, em 1999, o caso *Ricardo José y otros* (sentencia nº 1856), em que os acusados incitaram o ódio e promoveram a perseguição de judeus por meio de documentação distribuída nas vias públicas, como panfletos, boletins e folhetos, e através de entrevista publicada pelo jornal NCO concedida ao diretor do *El Diario*. Nessas manifestações, destacam-se passagens como a ideia de que “[a] diabólica sociedade judaica oculta” objetivaria “dominar nossa nação” e “o livro de cabeceira de judeus e maçons [seria destinado] para escravizar os cristãos (...) argentinos ... temos que agir!!!”. A Câmara confirmou a condenação proferida em primeira instância e esclareceu que, além da propaganda, a mera participação em um grupo dessa classe é reprimida.

<sup>67</sup> A Câmara Nacional de Apelação Penal considerou, em 1999, ao julgar o caso *Héctor y otra*, que a comercialização de filmes como “O Eterno Judeu”, baseado em ideias sobre a superioridade de uma raça e com mensagens depreciativas aos pertencentes à comunidade

discurso de ódio, por mais que desrespeite a diferença de raças e credos<sup>70</sup>.

### 3.2.4 Análise crítica

Na Argentina, adota-se um modelo jurídico alternativo, pois, ao mesmo tempo em que o discurso de ódio é criminalizado, diversas medidas não penais foram criadas para combater a produção e a disseminação de conteúdo discriminatório e que incentive o ódio e a violência.

Tanto a lei quanto a jurisprudência exercem importante papel no país no combate ao discurso de ódio, traduzindo um tratamento misto. A jurisprudência se limita a decisões de tribunais inferiores, não tendo a Suprema Corte muitas decisões sobre o tema. Os julgados tratam, em sua maioria, de manifestações de ódio contra os judeus, o que não parece traduzir a realidade das declarações de ódio no país, evidenciando problemas estruturais no combate à discriminação.

Por fim, o país traz um conceito restrito de discurso de ódio, uma vez que os casos dos últimos anos mostram que a jurisprudência, apesar de mais flexível, se aproxima do modelo americano<sup>71</sup>, exigindo um nexo de causalidade específico entre a manifestação e a criação de um clima propenso à discriminação e à violência.

<sup>70</sup> A Câmara Nacional de Apelação Penal julgou, em 2004, o caso *Julio H. (sentencia n° 79)*, reconhecendo que a manifestação do presidente da Associação de Futebol Argentino, Julio Grondona, no sentido de que “os judeus não se tornam árbitros da primeira divisão do futebol argentino, porque o mundo do futebol é difícil, trabalhoso. Os judeus não gostam de coisas difíceis” não teve o condão de incitar o ódio, apesar de ser incompatível com o respeito entre as diferentes raças e credos.

<sup>71</sup> Como afirma Eduardo Bertoni, antigo Relator Especial para a liberdade de expressão na Comissão Interamericana de Direitos Humanos: “O princípio fundamental da jurisprudência dos EUA é que o Estado não pode restringir uma expressão com base em seu conteúdo. (...) uma determinada ideia não pode ser restringida pelo fato de ser prejudicial, perigosa ou ofensiva. (...) a Suprema Corte dos EUA afirmou que o discurso dessa natureza será protegido pela Primeira Emenda da Constituição, a menos que a exortação pública seja direcionada a incitar ou produzir uma ação ilegal iminente” BERTONI, Eduardo. Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas. **OHCHR**, [s.d.], p. 15. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/IC-CPR/Santiago/SantiagoStudy\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/IC-CPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2019. Sobre o tratamento norte-americano do discurso de ódio, cf., ainda, WALDRON, Jeremy. Op. cit.; e HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

## 3.3 Colômbia

### 3.3.1 Breve contextualização

A Colômbia é marcada por desigualdades multidimensionais. Afrocolombianos e indígenas sofrem diversas formas de discriminação étnico-racial, como violência, deslocamento e baixa representação política<sup>72</sup>, e são também os grupos mais pobres, que mais enfrentam problemas de saúde e de acesso à educação<sup>73</sup>. A subordinação de minorias políticas é um traço do passado e do presente na Colômbia. A história do país “começa com a escravidão e graves violações dos direitos dos afrodescendentes”<sup>74</sup>, que construía suas comunidades em locais isolados e enfrentavam a pobreza. O legado da escravidão ainda mostra suas consequências, sobretudo nos grupos social e economicamente marginalizados<sup>75</sup>.

Atualmente, o país é um dos mais desiguais da América Latina, apresentando o coeficiente de desigualdade de Gini de 0,497<sup>76</sup>, segundo pesquisa realizada pelo Departamento Administrativo Nacional de Estatística (DANE) em 2018<sup>77</sup>. Os dados socioeconômicos e as informações estatísticas oficiais não representam com precisão a realidade do país, uma vez que não consideram variadas categorias étnicas, dificultando a tomada de medidas adequadas para o combate à discriminação<sup>78</sup>. Desse modo, políticas públicas para o enfrenta-

<sup>72</sup> *Ibidem*, passim. Cf., também, RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; SIERRA, T. A.; ADARVE, I. C. (Coords). **Racial Discrimination and Human Rights in Colombia: A Report on the Situation of the Rights of Afro-Colombians**. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2008.

<sup>73</sup> CASTILLO, S. S.; ABRIL, N. G. P. Discourse and racism in Colombia: five centuries of invisibility and exclusion. In: DIJK, Teun A. van (Ed.). **Racism and Discourse in Latin America**. New York: Lexington Books, 2009, p. 131-170.

<sup>74</sup> HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the independent expert on minority issues, Gay McDougall: Mission to Colombia**. [S.l.], jan. 2011, p. 3.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>76</sup> O Coeficiente de Gini é um indicador de desigualdade que mede a concentração de riqueza em uma determinada área geográfica, assumindo valores entre zero e um, onde zero representa igualdade absoluta e um, desigualdade absoluta. Em 2018, na América Latina, o país com valor mais baixo era o Uruguai, com 0,391. O de valor mais alto era o Brasil, com 0,540. Cf. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. **Panorama Social de América Latina**. Santiago: Naciones Unidas, 2019, p. 42.

<sup>77</sup> Sobre a situação de pobreza e desigualdade econômica no país, cf. DANE – Información para todos. **Boletín técnico de pobreza monetária na Colômbia 2018**. Bogotá, maio 2019.

<sup>78</sup> V. HUMAN RIGHTS COUNCIL. Op. cit., 2011.

mento do cenário de desigualdade não ganham papel de destaque na agenda política da Colômbia, e a violência e a discriminação continuam a ser preocupações constantes<sup>79</sup>. Diante disso, como será visto, a efetividade das leis existentes no país é desafiada pela ausência de políticas públicas complementares que viabilizem combater com sucesso os casos de discurso de ódio, bem como pela falta de instituições especializadas destinadas ao atendimento às vítimas e de programas para conscientização e formação de uma cultura antidiscriminatória.

### 3.3.2 Modelo jurídico

A Constituição Política da Colômbia de 1991 protege a liberdade de expressão no artigo 20, limitando-se a dizer que os meios de comunicação de massa devem atuar com responsabilidade social<sup>80</sup>, e também consagra a igualdade e a proteção contra a discriminação no artigo 13<sup>81</sup>. O texto constitucional não apenas proíbe a discriminação, como estabelece um mandamento para promoção da igualdade, devendo o Estado adotar medidas em favor de grupos marginalizados.

No plano infraconstitucional, a partir da reforma promovida pela Lei Antidiscriminação (Lei n° 1.482/2011), o Código Penal passou a punir atos de

intolerância e incitação ao ódio. Em relação ao crime de racismo ou discriminação, é prevista punição no artigo 134A para “qualquer pessoa que impeça, obstrua ou restrinja arbitrariamente o exercício pleno dos direitos das pessoas por causa de sua raça, nacionalidade, sexo ou orientação sexual, incapacidade e outras razões de discriminação”. Nessa mesma linha, o artigo 134B pune quem incita a violência<sup>82</sup>.

A norma foi contestada três vezes perante a Corte Constitucional Colombiana. No primeiro caso, argumentou-se que a lei deveria ser declarada inconstitucional, pois o procedimento legislativo teria ignorado diretrizes estabelecidas e o seu conteúdo seria incompatível com princípios constitucionais<sup>83</sup>. A Corte, entretanto, decidiu pela inépcia da demanda, que não cumprira os requisitos de certeza, pertinência e suficiência (*Sentencia C-282*, de 2013).

No segundo caso, questionou-se a ausência de consulta prévia aos grupos étnicos para formação da norma. Contudo, a Corte sustentou que as normas eram disposições gerais sobre discriminação, que não afeta-

<sup>79</sup> NACIONES UNIDAS. **Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia durante el año 2018** (A/HRC/40/3/Add.3). 2019. Disponível em: <<https://www.hchr.org.co/index.php/informes-y-documentos/informes-anales/9017-informe-del-alto-comisionado-de-las-naciones-unidas-para-los-derechos-humanos-sobre-la-situacion-de-derechos-humanos-en-colombia-durante-el-ano-2018>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>80</sup> Constituição Política da Colômbia de 1991, Artigo 20. “É garantida a toda pessoa a liberdade de se expressar e divulgar seus pensamentos e opiniões, para informar e receber informações verdadeiras e imparciais, e a dos meios de comunicação de massa. Estes são gratuitos e têm responsabilidade social. O direito à retificação é garantido em condições justas. Não haverá censura”.

<sup>81</sup> Constituição Política da Colômbia de 1991, Art. 13. “Todas as pessoas nascem livres e iguais perante a lei, receberão a mesma proteção e tratamento das autoridades e gozarão dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades sem discriminação baseada no sexo, raça, origem nacional ou familiar, língua, religião, opinião política ou filosófica.

O Estado promoverá as condições para que a igualdade seja real e eficaz e adotará medidas em favor de grupos discriminados ou marginalizados.

O Estado protegerá especialmente as pessoas que, devido à sua condição econômica e física, ou mental, estão em uma circunstância de fraqueza manifesta e sancionará abusos ou maus-tratos cometidos contra eles”.

<sup>82</sup> Código Penal Argentino, Art. 134B. “Promove ou instiga atos, comportamentos que constituem assédio, orientado a causar danos físicos ou morais a uma pessoa, grupo de pessoas, comunidade ou pessoas, por causa de sua raça, etnia, religião, nacionalidade, ideologia política ou filosófica, sexo ou orientação sexual ou incapacidade e outros motivos de discriminação”.

<sup>83</sup> A argumentação foi no sentido de que “Primeiro, levando em conta que a lei acrescentou um novo fator de discriminação proibido, não previsto no catálogo taxativo previsto no artigo 13 da Constituição, e que, com isso, a Carta Política foi modificada, deveriam ser observadas as regras para a aprovação de atos legislativos, e não de leis comuns, como foi feito.(...) Segundo, mesmo ignorando a consideração anterior e assumindo que a categoria de “orientação sexual” é comparável à de “sexo” contida no artigo 13 da Constituição, em qualquer caso, os regulamentos devem ter sido processados de acordo com as regras das leis estatutárias e não das leis ordinárias, uma vez que seu objetivo é “garantir a proteção dos direitos de uma pessoa, grupo de pessoas, comunidade ou pessoas que são violadas por atos de racismo ou discriminação.(...) Terceiro, na medida em que o projeto de lei foi contestado pelo Presidente da República por razões de inconstitucionalidade, era necessária uma maioria qualificada por sua insistência e encaminhamento ao Tribunal Constitucional. (...) Finalmente, dado que a lei visa garantir direitos ameaçados ou violados por atos de racismo ou discriminação, o projeto deveria ter sido consultado com minorias nas quais a lei tem impacto. (...) Quanto aos vícios materiais, o peticionário afirma que, em nome da diversidade sexual, o direito do réu anula o princípio da igualdade, bem como as liberdades de consciência, cultos e expressão, consagrados nos artigos 18, 19 e 20 do texto constitucional A razão para isto é que a regra impede, através da penalização, a manifestação e expressão da oposição e a rejeição da maioria das confissões religiosas em relação a tendências sexuais alternativas, como homossexualidade, zoofilia e necrofilia”.

vam direta e especificamente essas comunidades, mas interessavam a todos os indivíduos, razão pela qual não haveria necessidade de consulta prévia (*Sentencia C-194*, de 2013).

Por fim, no terceiro caso, alegou-se que a lei seria parcialmente omissa, pois não incluía a condição de incapacidade como critério de discriminação passível de punição penal. A Corte entendeu que não há obrigação de proteger as pessoas com deficiência através da adoção de sanções penais, pois a discriminação sofrida por elas seria diferente da sofrida por outros grupos<sup>84</sup> (*Sentencia C-671*, de 2014). Tal aspecto foi altamente criticado em audiência pública por convidados que eram a favor da declaração de inconstitucionalidade e consideravam que as situações, condições e características dos grupos eram similares.

No que tange à utilização de métodos alternativos, a

<sup>84</sup> A Corte destacou as seguintes distinções: “(i) em primeiro lugar, em relação à origem desse problema, enquanto os preceitos criminalizaram a discriminação de origem pessoal, a restrição dos direitos desse grupo decorre principalmente da origem institucional; (ii) em segundo lugar, no que diz respeito ao padrão de discriminação, enquanto a lei sanciona o que tem um componente de ódio, hostilidade e animosidade, a afetação dos direitos em questão se origina em um tipo de discriminação que falta esse ingrediente e, em vez disso, é especificado em sentimentos de piedade, indiferença e desconforto; (iii) em terceiro lugar, no que se refere à maneira pela qual a discriminação se materializa, enquanto os controversos preceitos criminalizam discursos e atos inequívocos de ataque e exclusão, no caso de pessoas com deficiência, isso está incorporado em valores imaginários, atitudes e maneiras não verbalizadas; (iv) Quarto, com relação à notoriedade do fenômeno, enquanto a Lei 1482 de 2011 sanciona as formas mais visíveis e notórias desse problema, esse grupo populacional enfrenta manifestações mais sutis, imperceptíveis e invisíveis (a chamada “discriminação invisível”); (v) em quinto lugar, no que diz respeito à intencionalidade, enquanto a lei proíbe ataques que sejam executados, de forma clara e inequívoca, devido a critérios de discriminação suspeitos ou proibidos, como raça, etnia, origem nacional, sexo, orientação sexual, religião ou afiliação política ou religiosa, geralmente em relação as pessoas com deficiência os atos discriminatórios carecem desse componente intencional ou cuja intencionalidade é ambígua ou difusa; além disso, enquanto as discriminações protegidas pela lei contemplam apenas a chamada “discriminação direta”, na qual ocorre exclusão ou marginalização devido a esses critérios, geralmente a população com deficiência está sujeita a “discriminação indireta”, na qual o acesso a bens e oportunidades sociais estão sujeitos a fatores neutros e imparciais, mas como não levam em consideração a desvantagem desses grupos no jogo social, acabam excluindo-os e marginalizando-os desse acesso; (vi) finalmente, enquanto à luz dos artigos 3 e 4 da Lei 1482 de 2011, raça, etnia, nacionalidade, sexo, orientação sexual, religião e filiação política ou filosófica constituem critérios necessários e suficientes para a criação de um ato discriminatório, muitas vezes a restrição ou limitação dos direitos desse grupo está associada à sua confluência com outros fatores de discriminação e condições que colocam objetivamente as pessoas em desvantagem, como a situação socioeconômica”.

Colômbia não apresenta nenhum mecanismo acessório relevante no combate ao discurso de ódio, o que acaba por afetar o cumprimento da legislação existente, como será visto adiante.

### 3.3.3 Jurisprudência

Poucas são as decisões proferidas pelo poder judiciário ligadas ao discurso de ódio e à não discriminação, o que demonstra uma ineficácia da mera criminalização das condutas. Há apenas uma decisão adotada com base na Lei Antidiscriminação. Na ocasião, Fernando Antonio Delgado, então vereador de um município colombiano, foi condenado por declarar publicamente que “sendo honesto, grupos difíceis de gerenciar, como negros, deslocados e indígenas, são um câncer que os governos nacional e mundial têm”. Delgado foi condenado em primeira instância, ocasião em que o fato de o discurso de ódio ter sido cometido por um funcionário público, através da mídia e ofendendo a dignidade de grupos minoritários, foi mais relevante para a penalização do que o incitamento a ações discriminatórias. Entretanto, a sentença foi revista e o vereador foi absolvido na instância superior<sup>85</sup>.

Há algumas decisões mais antigas da Corte Constitucional Colombiana nas quais se enfrentou a dicotomia entre liberdade de expressão e proteção da dignidade e igualdade das pessoas discriminadas. No entanto, o discurso de ódio não foi analisado diretamente. Em todos os casos houve uma constante: a exigência de que o exercício da liberdade de expressão fosse enquadrado em um propósito constitucionalmente legítimo. Logo, quando o discurso incentiva a violência, se torna ilegítimo, isto é, não protegido pela liberdade de expressão<sup>86</sup>. Em 2004, por exemplo, o tribunal defendeu que “o princípio da finalidade como requisito para o exercício da liberdade de expressão está relacionado com a realização de um propósito constitucionalmente legítimo”, e que “a liberdade de expressão não pode se tornar uma ferramenta para violar os direitos dos outros ou para

<sup>85</sup> Trata-se da decisão proferida pela Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira em 26 de abril de 2016 (Hostigamiento por raza n° 12-4662, Rel. Manuel Yarzagaray Bandera).

<sup>86</sup> Existe uma ampla controvérsia sobre as formas de interpretar a liberdade de expressão, havendo quem decomponha seu alcance com base na finalidade e quem realize a ponderação com base no princípio da proporcionalidade. Sobre o tema, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

encorajar a violência” (*Sentencia* T-787/04).

Já na *Sentencia* T-391, de 2007, a Corte definiu que a liberdade de expressão não é protegida nos seguintes casos:

(a) propaganda a favor da guerra; (b) incitação ao ódio nacional, racial, religioso ou outro que constitua incitação à discriminação, hostilidade, violência contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas por qualquer motivo (modo de expressão que abrange as categorias comumente conhecidas como discurso de ódio, discurso discriminatório, incitação ao crime e violência); (c) pornografia infantil; e (d) incitação direta e pública a cometer genocídio.

Em 2010, um caso emblemático de discriminação ocorreu dentro de uma universidade contra um estudante afrocolombiano. Na ocasião, um professor falou enquanto encarava o único aluno negro da turma: “um valor de 1 seria como um manobrista que deve atender 25 carros em 25 minutos, o que indicaria que ele sempre ficaria ocupado... o que seria um tráfico de escravos, eles o fariam trabalhar como negro! (...) como um escravo cujo mestre deve chicoteá-lo para trabalhar... trabalhar!”. Diante dessa manifestação, a Corte Constitucional concluiu na *Sentencia* T-691, de 2012:

Para a Sala, (i) quando usado em sala de aula, por um professor, expressão que mantém e preserva estereótipos racistas e escravos em estruturas linguísticas, é promovido um tratamento exclusivo, que marginaliza as pessoas consideradas parte de um certa ‘raça’. Promover, justificar ou preservar o uso de expressões racistas no campo da educação, bem como tornar invisível seu conteúdo discriminatório, ignora os direitos à igualdade e à não discriminação, ao mesmo tempo em que assume tratamento cruel e degradante. Portanto (ii) uma pessoa, como professora, viola os direitos à educação e à igualdade (especialmente o direito a não ser discriminado), quando usa uma expressão claramente racista durante uma aula para apresentar um exemplo, em especial se pudesse ser facilmente substituído por outro. Promover, justificar ou preservar o uso de expressões racistas no campo da educação, bem como invisibilizar seu conteúdo discriminatório, ignora os direitos à igualdade e à não-discriminação, ao mesmo tempo em que impõe tratamento cruel e degradante.

Na ocasião, a Corte não fez referência em qualquer momento a discurso de ódio. No entanto, o Centro de Estudos Dejusticia e o Observatório de Discriminação Racial da Universidade de *Los Andes*, na qualidade de terceiros, indicaram que houve incitação à subordinação dos afrodescendentes:

Dado o elemento de ódio ou preconceito social,

a pantomima que acompanha o discurso mostra um elemento burlesco que denota tratamento desrespeitoso com a população afrodescendente. A ênfase na ideia de tratamento do negro como escravo, longe de ter uma nuance crítica diante do passado de escravidão sofrido por essa população, revela uma intenção de colocar afrodescendentes no lugar de subordinados. O elemento de violência está presente na forma de expressão do professor: a zombaria constante, os gestos que ele fez com as mãos e a inferência que ele faz quando ressalta que é motivo de riso que um de seus alunos possa se refletir em tal situação de escravidão.

### 3.3.4 Análise crítica

A Colômbia adota um modelo predominantemente repressivo, não trazendo medidas alternativas, como políticas públicas, para lidar com o discurso de ódio. O cenário colombiano demonstra que a simples criação de penalidades para manifestações discriminatórias e de ódio pode ser inadequado e ineficiente e, mesmo com essa previsão, ser baixo o número de casos solucionados pelo Poder Judiciário ou levados ao conhecimento dos setores responsáveis.

Trata-se de um cenário de tratamento misto, com predomínio da regulação punitiva. Mesmo com a promulgação da Lei Antidiscriminação, apenas uma decisão foi proferida tendo a norma como base. Nesse caso em específico, o discurso questionado foi relacionado à discriminação em relação à raça. Isso pode ser explicado pelo próprio aspecto cultural subjacente, em que a escravidão foi um instrumento de consolidação da marginalização por séculos.

## 3.4 Índia

### 3.4.1 Breve contextualização

Apesar da grande diversidade religiosa da Índia, o discurso de ódio em razão de religião é uma constante no país. Aspectos históricos de intenso conflito entre hindus e muçulmanos ajudam a explicar essa realidade, evidenciando uma sociedade extremamente dividida e intolerante<sup>87</sup>. Com isso, os casos de violência contra

<sup>87</sup> Sobre o tema, v. BOROOAH, Vani K. Caste, Inequality, and Poverty in India. *Review of Development Economics*, v. 9, n. 3, p. 399-414, 2005; DESHPANDE, Ashwini. *The Grammar of Caste: Economic discrimination in contemporary India*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

minorias religiosas constituem um problema histórico, tendo suas raízes na desarmonia comunal entre os dois grupos mencionados e também na divisão da Índia na época da independência, em 1947. O fim do Império Britânico resultou na divisão em dois países independentes, a Índia e o Paquistão, cuja partilha baseou-se primordialmente em questões religiosas. Houve uma migração em massa de 15 milhões de pessoas (muçulmanos para o Paquistão e hindus e sikhs para Índia), acompanhada por violentas revoltas, milhares de vítimas e milhões de refugiados.

Atualmente, comunidades minoritárias, especialmente muçulmanos, cristãos e sikhs, têm sofrido numerosos incidentes de intimidação e violência por grupos nacionalistas hindus. Os casos de crimes de ódio com base religiosa aumentaram desde que o governo nacionalista pró-hindu do Partido *Bharatiya Janata* (BJP) chegou ao poder em 2014. De acordo com relatório do *Human Rights Watch*<sup>88</sup>, entre maio de 2015 e dezembro de 2018, pelo menos 44 pessoas, 36 delas muçulmanas, foram mortas em 12 estados indianos. Nesse mesmo período, cerca de 280 pessoas ficaram feridas em mais de 100 incidentes diferentes ocorridos em 20 estados. Ainda de acordo com o documento, os ataques foram liderados pelos chamados grupos de proteção às vacas, hindus militantes que frequentemente têm vínculos com o BJP.

As manifestações de ódio se apresentam muitas vezes em relação à proibição da carne bovina, pois os hindus consideram que as vacas são animais sagrados. Assim, grupos de “vigilantes de vacas” patrulham as estradas, matando os suspeitos de outras religiões que contrabandeiam esse tipo de carne.

Considerando tal cenário, diferentes conflitos religiosos tiveram destaque nos últimos anos, como Banduria (2017), Kaliachak (2016), Muzaffarnagar (2013) e Gujarat (2002)<sup>89</sup>. Alguns desses conflitos são originários de discursos de ódio proferidos na internet, como o ataque em Banduria, West Bengal, em julho de 2017, que começou após um post ofensivo de um adolescente no Facebook<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. **Violent Cow Protection in India: Vigilante Groups Attack Minorities**. [S.l.]: Human Rights Watch, 2019, p. 6.

<sup>89</sup> Sobre os conflitos recentes no país, cf. EMBREE, Ainslie T. **Utopias in conflict: religion and nationalism in modern India**. Berkley: University of California Press, 2018.

<sup>90</sup> DANIYAL, Shoab. In-depth: How a Facebook post broke the

### 3.4.2 Modelo jurídico

A Constituição da Índia de 1949 protege a liberdade de expressão no artigo 19 e permite que o Estado crie leis com restrições razoáveis ao exercício deste direito em prol de alguns valores, como para evitar difamação ou incitação a uma ofensa<sup>91</sup>. Embora o discurso de ódio não encontre menção expressa, o direito à não discriminação é assegurado no artigo 15<sup>92</sup>.

A lista com valores que justificam restrições à liberdade de expressão prevista no artigo 19(2) é taxativa e a Suprema Corte da Índia já se manifestou indicando que a restrição deve ser razoável, o que significa dizer que “a limitação imposta a uma pessoa em gozo do direito não deve ser arbitrária ou de natureza excessiva” (*Chintaman Rao v. The State of Madhya Pradesh*, de 1950). Nessa mesma linha, afirmou em *State of Madras v. V.G. Row* (1952) que “é importante, neste contexto, ter em mente que o teste de razoabilidade, sempre que prescrito, deve ser aplicado a cada estatuto individual impugnado e nenhum padrão abstrato ou padrão geral de razoabilidade pode ser estabelecido como aplicável a todos os casos”. Dessa forma, deve-se levar em consideração “a natureza do direito que supostamente foi violado, o objetivo subjacente das restrições impostas, a extensão e a urgência do mal a ser sanado, a desproporção da imposição e as condições prevalentes na época”.

O Código Penal Indiano, por sua vez, contém dis-

decades-long communal peace of a West Bengal town. **Scroll.in**, jul. 2017. Disponível em: <<https://scroll.in/article/843692/in-depth-how-a-facebook-post-broke-the-decades-long-communal-peace-of-a-west-bengal-town>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

<sup>91</sup> Constituição da Índia de 1949, artigo 19. “(1) Todos os cidadãos têm direito a: (a) liberdade de expressão; (...) (2) Nada na subcláusula (a) da cláusula (1) afetará o funcionamento de qualquer lei existente ou impedirá o Estado de fazer qualquer lei, na medida em que imponha restrições razoáveis ao exercício do direito conferido pela referida subcláusula no interesse da soberania e integridade da Índia, da segurança do Estado, das relações amistosas com Estados estrangeiros, da ordem pública, da decência ou moralidade ou em relação ao desrespeito à corte, difamação ou incitação a uma ofensa”.

<sup>92</sup> Constituição da Índia de 1949, artigo 15. “(1) O Estado não deve discriminar nenhum cidadão com base apenas em religião, raça, casta, sexo, local de nascimento ou qualquer um deles. (2) Nenhum cidadão deve, apenas com base na religião, raça, casta, sexo, local de nascimento ou qualquer um deles, estar sujeito a qualquer deficiência, responsabilidade, restrição ou condição em relação a: a) acesso a lojas, restaurantes públicos, hotéis e locais de entretenimento público; ou (b) o uso de poços, tanques, estradas e locais de recurso público mantidos total ou parcialmente fora dos fundos do Estado ou dedicados ao uso do público em geral”.

posições que restringem a liberdade de expressão. Entre elas, destaca-se a Seção 153A<sup>93</sup>, que criminaliza a promoção da inimizade e atos prejudiciais à harmonia entre diferentes grupos de pessoas com base em religião, raça, local de nascimento, residência, idioma, entre outros. No caso do crime cometido em um local de culto ou cerimônias religiosas, a punição é mais severa, podendo ser de prisão de até cinco anos. Esse dispositivo foi analisado pela Suprema Corte da Índia no caso *Gopal Vinayak Godse v. Union of India* (1969), que forneceu padrões para avaliar o cometimento do crime:

(1) Não é necessário provar que a inimizade ou o ódio foram de fato causados entre as diferentes classes. (2) A intenção de promover inimizade ou ódio, além do que aparece na própria escrita, não é um ingrediente necessário da ofensa. Basta mostrar que a linguagem da escrita é de natureza calculada para promover sentimentos de inimizade ou ódio, pois presume-se que uma pessoa pretenda as consequências naturais de seu ato. (3) O assunto acusado de estar de acordo com a Seção 153A deve ser lido como um todo. Não se pode confiar em passagens isoladas e dispersas para provar a acusação, nem de fato pode tomar uma sentença aqui e outra ali e conectá-las por um processo meticoloso de raciocínio inferencial. (4) Para julgar

<sup>93</sup> Código Penal Indiano, Seção 153A. “Promover inimizade entre diferentes grupos com base em religião, raça, local de nascimento, residência, idioma etc. ou age de forma prejudicial à manutenção da harmonia. (1) Quem (a) por palavras, faladas ou escritas, por sinais ou por representações visíveis ou de outra forma, promove ou tenta promover, por motivos de religião, raça, local de nascimento, residência, idioma, casta ou comunidade ou qualquer outro motivo, desarmonia ou sentimentos de inimizade, ódio ou má vontade entre grupos religiosos, raciais, de idioma ou regionais diferentes ou castas ou comunidades, ou (b) cometer qualquer ato que seja prejudicial à manutenção harmonia entre diferentes religiões, raças, idiomas ou grupos regionais ou castas ou comunidades e que perturbe ou é provável que perturbe a tranquilidade pública, (c) organize qualquer exercício, movimento, exercício ou outra atividade semelhante que pretenda que os participantes em tal atividade usem ou sejam treinados para usar força ou violência criminal, ou sabendo que é provável que os participantes em tal atividade usem ou sejam treinados para usar força ou violência criminal, ou participe de tal atividade que pretenda usar ou ser treinado para usar força ou violência criminal ou saber que é provável que os participantes em tal atividade usem ou sejam treinados para usar força ou violência criminal, contra qualquer grupo religioso, racial, de linguagem ou regional ou casta ou comunidade e tal atividade, por qualquer motivo que cause ou possa causar medo ou alarme ou um sentimento de insegurança entre os membros desse grupo religioso, racial, de idioma ou de região, casta ou comunidade regional, será punida com prisão que pode se estender por três anos, ou com multa, ou com ambos. (2) Ofensa cometida no lugar de culto, etc. Quem comete uma ofensa especificada na subseção (1) em qualquer local de culto ou em qualquer assembleia envolvida na realização de culto religioso ou cerimônias religiosas, deve ser punida com prisão que pode se estender por cinco anos e também pode ser multada”.

quais são as consequências naturais ou prováveis da escrita, é permitido levar em consideração a classe de leitores para quem o livro se destina como também o estado de sentimentos entre as diferentes classes ou comunidades. (5) Se a redação é calculada para promover sentimentos de inimizade ou ódio, não há defesa de uma acusação nos termos da Seção 153A de que a redação contenha um relato verdadeiro de eventos passados ou seja de outra forma apoiada por uma boa autoridade. Se um escritor é desleal à história, pode ser mais fácil provar que a história foi distorcida para alcançar um fim específico, como por exemplo promover sentimentos de inimizade ou ódio entre diferentes classes ou comunidades. Mas a adesão ao caminho estrito da história não é, por si só, uma defesa completa de uma acusação sob a Seção 153A.

A Seção 153B do Código Penal<sup>94</sup> pune afirmações prejudiciais à manutenção da harmonia comunal e da integridade nacional, isto é, atos propagados contra membros de determinado grupo com base na raça, casta, religião, entre outros, que possam gerar divisão na sociedade. Já a Seção 295<sup>95</sup> criminaliza a destruição de locais de culto com a intenção de insultar a religião de uma classe de pessoas. Da mesma forma, a Seção 295A<sup>96</sup> criminaliza atos deliberados e maliciosos com a

<sup>94</sup> Código Penal Indiano, Seção 153B. “Imputações, afirmações prejudiciais à integração. (1) Quem, por palavras faladas ou escritas ou por sinais ou por representações visíveis ou não: (a) faça ou publique qualquer imputação de que qualquer classe de pessoas não possa, por ser membro de qualquer grupo religioso, racial, de idioma ou regional ou casta ou comunidade, suportar verdadeira fé e lealdade à Constituição da Índia, conforme a lei estabelecida ou defender a soberania e a integridade da Índia, ou (b) afirma, aconselha, propaga ou publica que qualquer classe de pessoas por serem membros de qualquer grupo religioso, raça, idioma ou região ou casta regional ou comunidade seja negada ou privada de seus direitos como cidadãos da Índia ou (c) faz ou publica afirmação, conselho, fundamento ou apelação referente à obrigação de qualquer classe de pessoas, por serem membros de qualquer grupo religioso, racial, de idioma ou regional ou casta ou comunidade regional, e tal afirmação, causa ou tem a capacidade de causar desarmonia ou sentimentos de inimizade ou ódio ou má vontade entre esses membros e outras pessoas”.

<sup>95</sup> Código Penal Indiano, Seção 295. “Ferir ou profanar o local de culto, com a intenção de insultar a religião de qualquer classe. Quem destrói, danifica ou contamina qualquer local de culto ou qualquer objeto mantido sagrado por qualquer classe de pessoas com a intenção de insultar a religião de qualquer classe de pessoas ou com o conhecimento de que qualquer classe de pessoas provavelmente considerará tal destruição, dano ou contaminação como um insulto à sua religião, será punido com prisão por um período que pode se estender a dois anos, ou com multa, ou com ambos”.

<sup>96</sup> Código Penal Indiano, Seção 295 A. “Atos deliberados e maliciosos destinados a ultrajar sentimentos religiosos de qualquer classe, insultando sua religião ou crenças religiosas. - Quem quer que seja, com intenção deliberada e maliciosa de ultrajar os sentimentos religiosos de qualquer classe de cidadãos da Índia, por palavras, faladas ou escritas, ou por sinais ou representações visíveis ou de outra

intenção de ultrajar sentimentos religiosos de qualquer classe, insultando sua religião ou crenças religiosas, podendo este ocorrer por meio de palavras, sinais, representações visíveis ou outros.

O Código de Processo Penal também traz previsões sobre o tema ao reconhecer ao Estado, nas Seções 95 e 96, o poder de confiscar as publicações puníveis de acordo com o Código Penal Indiano.

Há outras leis no país que impactam diretamente na ideia de discurso de ódio, como a *Scheduled Castes and Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Act*, de 1989, que protege da humilhação pública intencional os *Scheduled Castes and Scheduled Tribes*, grupos oficialmente designados na Constituição como pessoas historicamente desfavorecidas. Dessa forma, sob a Seção 3(1)(r), comete crime punido com prisão de 6 meses a 5 anos quem “ofende ou intimida intencionalmente com a intenção de humilhar um membro de uma *Scheduled Caste* ou de uma *Scheduled Tribe*, em qualquer lugar à vista do público”.

A Lei de Proteção dos Direitos Civis de 1955 contém disposições que penalizam o discurso de ódio contra as comunidades *dalit* ou intocáveis. A Seção 7(1)(c) pune quem “por palavras, faladas ou escritas, ou por sinais ou por representações visíveis de outro modo, incita ou encoraja qualquer pessoa ou classe de pessoas ou o público em geral a praticar ‘intocabilidade’ de qualquer forma”.

O discurso de ódio eleitoral também é regulado na Índia sob a *Representation of the People Act (RoPA)*, de 1951. Em sua Seção 123(3A), considera uma prática corrupta “a promoção ou tentativa de promover sentimentos de inimizade ou ódio entre diferentes classes de cidadãos da Índia por motivos de religião, raça, casta, comunidade ou idioma, por um candidato a fim de melhorar as suas perspectivas de eleição ou afetar prejudicialmente a eleição de qualquer candidato”. O candidato que praticar tal conduta perderá temporariamente o direito de ser votado, isto é, terá seus direitos políticos passivos suspensos. Justificando as razões para a existência da referida norma, a Suprema Corte se manifestou no caso *Ziyauddin Bukhari v. Brijmohan Mebra* (1975) dizendo que a Seção 123(2), (3) e (3A) foi promulgada com o intuito de “eliminar, do processo eleitoral, apelos aos fato-

---

forma, insultos ou tentativas de insultar a religião ou as crenças religiosas dessa classe, serão punidas com prisão de qualquer uma das descrições por um termo que pode se estender até três anos, ou com multa, ou com ambas”.

res divisivos que despertam paixões irracionais que são contrárias aos princípios básicos de nossa Constituição e, de fato, de qualquer civilização e ordem política e social”. Nesse sentido, o “devido respeito às crenças e práticas religiosas, raça, credo, cultura e idioma de outros cidadãos é um dos postulados básicos de nosso sistema democrático”. Logo, com base no “pretexto de proteger sua própria religião, cultura ou credo, uma pessoa não pode embarcar em ataques pessoais aos de outros, nem instigar animosidades ou medos irracionais entre grupos para garantir vitórias eleitorais”.

A exibição de filmes na Índia também é alvo de regulação especial por meio do *The Cinematograph Act*, de 1952, e pelo Conselho Central de Certificação de Filmes (CBFC). De acordo com a Seção 5B da lei, o Conselho tem o poder de não certificar um filme, mesmo antes de sua exibição, quando ele “ou qualquer parte dele for contrário aos interesses da [soberania e integridade da Índia,] a segurança do Estado, relações amistosas com Estados estrangeiros, ordem pública, decência ou moralidade, ou envolva difamação ou desrespeito à corte ou tiver probabilidade de incitar o cometimento de qualquer ofensa”.

A Suprema Corte já foi instada a se manifestar sobre a constitucionalidade dessa lei e, em *KA Abbas v. Union of India* (1970), entendeu que o regime de censura era uma restrição razoável para equilibrar interesses individuais com interesses sociais e, assim, preservar a ordem pública. Ao argumento de que essa restrição não existiria em outras formas de expressão, a Corte pontuou que filmes podem despertar emoções mais profundas do que qualquer outra forma de arte, como livros e discursos.

Ademais, a Lei das Tecnologias de Informação de 2000 criminaliza o discurso de ódio online, tipificando quem envie, por meio de recurso informático ou dispositivo de comunicação informação que “seja grosseiramente ofensiva ou que tenha caráter ameaçador”, ou que o emissor “saiba ser falsa, mas [envie] com o objetivo de causar aborrecimento, inconveniência, perigo, obstrução, insulto, lesão, intimidação criminal, inimizade, ódio ou má vontade, persistentemente, fazendo uso de dispositivo de comunicação” ou, ainda, quem envie “correio eletrônico ou mensagem de correio eletrônico com o objetivo de causar aborrecimentos ou inconvenientes ou enganar o destinatário sobre a origem dessas mensagens”. A pena é de prisão de até 3 anos e multa.

Em 2015, no entanto, no caso *Shreya Singhal v. Union of India*, a Suprema Corte da Índia invalidou o dispositivo por considerar que a proibição de disseminar informações destinadas a causar aborrecimentos, inconveniência ou insultos por meio de um recurso informático não se enquadrava em nenhuma exceção razoável ao exercício do direito à liberdade de expressão, não havendo nexos entre a discussão em si e o incitamento à violência.

### 3.4.3 Jurisprudência

A história de violência sectária na Índia traz consigo muitos casos judiciais envolvendo manifestações de ódio. Optamos, no presente estudo, por selecionar as decisões mais recentes e mais relevantes para o tema.

A jurisprudência do país engloba casos em que manifesta tendência à proteção da liberdade de expressão, interpretando as possibilidades de restrição desse direito de forma estrita. Assim, foi considerado possível veicular filme sobre o divórcio de um casal de hindus e muçulmanos, apesar da alegação de que ele promoveria desarmonia<sup>97</sup>; declarou-se invalidade de notificação governamental que permitia a recolha de um livro que tratava o rei Hindu Shivaji de forma depreciativa<sup>98</sup>; permitiu-se a circulação de um livro mesmo com a alegação de grupo religioso oposto no sentido de que a

<sup>97</sup> Em *F.A. Picture International v. Central Board of Film Certification* (2004), decidido pela *Bombay High Court*, questionava-se a recusa em certificar um filme que mostrava as dificuldades de um casal que se separou durante os conflitos entre hindus e muçulmanos. A CBFC recusou a certificação do filme pois entendeu que a “violência comunitária forçará a desarmonia; personagens e incidentes que são claramente identificáveis com personalidades reais, podendo levar à desarmonia; a violência em Gujarat é uma questão viva e uma cicatriz na sensibilidade nacional, cuja exibição pode agravar”. O Supremo Tribunal de Bombaim, no entanto, considerou que a recusa violava a liberdade de expressão, sustentando que não necessariamente a narração da história promoveria violência, inimizade ou ódio.

<sup>98</sup> Em *State of Maharashtra v. Sangharaj Damodar Rupawate* (2010), a Suprema Corte invalidou uma notificação do Governo de Maharashtra que ordenava o recolhimento de todas as cópias do livro Shivaji – Rei Hindu na Índia Islâmica. A notificação indicava que, na opinião do Governo, a circulação do referido livro, contendo referências escandalosas e depreciativas a Shivaji, causou inimizade entre várias comunidades e levou a atos de violência e desarmonia. Na oportunidade, a Corte considerou que “o poder de recolher um jornal, livro ou documento é um poder drástico”, pois afeta tanto a liberdade de expressão quanto o direito à privacidade, já que um policial tem ampla liberdade para procurar suspeitos em diversos lugares. Assim, “a disposição deve ser interpretada estritamente e o exercício do poder sob ela deve ser da maneira e de acordo com o procedimento adequado”.

obra ofenderia a religião por descrever um dos festivais que realiza como sexualmente promíscuo<sup>99</sup>.

Além disso, em 2014, no caso *Pravasi Bhalai Sangathan v. Union of India*, após uma petição requerendo que a Corte fornecesse instruções para a Comissão Eleitoral sobre discursos de ódio, entendeu-se que a questão merecia uma análise mais profunda pela Comissão de Direito da Índia. Ao decidir neste sentido, a Suprema Corte se manifestou sobre o que via como objetivo do discurso de ódio, destacando:

O discurso de ódio é um esforço para marginalizar os indivíduos com base em sua participação em um grupo. Usando expressões que expõem o grupo ao ódio, o discurso de ódio procura deslegitimar os membros do grupo aos olhos da maioria, reduzindo sua posição social e aceitação na sociedade. O discurso de ódio, portanto, vai além de causar angústia aos membros individuais do grupo. Pode ter um impacto social. O discurso de ódio estabelece as bases para, posteriormente, amplos ataques a vulneráveis, que podem variar de discriminação a ostracismo, segregação, deportação, violência e, nos casos mais extremos, a genocídio. O discurso de ódio também afeta a capacidade de um grupo protegido de responder às ideias substantivas em debate, colocando assim uma barreira séria à sua participação plena em nossa democracia.

Diante disso, em março de 2017, a Comissão de Direito apresentou o Relatório nº 267 sobre discurso de ódio perante o governo da Índia. Por meio deste documento, sugeriu emendas ao Código Penal para acrescentar novas disposições sobre a “Proibição do incitamento ao ódio” na Seção 153B e Seção 505A. Também propôs outras estratégias para incentivar a harmonia na sociedade, como a adoção de medidas para sensibilização do público sobre o exercício responsável da fala.

### 3.4.4 Análise crítica

O modelo jurídico indiano é altamente repressivo. Apesar do elevado número de leis sobre discurso de ódio, não foram encontradas políticas públicas ligadas à prática, mas apenas a sua punição abstrata. A ampla criminalização não tem sido eficaz para coibir a intole-

<sup>99</sup> No caso *Murugan v. Tamil Nadu* (2016), um grupo religioso se sentiu ofendido por passagens do livro *Mathorubagan*, que descrevia um festival como sexualmente promíscuo. O Comitê de Paz local ordenou que o autor emitisse um pedido de desculpas e foram apresentadas petições buscando uma ação criminal contra ele. O Supremo Tribunal de Madras, no entanto, descartou as alegações contra o livro e confirmou a liberdade de expressão do autor, ressaltando que esta não pode ser sacrificada para ceder às demandas da multidão.

rância<sup>100</sup>, de modo que Anandita Yadav<sup>101</sup> sugere alguns métodos alternativos de solução de controvérsia, como mediação vítima-agressor, programas de prevenção ao crime e de assistência às vítimas, e também o contradiscurso (*counterspeech*), isto é, a possibilidade de responder o conteúdo odioso de forma positiva, opções que estimulam o diálogo construtivo sem interferir na liberdade de expressão dos indivíduos.

O tratamento no país é misto, pois tanto as leis quanto a jurisprudência exercem importante papel na delimitação do entendimento do discurso de ódio. É interessante notar que os casos apresentados, em sua maioria, tratam de opiniões negativas sobre determinados momentos históricos e religiões, o que em outros países seria considerado como simples exercício da liberdade de expressão na vertente da liberdade religiosa. O discurso proselitista é da essência do exercício desta liberdade, sendo natural que a finalidade de influenciar o outro seja acompanhada de comparações ou expressões de animosidade<sup>102</sup>. Para Rodrigo Fuziger, “na prática, cada indivíduo crê que está professando sua fé dentro da religião correta e que aquela é a melhor para ele, sendo que esse movimento de certeza de sua crença já contém uma intrínseca hierarquização”<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> SALDANHA, Alison. 2017: A year of hate crimes in India: Number of violent incidents related to cows, religion is rising. **Firstpost**, 28 de dez. de 2017. Disponível em: <<https://www.firstpost.com/india/2017-a-year-of-hate-crimes-in-india-number-of-violent-incidents-related-to-cows-religion-is-rising-4278751.html>><https://www.firstpost.com/india/2017-a-year-of-hate-crimes-in-india-number-of-violent-incidents-related-to-cows-religion-is-rising-4278751.html>. Acesso em: 06 de set. de 2019.

<sup>101</sup> YADAV, Anandita. Countering Hate Speech In India: Looking For Answers Beyond The Law. **ILI Law Review**, Nova Delhi, v. II, n. 6, Winter Issue 2018.

<sup>102</sup> Sobre o tema, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134682/BA. Rel. Min. Edson Fachin. Primeira Turma. Julg. 29 nov. 2016, DJE 29 ago. 2017.

<sup>103</sup> FUZIGER, Rodrigo. Margeando o Estige: o direito penal e a limitação dos crimes de ódio relacionados à religião. **Revista General de Derecho Penal**, Madri, v. 19, p. 1-22, 2013. Em sentido similar, TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, p. 17-47, abr./jun. 2009: “Uma teoria de primeira ordem carrega em seu bojo a concepção de que é a única e adequada, sendo as demais inválidas ou equivocadas; esta rejeição é, invariavelmente, intrínseca, quer dizer, acaba assumindo uma conotação religiosa; em outras palavras, não é apenas um afastar-se de outras religiões, mas sim um enxergar nelas conotações contra- religiosas. (...) Portanto, é pacífico o entendimento segundo o qual o proselitismo religioso, mesmo com os elementos que indubitavelmente o marcam, quais sejam, a negação e a desconsideração das demais religiões, gerando, em certo grau, uma animosidade é, em realidade, compreensível,

Deve-se considerar, no entanto, que a Índia vive intensas tensões e polarizações quando se trata de religião devido ao histórico conflito sectário. Um entendimento negativo a respeito de determinada religião considerado aceitável em um país ocidental pode ser visto como uma ofensa extremamente grave na Índia. Tal percepção varia de acordo com cada povo, cultura e história, e aqui, tem como consequência uma abrangência maior das hipóteses abstratas de discurso de ódio.

Assim, como visto, a legislação sobre o tema no país é de amplas restrições à liberdade de expressão. Em contrapartida, a jurisprudência desenvolveu uma tendência à proteção desta liberdade, demonstrando sensibilidade mais elevada às representações da história de violência religiosa no país e derrubando muitas tentativas de suprimi-la. Com isso, seria possível afirmar, em tese, que estas posições favorecem um equilíbrio entre os direitos em colisão<sup>104</sup>. Ainda assim, manifestações de ódio continuam a ocorrer com frequência no país e a ampla criminalização, além de se tornar cada dia uma ameaça maior às liberdades comunicativas – na medida em que confere amplos poderes ao Estado para recolher livros e à CBFC na certificação de filmes –, não é efetiva no combate à disseminação de ódio.

## 3.5 México

### 3.5.1 Breve contextualização

Os dados discriminatórios do país revelam uma significativa marginalização do grupo LGBTQ+. De acordo com a Pesquisa Nacional Sobre Discriminação (ENADIS) de 2017, 20% do total da população do México declarou ter sido discriminada no ano de 2016; 40% da população homossexual declarou que teve direitos negados nos últimos cinco anos em razão de sua orientação sexual. Dentre as minorias, os migrantes e o grupo LGBTQ+ parecem sofrer uma maior discriminação direta, tendo em vista que a pesquisa indica que 39% de homens e mulheres no país não alugariam um quarto

como elemento integrante da liberdade religiosa (tecnicamente, está alocado em seu núcleo essencial). (...) é natural do discurso religioso praticado pelas Igrejas, em especial pelas instituições daquelas religiões de pretensão universalista, pregar o rechaço às demais religiões. Esta postura integra o núcleo central da própria liberdade de religião”.

<sup>104</sup> Sobre o tema, cf. a decisão da Suprema Corte da Índia no caso *Ramesh v. Union of India* (1988).

em sua casa para estrangeiros; 41% de homens e 33% de mulheres não alugariam para pessoas transexuais; e 35% de homens e 30% de mulheres não alugariam para pessoas homossexuais. Ademais, 46% de homens e 40% de mulheres não concordariam com seu filho se casando com uma pessoa do mesmo sexo<sup>105</sup>.

Além disso, é importante ressaltar que as gerações de afrodescendentes e povos indígenas fizeram parte da construção da sociedade mexicana e foram alvos constantes de violência e discriminação<sup>106</sup>. Atualmente, esses grupos estão dispersos por todo território, mas a maioria vive em áreas rurais onde os serviços de educação e saúde são insuficientes, sofrendo com um alto grau de marginalização e atraso social. Nessa perspectiva, o Comitê para Eliminação de Discriminação Racial das Nações Unidas observou em relatório produzido em setembro de 2019 que “a discriminação racial estrutural e histórica contra os povos indígenas e a população mexicana de ascendência africana continua profundamente enraizada e é um obstáculo à construção de uma sociedade multicultural baseada na igualdade e na justiça”<sup>107</sup>. De fato, existem variadas razões para esse cenário, mas o baixo acesso à justiça dos grupos minoritários, a impunidade dos ofensores e o descaso e a banalização da violência pelo poder público são constantemente percebidos na sociedade mexicana<sup>108</sup>.

### 3.5.2 Modelo jurídico

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 prevê a proibição de discriminação no item 5 de seu artigo 1º<sup>109</sup> e a liberdade de expressão no artigo

<sup>105</sup> INEGI. **Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS)**, [S.l.]: INEGI, 2017.

<sup>106</sup> Sobre o tema, cf. GUERREROS, A. C.; IZQUIERDO, J. G.; PINEDA, F. *Racist discourse in Mexico*. In: DIJK, Teun A. van (Ed.). **Racism and Discourse in Latin America**. New York: Lexington Books, 2009, p. 217-258; DIJK, Teun A. van. **Racism and discourse in Spain and Latin America**. Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2005, p. 99-110.

<sup>107</sup> COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION (CERD). **Concluding observations on the combined eighteenth to twenty-first periodic reports of Mexico**, [S.l.], 19 de set. de 2019, p. 3.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 3-6.

<sup>109</sup> Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917, Art. 1º. “É proibida qualquer discriminação baseada na origem étnica ou nacional, sexo, idade, deficiência, condição social, condições de saúde, religião, opiniões, preferências sexuais, estado civil ou qualquer outra que viole a dignidade humana e vise anular ou prejudicar os direitos e liberdades dos indivíduos”.

6º, dispositivo que também prevê as limitações ao direito:

Art. 6º. A manifestação das ideias não será objeto de inquirição judicial ou administrativa, exceto no caso de um ataque à moral, à privacidade ou ao dano de terceiros, provocar qualquer ofensa ou perturbar a ordem pública; o direito de resposta será garantido nos termos da lei. O direito à informação será garantido pelo Estado.

Todos têm o direito de livre acesso a informações plurais e oportunas, bem como de buscar, receber e disseminar informações e ideias de todos os tipos, por qualquer meio de expressão.

O Estado garantirá o direito de acesso às tecnologias de informação e comunicação, bem como aos serviços de transmissão e telecomunicações, incluindo banda larga e internet. Para tais fins, o Estado estabelecerá condições de concorrência efetiva na prestação desses serviços.

Em 2003, foi promulgada a Lei Federal para Prevenir e Eliminar a Discriminação, com o intuito de regulamentar o art. 1(5) da Constituição. Destacamos o artigo 9º da lei, que afirma que se deve interpretar discriminação como a promoção do ódio e da violência através dos meios de comunicação, bem como o incitamento ao ódio, violência, rejeição, zombaria, insulto, perseguição ou exclusão. Além disso, essa lei deu origem ao Conselho Nacional de Prevenção à Discriminação (CONAPRED).

O Código Penal Federal, por sua vez, tipifica o crime de discriminação, mas não criminaliza o discurso de ódio de forma expressa:

Artigo 149. Uma penalidade de um a três anos de prisão ou cento e cinquenta a trezentos dias de trabalho será aplicada em favor da comunidade e até duzentos dias de multa a que, por razões de origem ou associação étnica ou nacional, raça, cor da pele, idioma, sexo, sexo, preferência sexual, idade, estado civil, origem nacional ou social, status econômico ou social, condição de saúde, gravidez, opiniões políticas ou qualquer outro tipo que ameace a dignidade humana ou anule ou prejudique os direitos e liberdades das pessoas, realizando um dos seguintes comportamentos: I. Negar a uma pessoa um serviço ou benefício a que tem direito; II Negar ou restringir os direitos trabalhistas, principalmente por causa de gênero ou gravidez; ou limitar um serviço de saúde, principalmente às mulheres em relação à gravidez; III Negar ou restringir direitos educacionais.

No plano estadual, todos os 32 estados mexicanos possuem leis antidiscriminatórias; em 29 entidades federativas há a tipificação criminal de condutas relacionadas à discriminação nos códigos penais estatais ou outra legislação penal acessória; e em 27 constituições

locais existem cláusulas antidiscriminatórias.

No país, há uma preocupação significativa com o combate à discriminação dos povos indígenas, de modo que além da extensa legislação dedicada exclusivamente à sua proteção, o artigo 2º da Constituição estabelece o dever para os estados de promoção da igualdade de oportunidades e eliminação de práticas discriminatórias. Nesse viés, algumas políticas públicas têm sido concebidas com a finalidade de diminuir as desigualdades existentes, como a criação do Instituto Nacional dos Povos Indígenas em 2018 e o Programa Nacional dos Povos Indígenas 2018-2024.

Em relação às políticas públicas adotadas em favor das minorias em geral, o Governo da República através do CONAPRED teve a iniciativa de criar algumas ações importantes, como as Salas de Paz, que reúnem organizações da sociedade civil, funcionários públicos, influenciadores, entre outros, com o objetivo de construir uma contranarrativa para discursos discriminatórios por meio de comentários sobre um tópico específico nas redes sociais, de modo a demonstrar que discursos de ódio podem ser substituídos por mensagens de paz; a criação do programa de educação a distância *Conéctate*, entre dezembro de 2012 e dezembro de 2017, em que foram ministrados programas educacionais sobre o direito à igualdade e à não discriminação; a criação de uma plataforma especializada em informações sobre discriminação que fornece estatísticas e estudos acerca da matéria; e a elaboração do Programa Nacional de Igualdade e Não Discriminação (PRONADI), que estabelece linhas de ação para cada instituição pública do Executivo Federal, a fim de revisar, incorporar e adaptar seus regulamentos e práticas para incorporar progressivamente a cultura antidiscriminatória e realizar ações para garantir direitos em condição de igualdade e não discriminação.

Todavia, apesar dos esforços do CONAPRED e de outras medidas alternativas adotadas por alguns estados da federação, como o Programa para Prevenir e Eliminar a Discriminação na Cidade do México (PAPEP), a discriminação persiste com estatísticas altamente elevadas.

### 3.5.3 Jurisprudência

A jurisprudência mexicana sobre discurso de ódio é escassa. Muitos dos casos que tratam de liberdade

de expressão estão ligados a questões clássicas, como a proibição de censura prévia, restrições indiretas e conflitos com o direito à honra. A única decisão mais próxima do objeto deste estudo envolve danos decorrentes da utilização de linguagem homofóbica, ou seja, uma manifestação que contribui para a manutenção do cenário discriminatório contra minorias, mas não trata, necessariamente, de discurso de ódio, que sequer foi mencionado pela Corte.

O caso, decidido em 2013<sup>110</sup>, surge de um processo de responsabilidade civil entre diretores de dois meios de comunicação em Puebla pelo suposto dano moral que um deles teria causado ao outro por conta de declarações feitas em uma coluna de jornal. O réu teria criticado o autor em uma coluna dizendo que este estava tentando “proteger sua imagem pública suja com meios falhos como colunas antigas, livros pagos, escritores pagos e colonistas bichas (...) tudo o que um colonista não deveria ser: bajulador, inútil e bicha (*puñal*)”. A Suprema Corte de Justiça da Nação do México decidiu que esses insultos homofóbicos não são legalmente protegidos na constituição do país como liberdade de expressão, sustentando que, por mais que sejam expressões profundamente arraigadas na sociedade mexicana, as práticas da maioria da sociedade não podem validar violações à carta constitucional.

### 3.5.4 Análise crítica

Como se viu, os dados indicam alto grau de discriminação na sociedade mexicana, mas a Corte Constitucional não costuma analisar casos ligados a discursos de ódio. O tratamento do tema no país, assim, é predominantemente regulatório e alternativo, pois focado em políticas públicas. A única decisão apresentada, ligada a discursos homofóbicos, coopera para enfraquecer a ideia de proteção da liberdade de expressão em qualquer circunstância. É importante notar, no entanto, que no caso não houve instigação ao ódio, o que justifica a não referência a discurso de ódio.

Francisca Pou Giménez, professora de direito constitucional no Instituto Tecnológico Autônomo do México, reconhece a relevância da decisão para o debate sobre liberdade de expressão e não discriminação, mas

<sup>110</sup> Trata-se do ADR - Amparo Direto em Revisión 2806/2012, decidido em 2013 pela Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

pondera que um dos critérios utilizados pela Corte pode ter efeito excessivamente restritivo à manifestação de pensamento<sup>111</sup>. A Corte deu ênfase a duas regras principais para definir quando uma expressão constitui um ataque não protegido, a saber, quando a) é ofensiva e vexatória e b) não é relevante, isto é, não é necessária e pertinente para expressar as ideias do indivíduo. Nessa perspectiva, Giménez sustenta que avaliar uma declaração seguindo o critério da pertinência pode conduzir a reconstruções arbitrárias do objetivo ou valor do discurso.

De fato, essa possibilidade, que pode configurar censura com base em critérios subjetivos, deveria ter sido analisada pela Corte. No entanto, não se pode deixar de observar a importância da decisão no que tange à proteção das minorias discriminadas. Em um país como o México, com acesso altamente desigual à justiça, os litígios que chegam aos tribunais acabam por deixar muitas questões intocadas. O caso incorpora ideias substantivas pouco exploradas e particularmente relevantes no contexto sociocultural do país, além de oferecer uma oportunidade para que a análise do uso da liberdade de expressão seja aprofundada.

#### 4 Desafios e caminhos possíveis do tratamento do discurso de ódio no sul global

É comum que os trabalhos de direito comparado adotem a metodologia funcionalista com o objetivo de encontrar a melhor solução sob o ângulo normativo para o problema em análise. Essa abordagem, contudo, parte da questionável premissa de que todos os países apresentam as mesmas dificuldades. É inegável que há questões similares enfrentadas por diferentes estados, mas é preciso levar em consideração aspectos contextuais que exigem enfoques específicos de acordo com a conjuntura. Foi possível verificar a aplicação desse argumento a partir dos países analisados neste estudo, pois, como se constatou, ainda que alguns apresentem a mesma base classificatória, têm aspectos únicos e diferenciadores no tratamento do discurso de ódio – o

que atinge desde facetas basilares da questão, como sua conceituação, até o fato de que os padrões dos discursos proferidos são distintos devido a construções socioculturais particulares.

Se isso é verdade entre países que integram o Sul Global, se verifica com ainda mais força quando estes são comparados com países do Norte Global, como Estados Unidos e países europeus. É comum que doutrina e jurisprudência analisem nossos problemas como se fossem os mesmos enfrentados por países desenvolvidos e por democracias estabelecidas há mais tempo e, assim, repliquem a solução por eles adotada, ignorando nossas particularidades. Contudo, a existência de diferenças de países do Sul entre si não impede que seja feita uma comparação, já que eles possuem realidades similares. Afinal, nossa análise e a própria definição da ideia de Sul Global partem de um ponto comum: tratam-se de países periféricos, em desenvolvimento e com desigualdades profundas e multidimensionais. A comparação restrita a eles, assim, mostra-se frutífera, pois existe considerável semelhança, o que permite uma interlocução mais natural das ideias constitucionais.

Nesses países, poucas são as pessoas com acesso à justiça e, em geral, as classes sociais menos favorecidas economicamente e os grupos vulneráveis e minoritários sob a ótica política são os que mais sofrem com essa realidade. A extrema desigualdade socioeconômica “causa a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados, minando a imparcialidade da lei”<sup>112</sup>. Com isso, o estado de direito fica enfraquecido, e o sistema que deveria tomar a proteção e a garantia dos direitos fundamentais como seu ponto de partida e ponto de chegada<sup>113</sup>, acaba por violá-los.

Apesar disso, cada país tem lidado à sua maneira com o discurso de ódio. Não consideramos razoável afirmar que há um modelo ideal no combate à discriminação e no tratamento dessas manifestações: cada sociedade tem erros e acertos em diferentes campos e as soluções

<sup>111</sup> POU GIMÉNEZ, Francisca. Libertad de expresión y discurso homofóbico en México: ¿Es correcta la teoría constitucional de la Suprema Corte? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 47, n. 140, p. 585-616, maio/ago. 2014.

<sup>112</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 6, ano 4, p. 42, 2007.

<sup>113</sup> Ponto de partida pois os direitos fundamentais devem ser a fundamentação do Estado. Ponto de chegada pois a promoção e efetivação desses direitos deve ser sempre o objetivo estatal. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 16-17.

devem ser adaptadas de acordo com as particularidades locais, de modo que não é possível eleger um modelo como solução universal a ser seguida pelos demais. Contudo, no contexto político em que as palavras são esvaziadas de seu sentido original e as manifestações de ódio e violência são banalizadas<sup>114</sup> – o que se soma ao desigual acesso à justiça, ao baixo número de denúncias e ao seu desestímulo –, é válido discutir as medidas que têm se mostrado efetivas.

Por exemplo, na Índia, como visto, existem apenas proibições abstratas, com vasta legislação vedando o incitamento ao ódio, mas os dados mostram que as manifestações discriminatórias aumentaram na última década. De outro lado, o México tem uma série de políticas públicas com o intuito de educar a população para a não discriminação, mas as pesquisas ainda apontam um cenário social de intolerância e a impermeabilidade da Corte para as minorias vulneráveis.

De qualquer modo, podemos notar que os modelos que conjugam medidas repressivas com medidas alternativas tendem a demonstrar maior sucesso. Nessa perspectiva, destaca-se o uso de comissões nacionais de prevenção à discriminação com atuação voltada para criação de planos de combate a essas condutas; estímulo de propagandas comunicativas para construção de uma cultura pluralista e não discriminatória; estudos relatando as estatísticas e causas dos crimes de ódio; cortes de igualdade, isto é, cortes especializadas para conflitos relacionados às minorias; observatórios de rádio, televisão e internet voltados para análise de produção de conteúdo discriminatório e elaboração de recomendações, entre outras possibilidades. As respostas às manifestações de ódio devem estabelecer um diálogo positivo não apenas com as vítimas, mas também com os próprios ofensores.

Nesse sentido, é interessante observar a abordagem de Martha Minow<sup>115</sup>, que pode ser aplicada ao discurso

de ódio. A autora parte da constatação de que vivemos a época de maior encarceramento na história da humanidade e que estamos na era do ressentimento, intensificada por acontecimentos como a crise financeira de 2008 e as divisões sociais derivadas de desigualdades. Assim, defende a adoção, pelo Direito, de medidas alternativas ao punitivismo, voltadas para a concessão de perdão no plano social. Não se trata de pressionar vítima e agressor ao entendimento comum e ao reconhecimento de perdão, mas criar espaços de diálogos para que possam existir conversas de justiça restaurativa. Isso não significa ignorar o que aconteceu, mas respeitar o devido processo legal, bem como adotar técnicas de atribuição de responsabilidade e afins.

A previsão dessas medidas alternativas de combate ao discurso de ódio tende a criar um ambiente de diálogo e desenvolvimento de um pacto coletivo de valorização do pluralismo e da não discriminação. Todas essas medidas devem ser conjugadas com um trabalho de promoção da deliberação democrática e do acesso à justiça e aos canais públicos de solução de conflitos. Assim, da mesma forma que se assegura a proteção da liberdade de expressão e evita-se sua supressão, também se impede a violação da dignidade humana e dos direitos fundamentais dos grupos alvo, tradicionalmente marginalizados.

## 5 Considerações finais

O presente estudo buscou realizar uma análise comparada sobre o tratamento do discurso de ódio em cinco países do Sul Global. Por serem países com histórias e realidades semelhantes, o cotejo entre seus ordenamentos e suas experiências se mostra mais frutífero do que os exames tradicionalmente feitos, que comparam países do Sul com os do Norte Global. Como visto, o tratamento varia entre os modelos repressivos e alternativos. No primeiro caso temos Colômbia e Índia. No segundo, África do Sul, Argentina e México. Os modelos alternativos, que conjugam proibições abstratas do discurso de ódio com políticas públicas de conscientização e combate de práticas discriminatórias, se mostram mais efetivos. Em um contexto de assimetria no acesso à justiça, intenso histórico de discriminação, desrespei-

<sup>114</sup> Sobre a ideia de banalização do mal, cf. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal.** Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

<sup>115</sup> Cf. o livro da autora (MINOW, Martha. **When should law forgive?** New York: W. W. Norton & Company, 2019), a esclarecedora entrevista concedida ao jornal *The New Yorker* (CHOTINER, Isaac. **The Laws of Forgiveness. The New Yorker**, nov. 2019. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/news/q-and-a/the-laws-of-forgiveness>>. Acesso em: 20 dez. 2020), e o debate feito na Universidade de Harvard (NEAL, Jeff. **Forgiveness in an age of 'justified resentments'.** *Harvard Law Today*, nov. 2019. Disponível em:

<<https://today.law.harvard.edu/forgiveness-in-an-age-of-justified-resentments>>. Acesso em: 20 dez. 2020).

to aos direitos fundamentais e desigualdades políticas e socioeconômicas, é importante, para além da proibição penal de práticas que contrariem a Constituição, criar um ambiente de diálogo e ampliar o acordo social de respeito à diversidade. Concomitantemente, é essencial expandir o acesso à justiça e os canais públicos de solução de conflitos.

## Referências

- AMERSFOORT, Hans van. 'Minority' as a sociological concept. **Ethnic and Racial Studies**, v. 1, n. 2, p. 218-234, 1978.
- ANDERSON, Judith M. A million little ways: racism and everyday performances of blackness in Buenos Aires. **African and Black Diaspora: An International Journal**, v. 7, n. 2, p. 165-176, 2014.
- ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das letras, 1999.
- ARTICLE 19. **Responding to 'hate speech': Comparative overview of six EU countries**. London: Article 19, 2018.
- ATTAQUES CONTRE DES lieux de culte: le chef de l'ONU appelle à lutter contre l'intolérance et la haine. **ONU Info**, abr. 2019. Disponível em: <<https://news.un.org/fr/story/2019/04/1042221>>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- BELAVUSAU, Uladzislau. Hate Speech. In: **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]**, 2017. Disponível em: <<https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e130?prd=MPECCOL>>. Acesso em: 07 jan. 2020.
- BERTONI, Eduardo. Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas. **OHCHR**, [s.d.]. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- BOBBIO, Norberto. A natureza do preconceito. In: \_\_\_\_\_. **Elogio da serenidade: e outros escritos morais**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 103-118.
- BOROOAH, Vani K. Caste, Inequality, and Poverty in India. **Review of Development Economics**, v. 9, n. 3, p. 399-414, 2005.
- BOSCH, Tanja. Twitter activism and youth in South Africa: the case of #RhodesMustFall. **Information, Communication & Society**, v. 20, n. 2, p. 1-12, 2016.
- CASTELLS, Manuel. **Rupture: the crisis of liberal democracy**. Cambridge, UK: Polity Press, 2018.
- CASTILLO, S. S.; ABRIL, N. G. P. Discourse and racism in Colombia: five centuries of invisibility and exclusion. In: DIJK, Teun A. van (Ed.). **Racism and Discourse in Latin America**. New York: Lexington Books, 2009, p. 131-170.
- CHOTINER, Isaac. The Laws of Forgiveness. **The New Yorker**, nov. 2019. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/news/q-and-a/the-laws-of-forgiveness>>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- CHOUDHRY, Sujit (Ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. **Panorama Social de América Latina**. Santiago: Naciones Unidas, 2019.
- COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION (CERD). **Concluding observations on the combined eighteenth to twenty-first periodic reports of Mexico**, [S.l.], 19 de set. de 2019.
- COURTIS, Corina et al. Racism and discourse: a portrait of the argentine situation. In: DIJK, Teun A. van (Ed.). **Racism and Discourse in Latin America**. New York: Lexington Books, 2009, p. 13-56.
- DANE – Información para todos. **Boletín técnico de pobreza monetária na Colômbia 2018**. Bogotá, maio 2019.
- DANIYAL, Shoaib. In-depth: How a Facebook post broke the decades-long communal peace of a West Bengal town. **Scroll.in**, jul. 2017. Disponível em: <<https://scroll.in/article/843692/in-depth-how-a-facebook-post-broke-the-decades-long-communal-peace-of-a-west-bengal-town>>. Acesso em: 03 nov. 2019.
- DESHPANDE, Ashwini. **The Grammar of Caste: Economic discrimination in contemporary India**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- DEVOTO, Fernando. **Historia de la Inmigración en**

- Argentina.** Buenos Aires: Sudamericana, 2002.
- DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession. **Journal of Democracy**, Washington, v. 26, n.1, p. 141-155, jan. 2015.
- DIJK, Teun A. van. **Racism and discourse in Spain and Latin America.** Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2005.
- DUBOW, Saul. **Apartheid, 1948-1994.** Oxford: Oxford University Press, 2014.
- DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Eds.). **Extreme Speech and Democracy.** New York: Oxford University Press, 2009, p. v-ix.
- EMBREE, Ainslie T. **Utopias in conflict: religion and nationalism in modern India.** Berkeley: University of California Press, 2018.
- FEINSTEIN, Charles H. **An Economic History of South Africa.** Conquest, discrimination and development. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- FRANKENBERG, Günter (Ed.). **Order from transfer: comparative constitutional design and legal culture.** Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2013.
- FRANKENBERG, Günter. Constitutional transfer: the IKEA theory revisited. **I-CON**, v. 8, n. 3, p. 563-579, 2010.
- FREIRE, Alonso Reis Siqueira. **A comparação no direito constitucional: metodologias, abordagens, tipos de pesquisa e princípios de inferência orientada para pesquisas *small-n*.** 2014. 52f. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, mimeo.
- FUZIGER, Rodrigo. Margeando o Estige: o direito penal e a limitação dos crimes de ódio relacionados à religião. **Revista General de Derecho Penal**, Madrid, v. 19, p. 1-22, 2013.
- G1. Ataques a duas mesquitas deixam 50 mortos na Nova Zelândia. **G1**, mar. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/03/14/policia-e-acionada-apos-relatos-de-tiros-em-mesquita-na-nova-zelandia.ghtml>><https://g1.globo.com/google/amp/mundo/noticia/2019/03/14/policia-e-acionada-apos-relatos-de-tiros-em-mesquita-na-nova-zelandia.ghtml>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- GRIMSON, Alejandro; KESSLER, Gabriel. **On Argentina and the Southern Cone: Neoliberalism and National Imaginations.** New York; London: Routledge, 2005.
- GUERREROS, A. C.; IZQUIERDO, J. G.; PINEDA, F. Racist discourse in Mexico. In: DIJK, Teun A. van (Ed.). **Racism and Discourse in Latin America.** New York: Lexington Books, 2009, p. 217-258.
- HERNÁNDEZ, Tanya Katerí. **Subordinação racial no Brasil e na América Latina: o papel do Estado, o Direito Costumeiro e a Nova Resposta dos Direitos Cívicos.** Trad. de Arivaldo Santos de Souza e Luciana Carvalho Fonseca. Salvador: EDUFBA, 2017.
- HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law.** Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the independent expert on minority issues, Gay McDougall: Mission to Colombia.** [S.l.], jan. 2011.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance.** A/HRC/38/52. [s.l.], abr. 2018. Disponível em: <[https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/117/79/PDF/G1811779.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/117/79/PDF/G1811779.pdf?OpenElement)>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- HUMAN RIGHTS WATCH. **Violent Cow Protection in India: Vigilante Groups Attack Minorities.** [S.l.]: Human Rights Watch, 2019.
- INEGI. **Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS),** [S.l.]: INEGI, 2017.
- ISAACK, Wendy. South African Move on Hate Speech a Step Too Far. **Human Rights Watch**, fev. 2017. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2017/02/21/south-african-move-hate-speech-step-too-far>>. Acesso em: 02 jun. 2020.
- JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). **The Oxford Handbook of Constitution-**

- nal Comparative Law.** Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KILLIAN, L. M. What or who is a “minority”? **Michigan Sociological Review**, v. 10, p. 18-31, 1996.
- KIRCHNER, Stefan. Outlawing hate speech in democratic States: the case against the inherent limitations doctrine concerning Article 10 (1) of the European Convention on Human Rights. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 415-423, 2015.
- KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **A Liberdade de Expressão e o Discurso de Incitação ao ódio (Hate Speech)**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.
- KOMMERS, Donald P. The Value of Comparative Constitutional Law. **John Marshall Journal of Practice and Procedure**, Chicago, v. 9, p. 685-695, 1976.
- LANZA, André Luiz; LAMOUNIER, Maria Lucia. A América Latina como Destino dos Imigrantes: Brasil e Argentina (1870-1930). **Cadernos Prolam/USP**, v. 14, n. 26, p. 90-107, 2015.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How democracies die**. New York: Crown, 2018.
- LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought That We Hate: a Biography of the First Amendment**. New York: Basic Books, 2008.
- LUTTE CONTRE LA haine, la discrimination, le racismisme et l'antisémitisme. **Ministère de L'Intérieur**, feb. 2019. Disponível em: <<https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/Communiqués/Lutte-contre-la-haine-la-discrimination-le-racisme-et-l-antisemitisme>>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MACHADO, Natália Paes Leme. A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e o julgamento da ADPF 130. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 280-296, 2013.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, p. 263-285, 2016.
- MINOW, Martha. **When should law forgive?** New York: W. W. Norton & Company, 2019.
- MORIN, E. **Para um pensamento do sul**. In: Para um pensamento do sul: diálogos com Edgar Morin. Rio de Janeiro: SESC, Dep. Nacional, 2011, p. 8-21.
- NACIONES UNIDAS. **Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia durante el año 2018 (A/HRC/40/3/Add.3)**. 2019. Disponível em: <<https://www.hchr.org.co/index.php/informes-y-documentos/informes-anales/9017-informe-del-alto-comisionado-de-las-naciones-unidas-para-los-derechos-humanos-sobre-la-situacion-de-derechos-humanos-en-colombia-durante-el-ano-2018>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- NEAL, Jeff. Forgiveness in an age of ‘justified resentments’. **Harvard Law Today**, nov. 2019. Disponível em: <<https://today.law.harvard.edu/forgiveness-in-an-age-of-justified-resentments/>>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- NORDLING, Linda. Racism rife at top South African university, says report. **Nature**, abr. 2019. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/d41586-019-01129-2>>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado Social e Democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 1987.
- OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. 4. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2019.
- PEOPLE DON'T UNDERSTAND freedom of speech: Gareth Cliff. **Businessstech**, 30 jan. 2016. Disponível em: <<https://businessstech.co.za/news/media/110791/people-dont-understand-freedom-of-speech-gareth-cliff/>>. Acesso em: 03 nov. 2019.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Classificação indicativa e vinculação de horários na programação de TV: a força das imagens e o poder das palavras. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 20, p. 169-197, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- PEREIRA, Néli. Redes sociais validam o ódio das pessoas, diz picanalista. **BBC Brasil**, São Paulo, 10 de

jan. de 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38563773>><https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38563773>. Acesso em: 03 de set. de 2019.

PIZARRO, Jorge Martínez (Ed.). **América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo**. Santiago de Chile: CEPAL, 2008.

POU GIMÉNEZ, Francisca. Libertad de expresión y discurso homofóbico en México: ¿Es correcta la teoría constitucional de la Suprema Corte? **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 47, n. 140, p. 585-616, maio/ago. 2014.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; SIERRA, T. A.; ADARVE, I. C. (Coords.). **Racial Discrimination and Human Rights in Colombia: A Report on the Situation of the Rights of Afro-Colombians**. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2008.

ROSA, Marcelo. Sociologias do Sul: ensaio bibliográfico sobre limites e perspectivas de um campo emergente. **Civitas: Revista das Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 43-65, jan./abr. 2014.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. **Cardozo Law School**, working paper series n. 41, p. 4, 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939)>. Acesso em: 8 jan. 2020.

RUNCIMAN, David. **How Democracy Ends**. Nova York: Basic Books, 2018.

SALDANHA, Alison. 2017: A year of hate crimes in India: Number of violent incidents related to cows, religion is rising. **Firstpost**, 28 de dez. de 2017. Disponível em: <<https://www.firstpost.com/india/2017-a-year-of-hate-crimes-in-india-number-of-violent-incidents-related-to-cows-religion-is-rising-4278751.html>><https://www.firstpost.com/india/2017-a-year-of-hate-crimes-in-india-number-of-violent-incidents-related-to-cows-religion-is-rising-4278751.html>. Acesso em: 06 de set. de 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 79, p. 71-94, nov. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Introdução. In: \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (Orgs.). **Episte-**

**mologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do 'Hate Speech'. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 53-106, out./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007.

SCHAUER, Frederick. **Free speech: a philosophical enquiry**. New York: Cambridge University Press, 1982.

SEEKINGS, Jeremy. The continuing salience of race: Discrimination and diversity in South Africa. **Journal of Contemporary African Studies**, v. 26, n. 1, p. 1-25, jan. 2008.

SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SORAL, Wiktor; BILEWICZ, Michał; Winiewski, Mikołaj. Exposure to hate speech increases prejudice through desensitization. **Aggressive Behavior**, p 1-11, 2017.

STANDARD BANK'S CHRIS Hart resigns after racist Twitter row. **News24**, Cidade do Cabo, mar. 2016. Disponível em: <<https://www.news24.com/SouthAfrica/News/standard-banks-chris-hart-resigns-after-racist-twitter-row-20160314>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. **#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, p. 17-47, abr./jun. 2009.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. **Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance on his mission to Argentina**, [S.l.], abr. 2017. Disponível em: <[https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/35/41/Add.1](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/35/41/Add.1)>. Acesso em: 02 nov. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n 6, ano 4, p. 28-51, 2007.

VOS, Pierre De. Hate speech Bill could be used to silence

free speech. **Daily Maverick**, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.dailymaverick.co.za/opinionista/2019-02-26-hate-speech-bill-could-be-used-to-silence-free-speech/>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012.

WIRTH, Louis. The problem of minority groups. In: LINTON, R. (Ed.). **The science of man in the world crisis**. New York: Columbia University Press, p. 347–372.

YADAV, Anandita. Countering Hate Speech In India: Looking For Answers Beyond The Law. **ILI Law Review**, Nova Delhi, v. II, n. 6, Winter Issue 2018.

## Agradecimentos

Agradecemos à FAPERJ pelo financiamento que contribuiu para o desenvolvimento desta pesquisa.

**PARTE II**  
**OUTROS TEMAS**

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**La otra cara de la moneda:**  
protección constitucional de la  
empresa, el emprendimiento y  
la libre competencia en Chile y  
Colombia

**The other side of the coin:**  
constitutional protection of the  
company, entrepreneurship and  
free competition in Chile and  
Colombia

Juan Pablo Díaz Fuenzalida

Juan Sebastián Villamil Rodríguez

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# La otra cara de la moneda: protección constitucional de la empresa, el emprendimiento y la libre competencia en Chile y Colombia\*

## The other side of the coin: constitutional protection of the company, entrepreneurship and free competition in Chile and Colombia

Juan Pablo Díaz Fuenzalida\*\*

Juan Sebastián Villamil Rodríguez\*\*\*

\* Recibido em 12/12/2019  
Aprovado em 19/04/2020

\*\* Doctor en Derecho, Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, ambos por la Universidad Autónoma de Madrid; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Magíster en Docencia Universitaria, ambos por la Universidad Autónoma de Chile; abogado, título otorgado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile; Profesor Investigador en estancia post-doctoral en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, gracias a una beca de la Asociación Universitaria Iberoamericana de Postgrado (AUIP); becario para cursar programa para Jóvenes Líderes Iberoamericanos por la Fundación Carolina de España. Es Investigador responsable del proyecto Fondecyt de Postdoctorado 2020 (N° 3200477) titulado: “Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH): Evaluación de sus 10 años de protección y promoción de los derechos humanos en los tribunales de justicia en Chile”; Profesor de Derecho Constitucional adscrito al Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile y profesor del programa Teaching in Chile de la misma casa de estudios; Editor alterno de la Revista Justicia y Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Filiación institucional Universidad Autónoma de Chile.

Correo electrónico: [juanpablo.diaz@uautonoma.cl](mailto:juanpablo.diaz@uautonoma.cl) / [jpdiazfuenzalida@gmail.com](mailto:jpdiazfuenzalida@gmail.com)

\*\*\* Abogado, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia; Máster en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Universidad de Castilla la Mancha, España; Especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana Universidad Javeriana, Colombia, y, Doctorando en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesor de Derecho Constitucional, filiación institucional, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Colombia.

Correo de contacto: [juan.villamil@predoc.uam.es](mailto:juan.villamil@predoc.uam.es)

### Resumen

El presente trabajo estudia la protección constitucional de la empresa, el emprendimiento y la libre competencia en Chile y Colombia. Para lograr aquello, se realiza un estudio en derecho comparando ambos países, en que se analizan las acciones o recursos constitucionales de los que pueden ser sujetos activos legitimados los emprendedores y cómo se relaciona con la libre competencia. Considera en su desarrollo doctrina jurídica, análisis de normativa y de jurisprudencia relevante. Destaca entre las conclusiones que en ambos sistemas estudiados al emprendimiento o, inclusive, a las empresas, se les reconozca una serie de derechos y libertades fundamentales, y, además, ser sujetos activos legitimados de una serie de acciones y recursos constitucionales. No obstante, y, al mismo tiempo, la actividad económica debe estar en armonía con los derechos humanos de los demás en una faceta que reconoce no solo los derechos sino las obligaciones de la empresa en el marco del Estado constitucional. De ahí lo de las dos caras de la moneda, derecho fundamental de emprender, pero respetando los derechos fundamentales de los demás. Y, como perspectivas de futuro, elevar el emprendimiento, de libertad a un derecho justiciable, especialmente cuando este sea una actividad de subsistencia, en el que la libre competencia también tiene un rol de garantía para la función de la propiedad.

**Palabras clave:** Emprendimiento. Empresa. Libre competencia. Recurso de protección. Acción de tutela. Recurso de amparo.

### Resumo

Este trabalho estuda a proteção constitucional da empresa, o empreendedorismo e a livre concorrência no Chile e na Colômbia. Para tanto, foi realizado um estudo jurídico que compara os dois países, nos quais são analisadas as ações ou recursos constitucionais dos quais os empresários podem ser legitimados como sujeitos ativos, esta parte sendo relacionada à livre concorrência no estudo. Em seu desenvolvimento, considera-se a doutrina jurídica, a

análise de regulamentos e jurisprudência relevante. Destaca-se entre as conclusões que em ambos os sistemas estudados empreendedorismo ou mesmo empresas, são reconhecidos uma série de direitos e liberdades fundamentais, além de serem sujeitos ativos legitimados de uma série de ações e recursos constitucionais. No entanto, e ao mesmo tempo, a atividade econômica deve estar em harmonia com os direitos humanos de terceiros, em uma faceta que reconheça não apenas os direitos, mas também as obrigações da empresa no âmbito do Estado constitucional. Daí os dois lados da moeda, um direito fundamental de empreender, mas respeitando os direitos fundamentais dos outros. E, como perspectivas para o futuro, elevar o empreendedorismo, da liberdade a um direito justificável, especialmente quando se trata de uma atividade de subsistência, na qual a livre concorrência também tem um papel de garantia para a função da propriedade.

**Palavras-chave:** Empreendedorismo; empresa; livre concorrência; recurso de proteção; ação de tutela; recurso de amparo

## Abstract

This paper studies the constitutional protection of business, entrepreneurship, and free competition in Chile and Colombia. The research provides with a review of law of both countries, analyzing the actions and constitutional resources in which entrepreneurs can be legitimate active subjects, as well as the constitutional approach to free competition. Consider its development in the legal doctrine, research of regulations, and relevant jurisprudence. Among the conclusions, it stands out that in both States entrepreneurship or even companies possess a series of fundamental rights and freedoms that legitimize their relation to the state and other subjects of the law. Due to this, companies are not only strictly accountable in terms of their human rights obligations but hold certain prerogatives that concede them a protection in a market where they co-exist with the State and larger corporations. Hence, both sides of this matter include, on the one hand, the obligations that corporations have regarding human rights and, on the other hand, a series of constitutional actions and remedies that elevate entrepreneurship to a justiciable right that protects small-scale entrepreneurship, due to the high social importance of small scale business for the

materialization of the social functions of property.

**Keywords:** Entrepreneurship. Company. Free competition. Protection remedy. Guardianship action. Amparo appeal.

## 1 Introducción: derecho constitucional de la empresa, del emprendimiento y a libre competencia ¿Será justiciable?

El lenguaje de derecho constitucional y empresa habitualmente refiere al potencial lesivo que tienen las corporaciones sobre los derechos fundamentales de las personas naturales<sup>1</sup>. Dentro de este género, se han enunciado por ejemplo: la conducta empresarial y su responsabilidad<sup>2</sup>; las violaciones que pueden sufrir los trabajadores de las empresas<sup>3</sup>, enfocándose inclusive en casos relevantes de grandes industrias de confección de ropa<sup>4</sup> o de problemas en las cadenas de producción transnacional contrarias a los derechos humanos<sup>5</sup>; o, en relación con el medio ambiente<sup>6</sup>, por ejemplo, con las

<sup>1</sup> Véase sobre los principios guía sobre empresa y derechos humanos: VILMONDES TURKE, Mariana Aparecida. Business and human rights in Brazil: exploring human rights due diligence and operational-level grievance mechanisms in the case of Kinross Paracatu gold mine. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 223-241, 2019.

<sup>2</sup> JOS, Justin. Access to remedies and the emerging ethical dilemmas: changing contours within the business-human rights debate. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 117-128, 2018.

<sup>3</sup> MATOS, Laura Germano; MATIAS, João Luis Nogueira. Multinacionais *fast fashion* e direitos humanos: em busca de novos padrões de responsabilização. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 254-268, 2018; sobre el potencial que tiene leyes de mercado justo que vinculan a las compañías a prácticas empresariales responsables véase: MENDES Danielle, THAME Denn. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 203-220, 2018.

<sup>4</sup> MATOS, Laura Germano; MATIAS, João Luis Nogueira. Zara, M. Officer, Pernambucanas e Serafina/Collins: o padrão condenatório por condições degradantes da mão de obra em redes contratuais do setor de vestuário. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 111-131, 2019.

<sup>5</sup> Sobre la eventual compatibilidad de ciertas operaciones extractivas de recursos naturales y el sistema inter-Americano véase: DO AMARAL, Junior, PALACIO REVELLO, Viviana. Human rights and extractive industries in Latin America: what responsibility of corporations and their States of origin for human rights violations in the Inter-American Rights System? *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 15, n. 2, pp. 244-252, 2018.

<sup>6</sup> Sobre la relación entre el concepto de empresa, derechos humanos, y medio ambiente véase: AUZ VACA, Juan Gabriel. The environmental law dimensions of an international binding treaty on business and human rights. *Brazilian Journal of International Law*,

problemáticas de responsabilidad respecto de aumento de riesgo en exploración de petróleo en aguas profundas, concretamente complejidades jurisdicción<sup>7</sup>; o, de aquellas buenas prácticas que podrán volverse obligatorias, como los códigos y declaraciones empresariales que tratan sobre derechos humanos<sup>8</sup> y el dialogo entre fuentes nacionales con el llamado control de convencionalidad, para que la actividad económica y empresarial sea sustentable<sup>9</sup>.

Renglón seguido, al escuchar derecho y empresa, se hace un enfoque en las corporaciones en el contexto del derecho comercial, en muchas ocasiones, desde un punto de vista “corporativo”, podríamos llamar, siendo de los últimos: la relevancia de los grupos de empresas en el mercado transnacional<sup>10</sup>; o bien, cómo en el mundo globalizado pueden actuar, a través de lo que se ha llamado meta-derecho que traspasa fronteras<sup>11</sup>; o bien, su regulación a nivel nacional, pero de rango legal, como en casos de eventuales trabas comerciales o protección de la salud ante los nuevos rotules que deben tener algunos alimentos<sup>12</sup>; o, la defensa comercial internacional relacionada con tributos y aranceles en importaciones<sup>13</sup>.

Brasilia, v. 15, n. 2, pp. 152-187, 2018.

<sup>7</sup> VARELA, Marcelo D. A necessidade de repensar os mecanismos de responsabilidade ambiental em caso de riscos de vazamento de petróleo na Zona Econômica Exclusiva do Brasil. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 12, n. 1, p. 240-249, 2015; sobre la relación del sector extractivo y las convenciones regionales de derechos humanos véase: WOODS, Cindy S. Engaging the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights: the Inter-American commission on human rights & extractive sector. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 12, n. 2, pp. 572-588, 2015.

<sup>8</sup> SANTARELLI, Nicolás Carrillo. Declaraciones empresariales “voluntarias” sobre derechos humanos, y la necesidad de una regulación institucional (internacional e interna) externa. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 16, n. 3, p. 21-49, 2019.

<sup>9</sup> GOMEZ, Eduardo Biacchi; MARINOZZI, Julia Colle. O diálogo entre fontes normativas e o controle de convencionalidade: entre o livre comércio e o desenvolvimento econômico e sustentável. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 16, n. 1, p. 186-199, 2019; RUY CARDIA, Ana Cláudia. Reparation of victims in light of a treaty on business and human rights. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 15, n. 2, p. 3-11, 2018.

<sup>10</sup> FERRAZ, Daniel Amin. Grupo de sociedades: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 12, n. 2, pp. 494-510, 2014.

<sup>11</sup> FERRAZ, Daniel Amin. Grupo de sociedades: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 12, n. 2, p. 494-510, 2014.

<sup>12</sup> COBO, Nicolás. Ley de rotulación de alimentos de Chile: ¿Traba comercial o protección de la salud?. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 14, n. 3, p. 260-275, 2017.

<sup>13</sup> OSORIO, Ricardo Serrano; COUTO, Clayton. A defesa comercial e a restrição da liberalização e da integração comercial pelo aumento da alíquota de IPI de veículos importados no Brasil. *Brazilian*

Sin embargo, el presente artículo lo que trata es la otra cara de la moneda del derecho constitucional en esta área, es decir, sobre la presencia constitucional de la empresa, la protección del emprendimiento y la libre competencia, como un ideal de resguardo. No obstante, en este hipótesis preliminar ya se anuncia que es justamente una moneda con dos caras, es decir, afirmamos el derecho de emprender es fundamental, pero a su turno, este tiene limitaciones, que están especialmente relacionadas con su función social<sup>14</sup>, lo que debe conllevar a un mejor disfrute de los derechos humanos.

En tal sentido, el eje central del presente trabajo el “emprendimiento”. Como nos recuerda Rodríguez Ramírez, es un término que deriva del concepto francés de *entrepreneur*, que significa estar listo para tomar decisiones o iniciar algo<sup>15</sup>. En la misma línea está descrita en la Real Academia Española, como aquella acción y efecto de emprender<sup>16</sup>, y, ésta última relativa al acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño, especialmente si encierran dificultad o peligro<sup>17</sup>. Hoy los emprendedores son o deben ser más que agentes de compras de medios de producción. En efecto, Duarte y Ruiz refieren a la concepción de Joseph Shumpeter, profesor de la Universidad de Harvard, hace énfasis a que la función de los emprendedores es reformar el patrón de producción al explotar una invención o de proveer una nueva fuente de insumos, o de reorganizar la industria. Así, se podrá revolucionar el organismo económico y generar prosperidad<sup>18</sup>.

El emprendimiento en América Latina también es relevante para el crecimiento y desarrollo, teniendo características propias que hacen necesarios saberes al respecto. En nuestra región, en un estudio de Sparano

*Journal of International Law*, Brasilia, v. 10, n. 1, p. 86-95, 2013.

<sup>14</sup> PEREZ ÁLVAREZ, María del Pilar. La Función Social de la Propiedad Privada. Su protección jurídica. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, v. 30, n. 2., p. 17-47, 2014.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Alfonso. Nuevas perspectivas para entender el emprendimiento empresarial. *Pensam. gest.*, Colombia, n. 26, p. 94-119, 2009.

<sup>16</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Edición del Tricentenario. Actualización 2018, “emprendimiento”. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=Esj9hsT> Acceso en: 28 jul. 2019.

<sup>17</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Edición del Tricentenario. Actualización 2018, “emprender”. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=Esip2Nv> Acceso en: 28 jul. 2019.

<sup>18</sup> DUARTE, Tito; RUIZ TIBANA, Myriam. Emprendimiento, una opción para el desarrollo. *Scientia Et Technica*, Colombia, v. 15, n. 43, p. 326-331, 2009.

Rada basado en datos del *Global Competitiveness Report*, el emprendimiento se ha expresado en dos tendencias. En efecto, por un lado, se relaciona en la generación de negocios, pero también en estrecha cercanía en aquellas personas que no tienen otra opción, es decir, que lo utilizan para sobrevivir. Así, el 42% de los emprendedores identifican oportunidades de negociaciones, mientras que el 28% lo hacen por necesidad. Y en la misma lógica nos indica que mientras más bajo el producto interno bruto, mayor emprendimiento y viceversa<sup>19</sup>. Así ratifica también Atienza, Luffin y Romaní, en un artículo que sintetiza esta visión titulado “más no siempre es mejor”, añadiendo la idea de “trabajadores por cuenta propia” de “empleadores”<sup>20</sup>. Así, emprendimiento no es solo objeto de grandes industrias, también es un quehacer del ciudadano promedio.

Para el caso particular de Chile, los datos son más que significativos sobre el emprendimiento. En efecto, según el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo<sup>21</sup>, prácticamente la mitad de las empresas se constituyen como personas naturales (49,1%), y, siguiendo las sociedades de responsabilidad limitada (33,4%), siendo las sociedades anónimas relevantes para grandes empresas. Y, que 48,3% son empresas familiares. En tal sentido, las microempresas (48,7%) y las pymes (48,6%) funcionan bajo dicha premisa. Así, se evidencia que el emprendimiento, ya sea por oportunidad o por necesidad, no es una actividad excluyente sólo de los grandes capitales. En tal sentido, merece determinar cómo se comporta el Derecho respecto a estas realidades en Latinoamérica. En una situación similar se encuentra Colombia, por ejemplo, en 2019 se crearon 309.463 siendo las microempresas un 99,6% del total, el 0,37% las pequeñas y solo el 0,03% correspondían a medianas y grandes empresas<sup>22</sup>. En Colombia, el emprendimiento se regula por

la denominada Ley de economía naranja (L. 1834<sup>23</sup>) y por la Ley para el Fomento de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, (L. 590<sup>24</sup>). Ello evidencia que el emprendimiento no es una actividad exclusiva solo de grandes empresas, sino que para estos dos Estados que se toma de ejemplo, es mayoritariamente de los más pequeños, y, por tanto, de los ciudadanos comunes y corrientes.

Así, siendo relevante para los ciudadanos, y, especialmente para aquellos que emprenden por necesidad de subsistencia es menester dar una especial protección a la actividad. En tal sentido, no es suficiente que existan sólo normas jurídicas, también debe haber acciones o recursos judiciales efectivos hacer practicables los derechos. Así se ha dicho tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>25</sup> como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>26</sup>. En esa línea, se pretende estudiar, además de la normativa constitucional pertinente, a las acciones o recursos de los que podrían ser sujeto activos legitimados quienes realicen actividades empresariales o emprendimiento. No obstante, es menester señalar que se delimita el objeto de estudio sólo a los medios procesales de índole constitucional, o que protejan derechos constitucionales relacionados con la empresa o con el emprendimiento.

Por otro lado, cada realidad latinoamericana tiene sus propias peculiaridades, lo que hace interesante estudiar a Chile y Colombia. En efecto, por un lado, analizar

ble en: [http://www.confecamaras.org.co/phocadownload/2019/Cuadernos\\_Analisis\\_Economicos/Din%C3%A1mica%20de%20Creaci%C3%B3n%20de%20Empresas%20\\_%20Ene-Dic%202019%20\\_21012020.pdf](http://www.confecamaras.org.co/phocadownload/2019/Cuadernos_Analisis_Economicos/Din%C3%A1mica%20de%20Creaci%C3%B3n%20de%20Empresas%20_%20Ene-Dic%202019%20_21012020.pdf) Acceso en: 8 abr. 2020.

<sup>23</sup> COLOMBIA. *Ley 1834 DE 2019*. “POR MEDIO DE LA CUAL SE FOMENTA LA ECONOMÍA CREATIVA LEY NARANJA EL CONGRESO DE COLOMBIA”, Congreso de la Republica, Publicado en mayo, 2019. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30030647>. Acceso en: 10 abril 2019.

<sup>24</sup> COLOMBIA. *Ley 590 DE 2000*. “Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresa” Congreso de la Republica, Publicado en junio, 2000. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30030647> Acceso en: 10 abril 2019.

<sup>25</sup> TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 22 de abril de 2012, caso A.C. y otros contra España. Disponible en: [http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/institutos/ceso/descargas/STEDH\\_AC-AND-OTHERS-v-SPAIN\\_es.pdf](http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/institutos/ceso/descargas/STEDH_AC-AND-OTHERS-v-SPAIN_es.pdf) Acceso en: 28 de jul. 2019.

<sup>26</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia de 21 de junio de 2002*. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago de 2002. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_94\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf). Acceso en: 28 jul. 2019.

<sup>19</sup> SPARANO RADA, Humberto. Emprendimiento en América Latina y su impacto en la gestión de proyectos. *Revista Dimensión Empresarial*, Colombia, v. 12, n. 2, p. 95-106, 2014.

<sup>20</sup> ATIENZA, Miguel; LUFFIN, Marcelo; ROMANÍ, Gianni. Un Análisis espacial del emprendimiento en Chile. Más no siempre es mejor. *Eure*, Chile, v. 42, n. 127, pp. 111-135, 2016.

<sup>21</sup> CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. *Informe de resultados: Empresas en Chile. Cuarta Encuesta Longitudinal de Empresas*. Agosto 2017. Disponible en: <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Bolet%C3%ADn-empresas-en-Chile-ELE4.pdf>. Acceso en: 28 jul. 2019.

<sup>22</sup> Según datos de la Confederación de Cámaras de Comercio, la mayor concentración de nuevas empresas de acuerdo con su tamaño se presenta en las microempresas (99,6%), seguido por las pequeñas empresas (0,3%). Véase en CONFECÁMARAS. *Dinámica de creación de empresas en Colombia*. Enero-diciembre de 2019. Disponi-

a un Estado neoliberal y a un Estado social de derecho. Por un lado, encontramos a Chile, país en que existe una serie de garantías constitucionales en favor de la libertad y autonomías sociales, y con escasa intervención del Estado. Se sigue un modelo neoliberal, instaurado en la década de los ochenta el que está casi intacto hasta nuestros días, como constata Araya Rosales y Gallardo Altamirano<sup>27</sup>. Sin embargo, hay antecedentes de esta tradición en Chile de hace más 150 años. En efecto, en un estudio realizado por Ginsburg y Melton, que analiza más de 900 textos constitucionales, ha identificado que en el Reglamento Constitucional de Chile de 1882<sup>28</sup>, se consagra por primera vez en el mundo el derecho a establecer negocios (*Right to establish a business*), y que, al año 2000, 38,6% de los países los consideran en sus Códigos Políticos. En general, se hizo para fomentar la inversión extranjera en países en vías de desarrollo<sup>29</sup>. Y, por otro, a Colombia, que indica expresamente que es un Estado Social, desde su Constitución Política de 1991, en su artículo 1<sup>30</sup> dando relevancia al Estado en materias económicas, pero conviviendo con un sistema capitalista, como bien nos recuerda Marín Castillo y Trujillo González, según disponen los artículos 333 y 334, iniciativa privada y posibilidad dirección de la economía respectivamente<sup>31</sup>.

De ahí que es relevante realzar un estudio de derecho comparado sobre la protección constitucional de la empresa, del emprendimiento y la libre competencia. Evidentemente, los ordenamientos jurídicos escogidos son el chileno y el colombiano. Ello, dado que este método facilita dar soluciones a conflictos o situaciones comunes<sup>32</sup>. A nivel comparativo, se abordará el estudio

de las normas constitucionales correspondientes, las de rango legal aplicables, jurisprudencia de altos tribunales en los respectivos países. Pero, además, se recurrirá a historia del derecho para interpretar y dar el verdadero sentido y alcance a las normativas, tal como se indica Ferrante, como un auxilio imprescindible para la comparación<sup>33</sup>. Finalmente, se identificarán similitudes y diferencias guiadas a una propuesta de mejoras.

Esta forma de abordar la problemática de estudio además es relevante para lo que se ha estudiado con la perspectiva del constitucionalismo y el derecho cosmopolita como un proyecto para el orden global<sup>34</sup>, a través de jurisdicción (lo que conlleva necesariamente conceder acciones y recursos judiciales a los particulares) en la protección de los derechos de la empresa, el emprendimiento y la libre competencia. Ello, dado especialmente este último “la libre competencia”, beneficia no solo a las nuevas y pequeñas empresas, sino que indirectamente a todos los consumidores, es decir, al ciudadano común y corriente. En tal sentido, concuerda con otros autores, como Camacho Castro, que firma que las instituciones de control financiero pueden ser una garantía de los derechos humanos.<sup>35</sup> Así, para el caso de la libre competencia, es declarar que, bien entendida y aplicada puede servir para un mejor disfrute de los derechos humanos, especialmente de aquellos que necesitan financiamiento.

## 2 Presencia constitucional de la empresa y justiciabilidad del emprendimiento.

### 2.1 El caso colombiano. La acción de tutela.

El concepto de personería jurídica, como herramienta para reconocer legitimación procesal y sustancial

<sup>27</sup> ARAYA ROSALES, Andrés; GALLARDO ALTAMIRANO, Mauricio. El Modelo Chileno desde una ética de justicia y de igualdad de las oportunidades humanas. *Polis*, Chile, v. 14, n. 40, p. 265-287, 2015.

<sup>28</sup> En concreto, el artículo 222, manifestaba que, “*La industria no conocerá trabas, y se irán aboliendo los impuestos sobre sus productos*”. CHILE. *Constitución Política del Estado de Chile, de 30 de octubre de 1822*. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005168> Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>29</sup> GINSBURG, Tom; MELTON, James. Innovation in Constitutional Rights. *Draft for presentation at NYU Workshop on Law, Economics and Politics*, p. 1-29, 2012.

<sup>30</sup> COLOMBIA. *Constitución Política de 1991*. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>. Acceso en: 25 mayo 2019.

<sup>31</sup> MARÍN CASTILLO, Juan Carlos; TRUJILLO GONZÁLEZ, José Saúl. El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar. *Revista Jurídica Derecho*, Bolivia, v. 3, n. 4, p. 53-70, 2016.

<sup>32</sup> MANCERA COTA, Adrián. Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, v. 41,

n. 121, p. 213-243, 2008.

<sup>33</sup> FERRANTE, Alfredo. Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica. *Revista chilena de derecho*, Santiago, v. 43, n. 2, p. 601-618, 2016.

<sup>34</sup> CAPUCIO, Camilla. National judges and courts as institutions for global economic governance. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 12, n. 2, p. 255-369, 2015.

<sup>35</sup> CASTRO, José Miguel Camacho. El papel de las instituciones de control financiero sobre los derechos humanos en el contexto latinoamericano. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 13, n. 1, p. 156-168, 2016.

a las empresas, ha migrado desde el derecho anglosajón para dar cabida a actores que, si bien no son orgánicos, sí son esenciales para nuestras economías de mercado. Las nuevas subjetividades y los derechos fundamentales sería el horizonte de este debate, engarzado de alguna manera con la titularidad de derechos de la naturaleza<sup>36</sup>. Estas formas de organización de personas y capitales, que giran en torno a una actividad económica, cultural e incluso política, se han convertido en parte innegable del día a día de nuestros sistemas sociales. De ese modo, el ordenamiento constitucional les reconoce no solo como sujetos habilitadas pasivamente ante imputaciones de responsabilidad por graves violaciones a los derechos humanos, sino legitimados activamente como titulares de algunas garantías y prerrogativas estatales que cristalizan su función social como empresas. En la sinexión, hay las denominadas conexiones alotéticas, como la que existe entre la sombra y el objeto que la proyecta, o las dos caras de una moneda, relación que aplicada al sistema jurídico entraña considerar como constituyente de la identidad jurídica, la existencia de deberes y su anverso los derechos.

En la Constitución colombiana la titularidad de los derechos fundamentales no es excluyente, en tanto, no solo prodiga derechos a la persona en su dimensión biológica, sino que la práctica constitucional ha evolucionado positivamente desde el derecho privado, para brindar protección constitucional reforzada a los derechos fundamentales de las personas morales. La Corte Constitucional, al analizar el concepto de persona recogido en el artículo 86 de la Constitución, que regula los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, ha cobijado con idéntica protección, tanto a personas naturales como a personas jurídicas, ya que el enunciado normativo no establece distinción alguna entre los entes morales y las personas en su dimensión de humanidad. Desde luego que, por su propia naturaleza, esa paridad de tratamiento y protección no se aplica sin distingo a todos los derechos. Por su parte, la sentencia T-378 de 2006 reconoce que *“La persona jurídica está protegida con las garantías del Estado Social de Derecho, por lo cual, es titular de algunos derechos fundamentales ejercitables por ellas mismas; y que, en sustitución de sus miembros, también puede actuar si la*

*protección que se pretende incide para evitar que derechos fundamentales de las personas naturales asociadas, resulten conculcados con ocasión a la vulneración de los propios”*.

En ese sentido, y teniendo en cuenta el importante rol que tiene la iniciativa privada y la autonomía de la voluntad en sociedades de libre mercado, la Corte Constitucional ha reconocido ciertos derechos constitucionales fundamentales a las empresas que se relacionan con los particulares en el marco de la economía<sup>37</sup>. La Corte ha reconocido que los derechos constitucionales no son exclusivos a las personas humanas, sino que las personas jurídicas también ejercen su titularidad sobre la base que no sean aquellos *“derechos inherentes a la naturaleza humana como son, entre otros, la vida, los de familia, los políticos de los ciudadanos y todos aquellos en que se involucre el reconocimiento a la dignidad humana”*<sup>38</sup>.

En materia económica, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que la Carta Política garantiza iguales condiciones a todos los participantes del mercado, pues así lo ordenan las disposiciones constitucionales de libertad de empresa y el derecho de libre asociación<sup>39</sup>. De este modo, la Corte ha reconocido que las personas jurídicas como agentes del mercado y al constituir organizaciones de personas, muchas veces pueden semejarse a las personas naturales para algunos aspectos jurídicos puntuales, salvo aquellos de naturaleza inalienable que, como indico la Corte, *“por ser privativos de la esencia de la persona natural, les son intransferibles, nunca comunicables; esto porque el contenido de esos derechos resulta totalmente incompatible con la naturaleza propia de persona ficta que son estos entes y con la función específica por la que tienen reconocimiento jurídico para actuar”*<sup>40</sup>.

De modo que, la interpretación unificada de la Corte ha brindado legitimación activa a las personas jurídicas para que accedan en sede de tutela a la protección de sus derechos constitucionales; como entes autónomos que hacen parte del entorno económico de Colombia. De ese modo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las empresas pueden acceder, por una parte, a las garantías fundamentales que se consagran en

<sup>36</sup> IORNS, Catherine. “From Rights to Responsibilities using Legal Personhood and Guardianship for Rivers (August 21, 2018). *Responsability: Law and Governance for Living Well with the Earth*, B Martin, L Te Aho, M Humphries-Kil (eds), Routledge, London & New York, p. 216-239, 2019.

<sup>37</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T 378 de 2006*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>38</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T 1145 de 2005*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>39</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional. *Sentencia T 472 de 1996*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>40</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T 378 de 2006*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

la Carta de derechos de la constitución, así como a las garantías constitucionales de protección de la libertad de empresa que se protegen por conducto del derecho de la competencia.

En síntesis, la jurisprudencia Constitucional admitió sin dificultad que las personas jurídicas son titulares de algunos derechos fundamentales, y que, por ende, están habilitadas para recurrir a la acción de tutela<sup>41</sup>. Sin embargo, también estableció criterios y limitaciones al ejercicio de esta acción constitucional; pues sería insensato parificar sin reservas ni limitaciones las personas jurídicas con las personas naturales. En relación con lo anterior, la Corte Constitucional estableció que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos constitucionales fundamentales, por dos vías que varían en relación con las características del interés jurídico necesitado de protección constitucional. Por una parte, la vía directa, tiene como elemento característico el que la titularidad del bien jurídico protegido está en cabeza de la persona moral y no en las personas naturales asociadas a esta; por el contrario, la vía indirecta, ocurre cuando las garantías constitucionales que se busca proteger son realmente las de las personas asociadas en el ente jurídico<sup>42</sup>.

En la denominada vía directa, la Corte reconoce que las personas morales gozan de ciertos derechos constitucionales, sin necesidad que estos se refieran a los derechos de los asociados bajo la iniciativa privada que representa el ente moral. En esta variante, la Corte reconoce que la titularidad de ciertos bienes jurídicos de rango constitucional puede recaer sobre entidades no humanas; sin mediación de los derechos de los sujetos representados en estas organizaciones privadas. Por el contrario, la vía indirecta, no tiene como objetivo último la protección de la persona moral en sí misma, sino que busca proteger los derechos de los asociados que se conglomeran en torno a la persona jurídica, bien como socios o excepcionalmente colocados en la periferia de la empresa, como sería el caso de los empleados o los mismos sindicatos.

Esta variable, no concede agencia constitucional a la persona jurídica en un sentido real, sino simplemente refiere a la categoría para estructurar la protección de

otros derechos. Dos de los ejemplos principales de protección de derechos fundamentales de las personas jurídicas por vía indirecta, son los casos de amparo de los derechos de los sindicatos, en los cuales las entidades gremiales acceden a la acción de tutela con la finalidad de que se protejan los derechos de los asociados sindicales; y los casos de las Instituciones Promotoras de Salud (IPS) y las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) que pueden acceder a la tutela en procura de garantizar los derechos de sus usuarios.

La protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas por la vía directa supone una protección integral a los derechos constitucionales, bajo el entendimiento de que ellas son ficciones plenas e independientes de sus asociados; que tienen vocación de ejercitar algunos derechos fundamentales; y que se desempeñan como formas jurídicas de enorme arraigo en la vida cotidiana, donde las personas entran en una actividad para complementar sus necesidades en ejercicio del valor solidaridad, y de ese modo potenciar las posibilidades individuales.

La capacidad jurídica que tiene la persona moral para ser titular de derechos; incluso de manera independiente de aquellos de las personas que representan las sociedades y las juntas directivas, es indicativo de la verdadera dimensión de la identidad de las sociedades morales en el escenario del derecho constitucional. El que exista un régimen de responsabilidad de los representantes legales respecto de las sociedades que administran, denota la doble identidad de estos entes que tienen agencia propia en las dinámicas de la economía y ante sus propios administradores.

De ese modo, la protección constitucional a la persona jurídica, se corresponde con la idea de que el derecho fundamental no solo toma en cuenta la condición humana individual o insular del sujeto, sino que el ser humano tiene siempre una dimensión gregaria, expresada constitucionalmente en el valor solidaridad, lo que apareja el reconocimiento de los derechos de los pueblos, de las etnias, de las colectividades, y aún los derechos de las futuras generaciones; como indica la Corte, *“la causa ejemplar de las personas jurídicas es la misma persona humana, pero ello no indica que se identifiquen absolutamente las dos personalidades, sino más bien que la operatividad de la personas jurídicas se asimila a la de la persona natural, en todas las circunstancias en que sea razonable hacer tal asimilación —que no*

<sup>41</sup> QUINCHE RAMIREZ, M. La acción de tutela elementos dogmáticos y procesales. In: VÍAS de hecho: Acción de tutela contra providencias, 9. ed. Bogotá, D.C.: Editorial Ibañez, 2012. v. 1. p. 3.

<sup>42</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-448/2011*. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

es los mismo que homologación absoluta por identificación...<sup>43</sup>.

Se destila de lo anterior, que la protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas está restringida a ciertos valores cuya protección se estima necesaria para poner dique al abuso y la arbitrariedad por parte de las entidades Estatales. En este escenario, las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, pues la Corte les ha reconocido agencia respecto de ciertos derechos constitucionales que no tienen como fundamento exclusivo la condición humana. En ese sentido, de acuerdo con la Corte, “*La persona jurídica no es titular de los derechos inherentes a la persona humana, es cierto, pero sí de derechos fundamentales asimilados, por razonabilidad a ella*”<sup>44</sup>.

A los conceptos tradicional de microeconomía y macroeconomía, se han sumado recientemente las nociones de mesoeconomía y metaeconomía. Una aproximación a esta, la metaeconomía refiere a las relaciones de la economía con las demás interacciones sociales. En paralelo la mesoeconomía concierne, entre otras cosas al comportamiento de los agentes del mercado a una escala global. Entonces, el reconocimiento que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los derechos de las empresas se inscribe en el reconocimiento de su importancia, de que las relaciones económicas son también relaciones de poder que la globalización y el crecimiento de ese poder genera peligro, pero que ello no descarta la necesidad de protección de sus derechos. Justamente la libertad de mercado, la libertad de asociación y en general los valores que inspiran el liberalismo económico suponen como política la contracción del Estado a los mínimos necesarios, allanando el camino a los “particulares”, abstracción esta protagonizada por las empresas y residualmente por los individuos.

Ronald Coase, a quien se atribuye la paternidad de la escuela del Análisis Económico del Derecho, recibió el premio nobel de economía por un brevísimo artículo sobre “La naturaleza de la empresa”. Coase asigna mu-

cha importancia a la empresa en la tarea de reducir los costos de transacción y es decidido partidario de que ante el peligro de abuso del Estado en tanto pudiera excederse en el ejercicio de su monopolio legítimo sobre la violencia, la mejor respuesta al costo social “era hacer nada sobre el problema en absoluto”, es decir, desregular no intervenir, dejar hacer y dejar pasar. Como se intuye, ambas posturas, la importancia de la empresa y el minimalismo de la intervención del Estado, son el ambiente propicio para que las personas jurídicas tengan el protagonismo en la actividad económica.

La dimensión que han adquirido algunas empresas concebidas como personas jurídicas, que tienen proporciones incluso supra-estatales, hace insoslayable la importancia que tienen estas como protagonistas de la vida social; por lo que es urgente un sistema coherente de regulación para sus derechos y obligaciones.

En ese entorno, parece intuitivo que el ordenamiento constitucional colombiano haya reconocido, con fundamento en el derecho de igualdad, evitar que haya distinciones irrazonables entre personas naturales y jurídicas; a la hora de brindar protección jurisdiccional a los derechos constitucionales que, repitase, no son exclusivos a la persona humana. En el contexto de una Constitución que defiende a ultranza un modelo económico de libre mercado, cuyo centro es la protección de la empresa y la iniciativa privada, la Carta Política garantiza un trato igualitario por parte del Estado, que se refleja en una limitada asimilación a los derechos de las personas naturales. Como lo dijo la propia Corte: “*es jurídicamente inaceptable que se le someta a la discriminación de no considerarla como titular de unas garantías que el Estado Social de Derecho ha brindado, por lógica manifestación de los fines que persigue, a toda persona, sin distinción alguna*”<sup>45</sup>.

Sumado a lo anterior, es menester tener presente que con promulgación de la Constitución de 1991<sup>46</sup> ingresaron al ordenamiento jurídico colombiano una serie de acciones constitucionales<sup>47</sup> y principios que hicieron posible la protección judicial reforzada de los derechos fundamentales. La Constitución normativa permitió consolidar la eficacia de los derechos, a través de la crea-

<sup>43</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-378/2006*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>44</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-396/93*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. De ese modo, teniendo en cuenta que esta interpretación refiere a la cláusula general de derechos, la Corte Constitucional ha considerado que la lista de derechos de los que son titulares las personas jurídicas no es taxativa y que, por el contrario, se trata de una incardinación *numerus apertus*, que apareja la posibilidad de que ellas gocen de todos los derechos que razonablemente puedan ser asimilados a aquellos derechos otorgados a las personas naturales.

<sup>45</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-396/93*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>46</sup> COLOMBIA. *Constitución Política de 1991*. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988> Acceso en: 25 may. 2019.

<sup>47</sup> Como, por ejemplo, la acción de tutela, habeas corpus, habeas data, entre otros.

ción de una carta de derechos con estructura de principios, el reconocimiento de una cláusula de derechos innominados, y la concepción sobre el bloque de constitucionalidad; que han presionado, una quizás irreversible tendencia expansiva de los derechos fundamentales. Se trata de la vis expansiva de los derechos fundamentales, que, según la Academia Española de la lengua, significa ampliación de contenidos, interpretación favorable en caso de duda y limitación de las normas restrictivas. A ello añadimos potenciar la tendencia de apertura de nuevos grupos e individuos necesitados de protección, es decir la inclusión de nuevos intereses ávidos de protección. Desde luego la discusión es mucho más densa, pues llevada al límite, implicaría considerar como materia de reflexión los derechos de las futuras generaciones, de los seres sintientes, y los de la naturaleza, temas sumamente vidriosos e impropios para abordar en este concreto espacio.

De modo singular, la acción de tutela se instituyó como el recurso judicial efectivo e inmediato para la justiciabilidad de los derechos fundamentales, que refuerza y hace que la Constitución no sólo sea una Carta de aspiraciones políticas, sino el documento constitucional mediante el cual una generación concibió la escala de valores que inspira el proyecto político como legado para las generaciones futuras. Esta acción constitucional, fue creada e instituida para situar al juez en la posición de garante material de la Constitución, para así poder controlar la cotidianidad de las violaciones a los derechos humanos que aquejan a los ciudadanos; la acción de tutela instituye al juez como un actor central de la constitución, con amplia capacidad de garantizar las aspiraciones vertidas en un momento histórico en la norma superior, en este caso, la protección de los derechos fundamentales.

La acción de tutela, en un primer momento, fue instituida para proteger derechos constitucionales que se atribuían a la persona con base en su condición humana. Como indica Quinche,<sup>48</sup> El principio de dignidad, uno de los pilares de la norma constitucional corresponde con los antecedentes que fundaron el estoicismo y echa anclas en la escolástica tardía, en la ilustración, en el derecho natural racional, en las revoluciones burguesas y finalmente en la modernidad. De ese modo, la persona humana se reconoce como el eje natural de

una Constitución que gira en torno a la realización de los derechos individuales y cuya legitimidad reside en la materialización normativa de este propósito.

En un auténtico orden constitucional, los valores normativos del texto superior - especialmente los atinentes a los derechos humanos - deben ser respetados y garantizados en todo momento. Los derechos constitucionales que se protegen en Colombia por vía judicial están consagrados en normas que preservan rigurosamente los valores que constituyen la esfera de inmunidades del individuo que el Estado debe respetar, y sin los cuales el hombre perdería su dignidad y su esencia. Estos, están estructurados como garantías en cabeza de las personas debido a su humanidad, y su protección fue encargada a todas las autoridades judiciales del país<sup>49</sup>. Ciertamente, los derechos fundamentales protegidos por la acción de tutela fueron concebidos para las personas naturales, pues la fundamentación de estos radica en ciertas características de la condición humana; la génesis de los derechos parte de la base del reconocimiento universal de ciertos principios que son inalienables al ser humano, y que por ende son colocados incluso a un nivel superior de la soberanía democrática.

Sin embargo, en una visión más liberal del derecho constitucional colombiano, la Corte ha precisado que las personas jurídicas “*gozan de todas las garantías constitucionales para su ejercicio, entre ellas de la acción de tutela para su protección cuando les sean vulnerados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular*”<sup>50</sup>, de ese modo, teniendo en cuenta la preponderancia del Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional ha reconocido derechos a las personas jurídicas y ha determinado que “*cuando la génesis de los derechos fundamentales no radica en la condición humana del titular, en un Estado Social de Derecho, de ellos también son titulares las personas jurídicas*”,<sup>51</sup> lo que tiene consecuencias trascendentales para la irrupción de nuevas dogmáticas en el entorno constitucional colombiano.

<sup>49</sup> Los que se protegen por vía judicial y que están destinadas. Dichos valores superiores, constituyen un espacio de exclusión de la actividad estatal que las simples mayorías no pueden derogar, pues estos son los mínimos de protección de las minorías en el juego democrático.

<sup>50</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T 378 de 2006*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>51</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T 378 de 2006*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>48</sup> CARRERA SILVA, Liliana. La acción de tutela en Colombia. *Revista Ius, Puebla*, v. 5, n. 27, p. 72-94, 2011.

## 2.2 El caso chileno. La acción o recurso de protección y el recurso de amparo económico.

Algunos de los primeros antecedentes en Chile sobre la acción o recurso de protección hacen alusión a las facultades protectoras de los Tribunales de Justicia en Chile ejercida hasta 1874<sup>52</sup>. No obstante, es fundamental en la materia considerar el amparo mexicano de mediados del siglo XIX. Ello fue producto de las ideas de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, quien se considera uno de los autores proyecto de Constitución del Estado de Yucatán de 1840, aprobado en 1841, que contiene el amparo como garantía constitucional en sus artículos 8, 9 y 62. A nivel federal, se incorpora en el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847<sup>53</sup>. Luego, se incorpora el amparo en la Constitución Federal de 1857, en sus artículos 101 y 102, llegando a la actual Constitución Federal mexicana de 1917<sup>54</sup>, en sus artículos 103 y 107, desarrollado también por la ley de amparo vigente de 1936 y sus modificaciones<sup>55</sup>.

No obstante, a lo anterior, en la Constitución chilena de 1925 no se consagra el amparo o recurso de protección, y sólo desde los años 80 que se tiene presente en la estructura constitucional. Para ser más precisos, la Constitución de 1925 contiene el amparo, pero como sinónimo de *habeas corpus*, es decir, que resguarda la libertad de las personas y no otra serie de derechos o garantías constitucionales. Así, encontramos por primera ocasión en el Acta Constitucional N° 3 de 1976<sup>56</sup> al

amparo chileno, como sigue:

Artículo 2°. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías establecidas en el artículo 1°, N°s 1, 3, inciso cuarto, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, inciso primero, 16, 17, 19, inciso final, 20, inciso séptimo; 22, inciso primero, y en la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

La Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso”.

Posteriormente, se aprueba la Constitución chilena de 1980, consagrando el recurso de protección. En efecto, en el actual texto, la Carta Fundamental,<sup>57</sup> precisamente en el artículo 20 se consagra un medio procesal guiado a resguardar una serie de derechos. Es el amparo mexicano, pero con otro nombre, en Chile se denomina recurso de protección, definido por expertos, como Nogueira Alcalá como: *un derecho fundamental de las personas y una acción constitucional destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia (Cortes de Apelaciones) a través de un procedimiento efectivo, concentrado y breve, ante actos ilegales o arbitrarios de terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos expresamente mencionados en el artículo 20 de la Constitución, con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y los derechos de las personas de un modo directo e inmediato*<sup>58</sup>. Y, en concreto el artículo pertinente de la Constitución chilena manifiesta que,

Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera

<sup>52</sup> NAVARRO BELTRÁN, Enrique. 35 años del recurso de protección notas sobre su alcance y regulación normativa. *Estudios Constitucionales*, Chile, v. 10, n. 2, p. 617-642, 2012.

<sup>53</sup> Así se indicaba en el texto mexicano de 1847: Artículo 25.- Los tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare. La norma citada está contenida en: MÉXICO. “Acta Constitutiva y de Reformas de 1847”. Disponible en: <http://museodelasconstituciones.unam.mx/nuevaweb/wp-content/uploads/2019/02/Acta-constitutiva-y-de-reformas-1847.pdf>. Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>54</sup> MÉXICO. *Constitución Política de 1917, última reforma de 29 de enero de 2016*. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>. Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>55</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La acción de constitucionalidad de protección en Chile y la acción de constitucionalidad en México. *Ius et Praxis*, Chile, v. 16, n. 1, p. 219-286, 2010.

<sup>56</sup> CHILE. *Decreto Ley 1552, “ACTA CONSTITUCIONAL N° 3. De los derechos y deberes constitucionales”*. Ministerio de Justicia, publicado el

13 de septiembre de 1976. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6656> Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>57</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. 16 jun. 2018. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>58</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. *Ius et Praxis*, Chile, v. 13, n. 1, p. 75-134, 2007.

a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Como se puede advertir, sirve ante casos de actos u omisiones, ya sean estas ilegales o arbitrarios, de privaciones, perturbaciones o amenazas en el legítimo ejercicio de determinados derechos, y, justamente protege a los relacionados con el emprendimiento, de forma directa y aquellos que lo complementan. Así, se considera expresamente al artículo 19 N° 21, es decir, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Pero, además, el inciso segundo del mencionado numeral 21 indica que *“el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”*. Es una norma que surge precisamente en los años ochenta, en que lo explica de forma muy asertiva Chonchol<sup>59</sup>, es decir, no es casualidad la época de incorporación de la norma al texto constitucional. En efecto, da justo con periodos históricos donde toman fuerza el mercado y la empresa privada, resurgiendo el liberalismo económico, particularmente en Reino Unido y Estados Unidos con reformas radicales tendientes a reducir la intervención del Estado en la economía, que se ha extendido por todo el mundo, también llegando a Chile y a su normativa constitucional y legal.

Así, para el caso chileno, el Estado puede actuar en materia empresarial, siempre y cuando una ley de quórum calificado se lo autorice. Al obtener una ley de dicha naturaleza, se crea una empresa del Estado, con personalidad jurídica propia, descentralizada, pero formando parte de la Administración del Estado<sup>60</sup> en cuanto a su supervigilancia por el Ministerio respectivo. Es decir, el

Estado no tiene vetado actuar en materia empresarial, sin embargo, le es más difícil porque necesita un quórum del 50% más uno de los diputados y senadores en ejercicio, conforme al artículo 66 que regula los tipos de leyes, formación y su aprobación. Un ejemplo de empresa estatal en Chile es la Corporación Nacional del Cobre de Chile, más conocida como CODELCO<sup>61</sup>.

Lo anterior también está relacionado con lo que se ha denominado principio de subsidiariedad del Estado, es decir, que el Estado intervenga “en subsidio” a los particulares y no subsidiando inmediatamente. Muy bien ha resumido la dicotomía que tiene este principio, Loo Gutiérrez, quien indica se ha dicho, por un lado, y a favor, que es una fórmula que resuelve los problemas del Estado, restituyéndole sus funciones y su ámbito de acción propio, por otro, negativamente, es condenado dar lugar al egoísmo y la avaricia del ser humano como motores de la vida social<sup>62</sup>. También está relacionado con el principio de autonomías sociales, como puede desprenderse de la Encíclica papal Quadregesimo Anno, de 1931, de Pío XI: *“como no es lícito quitar a los individuos lo que ellos pueden realizar con sus propias fuerzas o industrias para confiarlo a la comunidad, de la misma manera es injusto, ... entregar a una sociedad mayor y más elevada aquellas cosas que las comunidades menores e inferiores pueden*

<sup>61</sup> A modo de ejemplo, es menester citar el artículo 1 del Decreto Ley 1350 de 1976, que consagra que: Artículo 1. Créase, con la denominación de Corporación Nacional del Cobre de Chile, que podrá usar como denominación abreviada la expresión CODELCO o CODELCO-CHILE, una empresa del Estado, minera, industrial y comercial, con personalidad jurídica y patrimonio propio, domiciliada en la comuna de Santiago, de duración indefinida, sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el decreto ley N° 1.349, de 1976, que crea la Comisión Chilena del Cobre, y que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Minería. En el presente decreto ley se la denominará también la “EMPRESA”.

CODELCO se regirá por las normas de la presente ley y por la de sus Estatutos y, en lo no previsto en ellas y en cuanto fuere compatible y no se oponga con lo dispuesto en dichas normas, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas y por la legislación común, en lo que le sea aplicable.

La norma citada está contenida en: CHILE. *Decreto Ley 1350, “CREA LA CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE”*. Ministerio de Minería, publicado el 28 de febrero de 1976, 9 ene. 2014, por modificación de la Ley 20720. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6578&idParte> Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>62</sup> LOO GUTIÉRREZ, Martín. La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, n. 33, p. 391-426, 2009.

<sup>59</sup> CHONCHOL, Jacques. Impacto de la globalización en las sociedades latino-americanas: ¿qué hacer frente a ello?. *Estudios Avanzados*, Brasil, v. 12, n. 34, p. 163-186, 1998.

<sup>60</sup> LATORRE VIVAR, Patricio. Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: Naturaleza, límites y control de sus actividades. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, n. 30, p. 223-240, 2008.

hacer...<sup>63</sup>. Sería entonces la sociedad mayor el Estado y los particulares la sociedad menor. Esto tiene sentido por regla general, pero siempre hay excepciones, sino sólo recordar las fortunas de empresas multinacionales, en que su fortuna puede ser igual o mayor a ciertos Estados.

Además, se consideran otros numerales que consagran derechos que complementan al emprendimiento, es decir, aquellos que sirven para que este sea efectivo. En efecto, así, encontramos en la Constitución chilena<sup>64</sup>, al artículo 19 N° 15, derecho de asociación; al artículo 19 N° 22, derecho a no ser discriminado arbitrariamente en materia económica por parte del Estado; al artículo 19 N° 23, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto los que la naturaleza ha hecho comunes o que deben pertenecer a la Nación; al artículo 19 N° 24, derecho de propiedad privada. Estos derechos y libertades son necesarios para un efectivo desarrollo del emprendimiento. Así, al dar la posibilidad de crear empresas, creándose personas jurídicas distintas a los de sus titulares, fomenta la actividad y aligera los riesgos en el patrimonio personal; al no ser discriminado arbitrariamente en materia económica, no debiera haber impuestos excesivos no trabas caprichosas a ciertas actividades; al poder adquirir la propiedad, se podrá disfrutar de las ganancias del emprendimiento; y, al protegerse la propiedad privada, aquellas ganancias podrán utilizarse en bienes para así capitalizar. Todos estos derechos y libertades también coinciden, a ojos del constitucionalista, Arturo Fermandois Vöhringer<sup>65</sup>, con los elementos del Orden Público Económico chileno. En efecto, estos serían, el principio de la libertad económica; el principio de subsidiariedad económica del Estado; el principio del derecho de propiedad privada; el principio de la disciplina del gasto fiscal; el principio de política monetaria independiente; el principio de la

reserva legal de la regulación económica; y, el principio de la revisión judicial económica.

Además, es menester tener presente que la mayoría de estos derechos y libertades son parte del bloque de constitucionalidad chileno, no sólo por estar contenidos en la Carta Fundamental, sino que además por Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por Chile y vigentes<sup>66</sup>, conforme al artículo 5 de la Constitución Política de Chile. En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica<sup>67</sup>, considera en el artículo 3 al derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, en el artículo 16 a la libertad de asociación, en el artículo 21 al derecho a la propiedad privada. Y, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>68</sup>, en el artículo 16, el reconocimiento a la personalidad jurídica, en el artículo 22 al derecho de asociación.

Pero, además, no es sólo declarar derechos, estos deben tener una acción o recurso para que estos sean efectivos. Siguiendo la arista internacional, el Pacto de San José de Costa Rica consagra que:

#### Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

<sup>63</sup> VATICANO. PÍO XI. *Carta Encíclica Quadragesimo anno*. “SOBRE LA RESTAURACIÓN DEL ORDEN SOCIAL EN PERFECTA CONFORMIDAD CON LA LEY EVANGÉLICA AL CELEBRARSE EL 40° ANIVERSARIO DE LA ENCÍCLICA “RERUM NOVARUM” DE LEÓN XIII”, dada en Roma, a 15 de mayo de 1931. Disponible en: [http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno.html](http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html) Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>64</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. 16 jun. 2018. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>65</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980. *Ins Publicum*, Chile, n. 4, p. 63-78, 2000.

<sup>66</sup> DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo. ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 153-171, 2019.

<sup>67</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm). Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>68</sup> NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%0206-17%20AM/Ch\\_IV\\_04.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%0206-17%20AM/Ch_IV_04.pdf). Acceso en: 22 jul. 2019.

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Y, a su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>69</sup>, consagra que:

Art. 3.a. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Es decir, los Estados, incluyendo a Chile se comprometen a incorporar en su ordenamiento jurídico nacional, acciones o recursos que sirvan para hacer efectivos los derechos. Así, el recurso de protección encuadra como una herramienta jurídica que resguarda los derechos anteriormente expresados con el emprendimiento. Y, en cuanto a la tramitación del recurso, es menester tener presente, además de la Constitución, al Auto Acordado que ha emitido la Excelentísima Corte Suprema y sus respectivas modificaciones<sup>70</sup>. No obstante, a que la tramitación de un procedimiento debiera estar consagrada en una norma de rango legal, y, no en un Auto Acordado, afectado el principio de legalidad en materia procesal, como han indicado, autores como Andrés Bordalí Salamanca<sup>71</sup>, es quizás por la inactividad o falta de acuerdo del legislador chileno crear una ley de procedimiento respecto de la acción o recurso de protección que la tramitación y fallo de este, que se regula

<sup>69</sup> NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch\\_IV\\_04.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf). Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>70</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Auto Acordado 94-2015. “TEXTO REFUNDIDO DEL AUTO ACORDADO SOBRE TRAMITACIÓN Y FALLO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”*, publicado el 28 de agosto de 2015, última versión de 5 de octubre de 2018, por modificación del Auto Acordado 173 de 5 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1080916>. Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>71</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, v. 19, n. 2, p. 205-228, 2006.

por dicha norma de la Corte. Entre estas, se declaran expresamente asuntos relevantes como el plazo de interposición del recurso, que es de 30 días (artículo 1), por escrito (artículo 2), solicitar informes, que es como una especie de contestación de quienes pudiesen haber vulnerado un derecho (artículo 3), la alegatos o autos en relación en la respectiva Corte de Apelaciones (artículo 3), posibilidad de apelar la sentencia en el plazo de 5 días (artículo 6), entre otros aspectos de tramitación.

Así, un caso interesante que traer a colación al respecto es un recurso de protección deducido por una S.A. en contra de una Municipalidad en el año 2017 y resuelto el 2018. En efecto, la Excelentísima Corte Suprema confirma una sentencia<sup>72</sup>, que acoge el recurso de protección, considerando vulnerados los números 21, 22 y 24 de una empresa por un acto administrativo. En concreto, se determinó que,

“la resolución recurrida conculca las garantías constitucionales que estima afectadas la recurrente, pues se le impide desarrollar sus actividades económicas y perturba su derecho de propiedad sobre los productos provenientes de las mismas; pues se le impide conocer los requisitos que estima necesarios la recurrida para el desarrollo de aquéllas, específicamente en lo relativo a la patente comercial y en cuya ausencia, se fundó en su oportunidad la clausura del establecimiento de canteras Lonco S.A.; por lo que la acción intentada será acogida<sup>73</sup>”.

De esta manera, se evidencia que el recurso de protección, guiado a proteger una serie de garantías constitucionales, en principio, creado para personas naturales, está contemplado en resguardar derechos y libertades, ya sean personas físicas o jurídicas las afectadas.

Además del recurso o acción de protección, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica se resguarda con el denominado recurso de amparo económico. Es una norma curiosa desde diversos puntos de vista. Por ejemplo, es una ley de artículo único y se publica en el Diario Oficial de Chile justo a un día antes de que asumiera como Presidente Patricio Aylwin, primer Jefe de Estado de vuelta a la Democracia el 11 de marzo de 1990. Sin embargo, a toda la crítica que pudiera haber en ese sentido, lo cierto es que la norma aún

<sup>72</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Rol N° 11.957-2018*. Sentencia de 05 de mayo de 2018.

<sup>73</sup> CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. *Rol N° 7.178-2017*. Sentencia de 11 de mayo de 2018.

sigue vigente al 2019, sin modificaciones. Así entonces, se consagra en la Ley 18.971, de 10 de marzo de 1990,<sup>74</sup> el recurso de amparo económico.

En efecto, hay ciertas diferencias respecto de la acción o recurso de protección, entre otras destaca que: el actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados; el plazo de interposición es de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción; el procedimiento que se sigue es el del recurso de amparo (el del *habeas corpus* chileno); se presenta ante la Corte de Apelaciones respectiva; posibilidad de doble instancia; obligación del tribunal de investigar la infracción denunciada, y, en caso de no ser apelada la sentencia de la Corte de Apelaciones, deberá ser consultada por la Corte Suprema.

Ahora bien, sin perjuicio que existan las acciones o recursos, la interpretación y aplicación ha sido disímil, tal como explica en un comentario de jurisprudencia el actual señor Ministro del Tribunal Constitucional de Chile, Dr. Domingo Hernández Emparanza<sup>75</sup>. En efecto, ha existido una primera etapa de interpretación restrictiva, resguardándose sólo el inciso segundo del artículo 19 de la Constitución, es decir, sólo ante exceso o desbordes del Estado empresario, en concreto cuando no había autorización de ley de quórum calificado para actuar (años 1990-1995). Luego, varía la jurisprudencia a una interpretación amplia, vale decir, resguardándose ambos incisos del artículo 19 numeral 21, inclusive resguardando el Derecho cuando es vulnerado por el Estado o inclusive un privado (años 1995-2008). Y, posteriormente, desde el caso González Illanes con Municipalidad de Santiago, en 2009, ha habido sentencias en ambos sentidos.

Un caso reciente, de 2019, considera la tesis de que el recurso de amparo económico protege ambos incisos del artículo 19 N° 21, y, además, no sólo en contra del Estado. Así, se presenta un recurso de amparo económico por una persona natural en contra de una S.A., es decir, privados contra privados. En efecto, la Excelentísima Corte Suprema resolvió que la Sociedad Anónima recurrida no podrá informar como deudora morosa a la

persona natural, sea a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras o a otras instituciones. La *ratio* del caso fue que sobre las deudas morosas se había pactado una serie de convenios de pago (en estricto rigor operó una novación y, por tanto, ya no hay mora, sino que existe una deuda nueva), por lo que aparecer en el sistema financiero como morosa, en palabras textuales del máximo tribunal “*supone para aquella la imposibilidad o, al menos, un obstáculo considerable, para acceder al crédito, pues, en esas condiciones, las instituciones que integran el sistema financiero difícilmente le prestarán dinero*”<sup>76</sup>. El caso es relevante, pues confirma el criterio de la jurisprudencia en favor de la defensa del artículo 19° N° 21 completo, pero además suma que el recurso de amparo económico procede también entre particulares.

Por otro lado, es menester complementar tanto el recurso o acción del primer punto y la tratada en este acápite, con lo siguiente, el derecho a emprender no es un derecho absoluto, también tiene limitaciones. Es así como se ha evidenciado en la jurisprudencia chilena y constatado por la doctrina. En efecto, Julio Alvear Téllez<sup>77</sup>, ha manifestado que, en muchas ocasiones existe denegatoria de las acciones o recursos de amparo económico que ha sido por causa imputable a los denunciados, que no logran apreciar ni conjugar suficientemente la actividad económica, con la legislación o normativa reguladora. En efecto, los derechos y libertades fundamentales están en constante contraposición, y, por ejemplo, si se crea una empresa y, esta contamina más allá de lo permitido, en el caso chileno vulnerará el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que también está consagrado en la Constitución<sup>78</sup>, en particular en el artículo 19 N° 8, y, es resguardado por el recurso o acción de protección.

<sup>74</sup> CHILE. Ley 18971, “ESTABLECE RECURSO ESPECIAL QUE INDICA”. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicada el 10 de marzo de 1990. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30339>. Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>75</sup> HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo. El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista. *Estudios Constitucionales*, Chile, v. 8, n. 1, p. 443-466, 2010.

<sup>76</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema. Rol N° 4.244-2019. Sentencia de 28 de febrero de 2019.

<sup>77</sup> ALVEAR TÉLLEZ, Julio. La jurisprudencia del amparo económico los tres grandes déficits de la última década. *Estudios Constitucionales*, Chile, v. 11, n. 1, p. 167-220, 2013.

<sup>78</sup> CHILE. Constitución Política de la República de Chile. 16 jun. 2018. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Acceso en: 22 jul. 2019.

### 3 Derecho constitucional a la libre competencia y su justiciabilidad

#### 3.1 El caso colombiano: constitucionalidad e institucionalidad para su protección

Al margen de las garantías constitucionales que la Corte Constitucional Colombiana ha reconocido en favor de las personas jurídicas; según las cuales estas últimas cuentan con legitimación activa para el ejercicio de la acción constitucional de tutela, la Constitución Colombiana ha reconocido otros derechos constitucionales no fundamentales a favor de las empresas; particularmente el derecho a la libre competencia económica. Las acciones pertenecientes al régimen de libre competencia, si bien no son acciones constitucionales en rigor como la tutela, representan mecanismos legales que protegen bienes jurídicos de rango constitucional.

A través de los artículos 333 y 334, la Constitución ha definido a la libre competencia económica como un derecho que asiste a todos y que también acarrea responsabilidades. En esa medida, la constitución ha introducido un modelo de economía social de mercado, que propende por mantener el balance en un sistema que, por una parte, garantiza los derechos y, por otra parte, promueve la libertad económica. Desde esta visión, la libre competencia es un derecho que, como dijo la Corte, se concibe *“como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo”*<sup>79</sup>.

Según la norma superior, el Estado debe garantizar el cumplimiento del principio constitucional de libre competencia, en la medida que la satisfacción de este fin constitucional conduce a la protección de todo el sistema de libre mercado, mientras previene contra las conductas monopólicas, los actos de competencia desleal y los acuerdos de precios; que en sí mismos son fines constitucionales que conducen al efectivo desarrollo de la libertad de empresa. Como indica la Corte, *“El Derecho a la Libre Competencia Económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte, garantiza la liber-*

*tad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de la otra implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia”*<sup>80</sup>.

Si bien es cierto que el modelo económico de libre mercado adoptado por Colombia, parte de la premisa de una mínima intervención por parte del Estado en la economía, esto no ocurre en perjuicio de las reglas de protección de la libre competencia, que son normas de orden público y garantizan la sostenibilidad del propio sistema económico. Las autoridades de protección del régimen de libre competencia deben ser entidades técnicas e independientes que cuenten con la capacidad de garantizar la probidad del sistema económico pues, como indica la Corte, *“Ante la comisión de una práctica que altere las condiciones del mercado y que afecta cualquiera de los supuestos ya señalados, es obligación del Estado intervenir para sancionar dichas prácticas y, por ende, restablecer las condiciones iniciales del mercado”*<sup>81</sup>.

Como lo ha indicado la propia Superintendencia de Industria y Comercio, el Estado tiene el deber de proteger el adecuado funcionamiento de la economía de mercado, y, por ende, es el principal llamado a asegurar condiciones adecuadas para la libre competencia y el *“responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios”*<sup>82</sup>. En ese sentido, la Ley 1340 de 2009 que desarrolla el régimen de protección a la libre competencia en Colombia, en su artículo 6°, designa como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, *“quien conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia*

<sup>79</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-830/10*. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>80</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-535 del 97*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>81</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-263/11*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>82</sup> COLOMBIA. *Comisión de Regulación de Comunicaciones*. Caso Tigoune del 05 de octubre De 2016. Disponible en: [https://www.crcm.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/coment2/2016-LA\\_PROTECCION\\_CONSTITUCIONAL\\_DE\\_LA\\_LIBRE\\_COMPETENCIA.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/coment2/2016-LA_PROTECCION_CONSTITUCIONAL_DE_LA_LIBRE_COMPETENCIA.pdf). Acceso en: 01 ago. 2019.

desleal”. De ese modo, la llamada SIC, se ha convertido en una institución que es fundamental para la protección de la economía de libre mercado, que ha sido reconocida por alguna jurisprudencia como una garantía supra individual.<sup>83</sup>

Las facultades que tiene la Superintendencia de declarar la violación al régimen de libre competencia y de ordenar el resarcimiento de daños por las conductas desleales de los competidores conducen a la protección de bienes jurídicos que encuentran su asidero en la constitución, particularmente en el artículo 333 de la Carta<sup>84</sup>. La legislación que desarrolla estas normas constitucionales refleja el claro propósito de proteger estos derechos que se reconocen como constitucionales desde una faceta jurisdiccional y otra faceta administrativa.

Esta normativa, busca que el mercado se desarrolle dentro del mandato constitucional de libre competencia y asegurar de ese modo la garantía de la libertad de empresa y el respeto por los derechos de los consumidores. Como se verá, el régimen de protección a la libre competencia es un mecanismo cuasi-constitucional que se manifiesta en dos etapas que conllevan a la activación de la habilitación constitucional que tiene el Estado para hacer efectivo dicho mandato, a través de la intervención en la economía. Esta normativa, así mismo, asigna al Estado “no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social”<sup>85</sup>.

Por una parte, la fase jurisdiccional de la protección a la libre competencia en Colombia, trata de un proceso que busca individualizar una responsabilidad en cabeza de quienes con sus conductas lesionen los bienes jurídicos tutelados por el principio constitucional

del libre mercado, como indica la Corte, “se trata de un proceso jurisdiccional que se lleva a cabo en contra de quienes han cometido un acto o una conducta que lesione los intereses de los que son sujetos de protección de la norma”<sup>86</sup>. Por otra parte, “En lo atinente con la aplicación pública del derecho de la competencia, se trata de procesos eminentemente administrativos sancionatorios en donde lo que se busca es garantizar el cumplimiento de los fines propuestos en el texto constitucional, es decir, protección al consumidor, eficiencia económica, libertad de empresa y libre competencia económica”<sup>87</sup>.

De ese modo, el derecho de la competencia tiene una base jurisdiccional y una base administrativo-sancionatoria que tienen como objeto común el propósito constitucional de garantizar el cumplimiento del llamado derecho de la competencia, y en particular la protección de los bienes jurídicos supra-individuales que se tutelan con este; es decir, “la protección al consumidor, eficiencia económica, libertad de empresa y libre competencia económica”<sup>88</sup>.

Dado que las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido, cuando se les comprende dentro del marco de protección del interés social de las personas que concurren en el mercado, la cláusula general de competencia habilita diferentes mecanismos para sancionar las conductas destinadas a lesionar los bienes jurídicos protegidos por el derecho de la competencia<sup>89</sup>. Estas conductas, se dividen en acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos, abuso de posición de dominio e integraciones empresariales.

La cláusula general de competencia permite al Estado intervenir en la economía, con el fin de proteger los bienes y valores constitucionales que se concretizan en las operaciones de intercambio de bienes y servicios<sup>90</sup>.

<sup>83</sup> El Régimen Legal de Competencia consagró las pautas frente a la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia y al abuso de la posición dominante en el mercado, a través de la expedición de la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992. Además, en el Decreto 3466 de 1982 encontramos las disposiciones y estamentos sobre protección al consumidor, en el Decreto 150 de 1993 encontramos la regulación jurídica respecto a los derechos antidumping y compensatorios, en la Ley 256 de 1996 se hace alusión a las Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal, y finalmente, la Ley 1340 de 2009 donde se encuentran contenidas las Normas en materia de la protección de la competencia.

<sup>84</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-830/10*. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; COLOMBIA. Corte Constitucional. *C-836 de 2001*. M.P. Rodrigo Escobar Gil

<sup>85</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-263/11*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>86</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *C-537 2010*. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>87</sup> BULLARD, Alfredo. La prohibición imposible. ¿Cómo tratar a los monopolios en la Constitución? *Revista de la Facultad de Derecho (PUCP)*, Perú, n. 56, pp. 759-793, 2003.

<sup>88</sup> OSSA BOCANEGRA, Camilo Ernesto. Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, v. 44, n. 120, p. 181-219, 2014.

<sup>89</sup> OSSA BOCANEGRA, Camilo Ernesto. Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, v. 44, n. 120, p. 181-219, 2014.

<sup>90</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-228 de 24 de*

En efecto, la libertad económica se erige como “principio constitucional esencial que a su vez condensa los derechos a la libre competencia, el de libertad de empresa, y la prohibición de monopolios”<sup>91</sup>.

El panorama competitivo que compone la libertad económica lo integran diferentes dimensiones que se expresan según sea su ámbito de aplicación; según fuere individual o colectiva. Por una parte, la dimensión individual, es aquella en la que los sujetos se constituyen como beneficiarios “de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos”. Por el contrario, la dimensión colectiva está dirigida a “proteger los derechos e intereses de los consumidores y usuarios de bienes servicios”, y a su vez el “beneficio de disfrutar una economía con condiciones competitivas para los empresarios”<sup>92</sup>. En este orden de ideas, “esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros”<sup>93</sup>.

En suma, el marco normativo de la constitución de 1991, reconoce un horizonte de titulares de derechos constitucionales más amplio que aquel de la persona humana, y por ende ha reconocido una serie de garantías que permiten a las personas jurídicas, como entidades que se desarrollan en la vida social; dentro de la economía de libre mercado y el Estado Social de Derecho, ejercer ciertas garantías que por una parte les favorece

como particulares, y por otra parte, propende por la realización del objetivo constitucional de garantizar la libertad de empresa; esencial en un sistema en un sistema que reconoce el libre mercado, atizado por la función social de la propiedad<sup>94</sup>.

En el país sudamericano, la constitución política de 1991 le asigna una función social y ecológica a la propiedad a través del artículo 58. En línea con los postulados de Duguit<sup>95</sup>, la Corte Constitucional Colombiana estableció que “el derecho de dominio deviene función social, lo que significa que el propietario no es un sujeto privilegiado, como hasta el momento lo había sido”<sup>96</sup>, sino más que todo un sujeto que tiene obligaciones ante la sociedad, y de cara al ejercicio responsables de la propiedad.

### 3.2 El caso chileno ¿Constitucionalidad o legalidad para su protección? Acciones constitucionales y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Si bien el derecho a desarrollar cualquier actividad económica está expresamente contemplado en la Constitución chilena como una garantía, como se ha explicado (artículo 19 N° 21), y, que está resguardada por la acción o recurso de protección y por el recurso de amparo económico, lo cierto es que el desarrollo normativo es de rango legal. No obstante, a que no haya una norma que excluya estas acciones o recursos, al ser estas excepcionales, ante casos sobre atentados a la libre competencia, es difícil que las Cortes se hagan cargo por dichas vías. Ello no implica que no serán atendidas en tribunales, sino existen otros caminos procesales a seguir, salvo alguna excepcionalidad y urgencia del caso que tenga mérito suficiente o haga inefectivo los otros procedimientos.

En efecto, en la institucionalidad chilena, se crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el año 2003, en periodo en que fue Presidente de la Repúbli-

marzo 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>91</sup> COLOMBIA. *Comisión de Regulación de Comunicaciones*. Caso Tigoune del 05 de octubre De 2016. Disponible en: [https://www.crcm.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/coment2/2016-LA\\_PROTECCION\\_CONSTITUCIONAL\\_DE\\_LA\\_LIBRE\\_COMPETENCIA.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/coment2/2016-LA_PROTECCION_CONSTITUCIONAL_DE_LA_LIBRE_COMPETENCIA.pdf). Acceso en: 01 ago. 2019; sobre las prácticas monopólicas en el régimen comparado de la competencia: FERRAZ, Daniel Amin. Horizontal agreements, vertical agreements and European and north American jurisprudence on the matter. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 150-160, 2012.

<sup>92</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-535 del 97*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>93</sup> COLOMBIA. *Comisión de Regulación de Comunicaciones*. Caso Tigoune del 05 de octubre De 2016. Disponible en: [https://www.crcm.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/coment2/2016-LA\\_PROTECCION\\_CONSTITUCIONAL\\_DE\\_LA\\_LIBRE\\_COMPETENCIA.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/coment2/2016-LA_PROTECCION_CONSTITUCIONAL_DE_LA_LIBRE_COMPETENCIA.pdf). Acceso en: 01 ago. 2019.

<sup>94</sup> D’FILIPPO, Mario Alario. Conceptualización de la Función Social de la Propiedad en el Derecho Español y Colombiano. *Jurídica*, Cartagena (Colombia), v. 8, n. 16, p. 176-191, 2016.

<sup>95</sup> PASQUALE, María Florencia. La función social de la propiedad en la obra de león duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica, Historia Constitucional*, n. 15, p. 93-111, ene./dec. 2014.

<sup>96</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-595/99*.

ca, Ricardo Lagos Escobar<sup>97</sup>. En efecto, introduciéndose una serie de modificaciones al Decreto Ley 211, de 1973,<sup>98</sup> dictado por el General Pinochet en diciembre, con una norma encaminada a fijar normas para la defensa de la libre competencia, propias de un sistema de libre mercado. No obstante, como se indicaba, no es hasta el 2003 que se crea un Tribunal como órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Excelentísima Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia, según nos recuerda el artículo 7, aunque hoy, por las diversas modificaciones a su texto original<sup>99</sup>, es el artículo 5. La misma norma reformada, también consagra que lo que está en contraposición de la libre competencia<sup>100</sup>, todo lo que

<sup>97</sup> CHILE. Ley 19911, “CREA EL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA”. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicada el 14 de noviembre de 2003. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=217122>. Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>98</sup> CHILE. Decreto Ley 211, “FIJA NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA”. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 17 de diciembre de 1973, última modificación de la Ley 20088, de 5 de enero de 2006. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5872>. Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>99</sup> CHILE. Fiscalía Nacional Económica. “Decreto Ley 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia. Versión refundida”, publicada en el sitio electrónico de la institución en 2016. Disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL\\_211\\_refundido\\_2016.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf). Acceso en: 22 de julio de 2019.

<sup>100</sup> De acuerdo con el artículo 3, inciso segundo, se consagra al respecto que: Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido

será en beneficio de los consumidores.

Además, hay que tener presente la ley 20.169, que regula la competencia desleal, de 2007<sup>101</sup>. Esta ley es fundamental en el ejercicio jurisdiccional de los particulares, pues de acuerdo con ella, cualquier competidor, consumidor y en general cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal<sup>102</sup> puede presentar acciones legales. Así, se estatuye

umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos. La norma citada está contenida en: CHILE. Fiscalía Nacional Económica. “Decreto Ley 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia. Versión refundida”, publicada en el sitio electrónico de la institución en 2016. Disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL\\_211\\_refundido\\_2016.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf). Acceso en: 22 de julio de 2019.

<sup>101</sup> CHILE. Ley 20169 “REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL”. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 16 de febrero de 2007, última versión de 4 de julio de 2019, por modificación de la Ley 21166, de 4 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258377>. Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>102</sup> En virtud del artículo 4 de la Ley 20.169, Regula la competencia desleal, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes:

Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero.

El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos.

Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva.

d) Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado.

Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.

Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor.

El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado.

La imposición por parte de una empresa a un proveedor, de condiciones de contratación para sí, basadas en aquellas ofrecidas por ese mismo proveedor a empresas competidoras de la primera, para efectos de obtener mejores condiciones que éstas; o, la imposición a un proveedor de condiciones de contratación con empresas competidoras de la empresa en cuestión, basadas en aquellas ofrecidas a ésta. A modo de ejemplo, se incluirá bajo esta figura la presión

que contra actos de competencia desleal se pueden ejercer una, conjunta o separadamente las siguientes acciones:

a) La Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica.

b) La Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste.

c) La Acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo.

d) La Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

En doctrina, se han analizado estas acciones, analizando si son un régimen acumulativo o alternativo de acciones. En efecto, Fernández Ortega, alude a que este régimen o forma de interposición es parcial, pues en algunos casos, es necesaria una resolución declarativa, especialmente cuando se trata de indemnizaciones. No obstante, a ello, se otorga las herramientas jurídicas adecuadas para la protección de la competencia leal entre los diversos agentes del mercado<sup>103</sup>. Consecuencia de ello, es que el emprendimiento, ya sea ejercido por

---

verbal o escrita, que ejerza una empresa a un proveedor de menor tamaño cuyos ingresos dependen significativamente de las compras de aquélla, para obtener un descuento calculado a partir del precio pactado por ese mismo proveedor con algún competidor de la primera empresa.

El establecimiento o aplicación de cláusulas contractuales o conductas abusivas en desmedro de los proveedores, el incumplimiento sistemático de deberes contractuales contraídos con ellos o de los plazos dispuestos en la ley N° 19.983 para el cumplimiento de la obligación de pago del saldo insoluto contenido en la factura.

Sin perjuicio de lo anterior, y cualquiera sea la naturaleza jurídica del deudor, la empresa de menor tamaño afectada podrá demandar el monto de los perjuicios que deriven del incumplimiento, de acuerdo a las normas generales. La acción podrá ser ejercida por el afectado, por sí, en demanda colectiva o representado por la entidad gremial que les agrupe, todo ello de acuerdo a lo dispuesto en el artículo noveno números dos al cinco de la ley que fija normas especiales para empresas de menor tamaño.

La norma citada está contenida en: CHILE. *Ley 20169 "REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL"*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 16 de febrero de 2007, última versión de 4 de julio de 2019, por modificación de la Ley 21166, de 4 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258377>. Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>103</sup> FERNÁNDEZ ORTEGA, Felipe. Una mirada al régimen alternativo y acumulativo del sistema de acciones de la Ley de Competencia Desleal en la judicatura nacional. *Revista Justicia y Derecho*, Chile, v. 1, n. 1, p. 89-99, 2018.

una persona natural o jurídica, tiene a su haber acciones especiales de protección para actuar en condiciones de igualdad en el mercado, o, al menos aquellas que no generen una desigualdad ocasionada de malas prácticas.

En cuanto al procedimiento, en general se hace un envío a las reglas generales según la Ley 20.169, que regula la competencia desleal<sup>104</sup>. El tribunal competente para conocer de las causas de competencia desleal, lo será el juzgado de letras en lo civil del domicilio del demandado o del actor, a elección de este último, según dispone el artículo 8. El procedimiento será sumario, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, artículos 680 y siguientes<sup>105</sup>, siendo breve en comparación a los juicios de lato conocimiento, siendo esencialmente escrito y con un término probatorio de 8 días hábiles. Se admiten todos los recursos procesales que franquea la legislación, según dispone el artículo 9.

Pero, además, el procedimiento sigue si existe sentencia firme donde se haya establecido que ha existió uno o más actos de competencia desleal. En efecto, según dispone el artículo 10 de la Ley 20.169, que regula la competencia desleal<sup>106</sup>, el tribunal que dictó la resolución deberá remitir todos los antecedentes del juicio al Fiscal Nacional Económico, quien tendrá la facultad de requerir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, atendidas la gravedad de la infracción o la extensión del perjuicio provocado, la aplicación de una multa, de entre 2 y 1.000 unidades tributarias mensuales, y se aplicará a beneficio fiscal.

---

<sup>104</sup> CHILE. *Ley 20169 "REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL"*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 16 de febrero de 2007, última versión de 4 de julio de 2019, por modificación de la Ley 21166, de 4 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258377>. Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>105</sup> CHILE. *Ley 1552, "CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL"*. Ministerio de Justicia, publicado el 30 de agosto de 1902, última versión de 14 de mayo de 2019, por modificación de la Ley 21159, de 14 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1131420&idParte=10022142&idVersion=2019-05-14>. Acceso en: 22 jul. 2019.

<sup>106</sup> CHILE. *Ley 20169 "REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL"*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 16 de febrero de 2007, última versión de 4 de julio de 2019, por modificación de la Ley 21166, de 4 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258377>. Acceso en: 22 jul. 2019.

## 4 Conclusiones y perspectivas de futuro. De libertad de emprender a un derecho justiciable, pero siempre en armonía con otros.

Con el estudio realizado es posible afirmar que, tanto en un Estado neoliberal (Chile) como en un Estado social (Colombia), en la actualidad se convive con el libre mercado. No obstante, vale que añadir que la inserción del estado social de derecho en Colombia tiene mucho de estrategia retórica, al punto que en la práctica la Constitución de 1991 realmente consagró un estado social de derecho neoliberal, es decir una especie de *contradictio in adiecto u oxímoron*. Ello ha generado que, al emprendimiento, sea realizado por personas naturales y jurídicas, se les reconozca una serie de derechos y libertades fundamentales.

Cuando se trata de emprendimiento la propia esencia del concepto, implica de modo natural que un agente económico *acomete ex nihilo* una actividad económica que tienen como objetivo general la creación de riqueza, esta es una verdad irrecusable. Desde Adam Smith, pasando por Hayeck y Von Mises hasta Ronald Coase, el lema fundamental es que la codicia individual de los agentes se convierte en una virtud pública o colectiva, pues la generación de riqueza desata productos marginales que van más allá del lucro o la ganancia. Admitido entonces que el lucro aspira a impulsar las acciones de las personas, como lo tiene analizado la praxeología, la perspectiva o arista social del emprendimiento lleva a indagar cuál es el destino final del lucro. Las utilidades o ganancias de una empresa tienen como destino fatal e inexorable los impuestos. El EBITDA en el lenguaje económico, uno de los índices financieros más conocidos, que no se puede descartar como herramienta del análisis de cualquier empresa, es la síntesis de las expresiones nominadas en idioma inglés como *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization*, que significan ganancias antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización.

Lo que queremos decir con esto es que los impuestos, por sólo tomar una de las variables de la sigla EBITDA, son la socialización de las ganancias resultante del esfuerzo individual en una economía de mercado. No obstante, los impuestos son anteriores al Estado mismo, las ofrendas de sacrificios a los dioses para que estos protegieron a toda la comunidad eran una forma

de compartir solidariamente el resultado de la actividad económica. Las barreras artificiales a la entrada de un mercado son constitutivas de conductas atentatorias de la libre competencia. Un emprendedor puede verse enfrentado a barreras artificiales, pero partiendo de que ellas no existan, o que sean controladas por la autoridad de competencia, hay barreras naturales como la falta de experiencia, escasa capacidad técnica o necesidades de ingentes cantidades de dinero para iniciar, lo que puede inhibir el emprendimiento.

Ante este panorama, surge la duda, tanto en Chile como en Colombia, qué pasaría si el gobierno establece exenciones tributarias, créditos subsidiados, amnistías o beneficios para emprendedores. A primera vista, una política de esa naturaleza violaría el principio de igualdad formal, pues discriminaría de los beneficios a los empresarios ya establecidos. No obstante, el entendimiento de que el derecho de igualdad no es una regla puramente formal, sino que apareja tratar de modo igual a los iguales y diferente a los diferentes, justificaría constitucionalmente una ley que establecerá privilegios para los emprendedores. Obsérvese que los empresarios ya establecidos podrían poner barreras a la entrada, reclamando al juez constitucional te expulse del ordenamiento jurídico, esto es, que declare contraria a la Constitución una ley que establezca una exención de impuestos o intereses subsidiados. Al así proceder estaría creando una barrera a la entrada y garantizar el segundo monopolio o un oligopolio con la ayuda del juez constitucional.

Tan solo este año el decreto 286 dispuso un incentivo tributario para empresas que se ajustan a la visión de emprendimiento que el presidente Iván Duque ha decidido llamar de economía naranja. Según este “*Las rentas provenientes del desarrollo de industrias de valor agregado tecnológico y actividades creativas, por un término de siete (7) años*”<sup>107</sup>. En un debate de este estilo, el derecho constitucional podría construir razonamientos sobre la defensa de la libre competencia económica. En este caso la libre competencia económica estaría definitivamente

<sup>107</sup> COLOMBIA. DECRETO 286 DE 2020, “POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 235-2 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO Y SE SUSTITUYEN UNOS ARTÍCULOS DEL CAPÍTULO 22 DEL TÍTULO 1 DE LA PARTE 2 DEL LIBRO 1 DEL DECRETO 1625 DE 2016 ÚNICO REGLAMENTARIO EN MATERIA TRIBUTARIA”, Congreso de la República, Publicado en mayo, 2019. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30030647>. Acceso en: Febrero 2020.

protegida garantizando el ingreso de nuevos agentes al mercado pues la competencia entre todos ellos, en el mayor número posible, reduciría los precios en beneficio del grupo de consumidores. Un adecuado ejercicio de hermenéutica jurídica podría tener enormes efectos para proteger simultáneamente el emprendimiento y la libre competencia económica.

Nos sobra añadir que en Colombia están consagradas en la Carta Política otras acciones muy importantes como la acción popular prevista en el artículo 88 de la Constitución. Según esta norma se defiere a la ley la creación de acciones populares para la defensa de la libre competencia económica. De esta manera, el grupo de consumidores podría proponer acciones constitucionales privilegiadas, para atacar los actos atentatorios de la libre competencia y exigir la indemnización a que tendrían derecho dichos consumidores afectados con la conducta anticompetitiva.

De nuevo emerge la consideración acerca de subjetividades distintas, pues, aunque las acciones populares y del grupo, así como los derechos difusos, ya tienen mucha tradición. Es por ello por lo que la circunstancia de que en Colombia haya sido consagrada una acción constitucional para la protección de la libre competencia tiene un influjo importantísimo en materia de emprendimiento. Se ha tomado el camino de proteger a los consumidores sancionando los actos de competencia desleal no sólo en sede administrativa si no con esencia reparatoria para las víctimas colectivas.

De otro lado, se evidencia del estudio que, en ambos sistemas jurídicos, el chileno y el colombiano, hoy en día se es sujeto activo legitimado de una serie de acciones o recursos. Y, no sólo se queda en sede judicial ordinaria, sino que también, puede accederse a sede constitucional, a través del recurso de amparo constitucional (recurso de protección y recurso de amparo en Chile, y, en Colombia, con la acción de tutela).

No obstante, a lo anterior, cuando se trate de derechos fundamentales, los tribunales, tanto en aspectos de competencia, como cuando se generan conflictos de derechos, deben ponderar en favor de aquellos derechos y libertades intrínsecas con la persona humana. Así, por ejemplo, si se persigue una indemnización por una empresa, tendrá que acudir a justicia ordinaria y no a procedimientos constitucionales, que son en general, más breves, rápidos y con preferencia de vista en la Cortes. En tal sentido, juega un rol relevante, y, por ello, de es-

pecial protección la libre competencia. Así, Colombia lo ha elevado a nivel constitucional, mientras que en Chile queda regulado solo a nivel legal, sin perjuicio que también podría intentarse acciones constitucionales como el recurso de protección, pero deja en la posibilidad de ponderar al caso concreto a la Corte, es decir, si es la vía más idónea o bien, dejarlo solo para jurisdicción especial.

Y, sumado a lo previamente dicho, la actividad económica debe convivir con los derechos de las personas, es decir, que puedan realizar emprendimiento, pero sin vulnerar, o al menos sin superar los límites impuestos por la Constitución y/o las leyes. Ello, tal como lo han expuesto en detalle otros colegas, en relación con las repercusiones que puede tener la actividad empresarial cuando es desmedida y afecta, no solo a las personas y sus derechos intrínsecos, sino que también, al medio ambiente.

Por todo lo anterior es que hablamos de una moneda de dos caras, en que además se debe considerar el contexto en que se encuentra, es decir, en Latinoamérica donde el emprendimiento en ocasiones no es una opción sino una vía de subsistencia. Así, una cara, es la libertad de emprender, pero al mismo tiempo, se genera la necesidad de elevarlo a un derecho, que debe ser resguardado especialmente en los pequeños y microempresarios, con énfasis a quienes lo ejercen como una actividad de subsistencia. Sin embargo, la otra cara de la moneda son los derechos y libertades que pueden verse afectados de otras personas individualmente consideradas, de la comunidad en su conjunto y del medio ambiente. El justo equilibrio entre estas dos caras, es una necesidad que debe replicarse a nivel principios, idealmente consagrándose en cuerpos normativos relevantes como Tratados Internacionales sobre derechos humanos, la Constitución de cada país, y, otorgándoles las acciones, recursos e institucionalidad adecuada para hacerlos efectivos.

## Referências

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio. La jurisprudencia del amparo económico los tres grandes déficits de la última década. *Estudios Constitucionales*, Chile, v. 11, n. 1, p. 167-220, 2013.
- ARAYA ROSALES, Andrés; GALLARDO ALTAMI-

- RANO, Mauricio. El Modelo Chileno desde una ética de justicia y de igualdad de las oportunidades humanas. *Polis*, Chile, v. 14, n. 40, p. 265-287, 2015.
- ATIENZA, Miguel; LUFÍN, Marcelo; ROMANÍ, Gianni. Un Análisis espacial del emprendimiento en Chile. Más no siempre es mejor. *Eure*, Chile, v. 42, n. 127, pp. 111-135, 2016.
- AUZ VACA, Juan Gabriel. The environmental law dimensions of an international binding treaty on business and human rights. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 15, n. 2, p. 152-187, 2018.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, v. 19, n. 2, p. 205-228, 2006.
- BULLARD, Alfredo. La prohibición imposible. ¿Cómo tratar a los monopolios en la Constitución? *Revista de la Facultad de Derecho (PUCP)*, Perú, n. 56, pp. 759-793, 2003.
- CAPUCIO, Camilla. National judges and courts as institutions for global economic governance. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 12, n. 2, p. 255-369, 2015.
- CARRERA SILVA, Liliana. La acción de tutela en Colombia. *Revista Ius*, Puebla, v. 5, n. 27, p. 72-94, 2011.
- CASTRO, José Miguel Camacho. El papel de las instituciones de control financiero sobre los derechos humanos en el contexto latinoamericano. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 13, n. 1, p. 156-168, 2016.
- CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. 16 jun. 2018. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. *Constitución Política del Estado de Chile, de 30 de octubre de 1822*. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005168>. Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. *Decreto Ley 1350, "CREA LA CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE"*. Ministerio de Minería, publicado el 28 de febrero de 1976, 9 ene. 2014, por modificación de la Ley 20720. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6578&idParte>. Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. *Decreto Ley 1552, "ACTA COSTITUCIONAL N° 3. De los derechos y deberes constitucionales"*. Ministerio de Justicia, publicado el 13 de septiembre de 1976. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6656> Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. *Decreto Ley 211, "FIJA NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA"*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 17 de diciembre de 1973, última modificación de la Ley 20088, de 5 de enero de 2006. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5872> Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Auto Acordado 94-2015. "TEXTO REFUNDIDO DEL AUTO ACORDADO SOBRE TRAMITACIÓN Y FALLO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES"*, publicado el 28 de agosto de 2015, última versión de 5 de octubre de 2018, por modificación del Auto Acordado 173 de 5 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1080916> Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Rol N° 11.957-2018*. Sentencia de 05 de mayo de 2018.
- CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Rol N° 4.244-2019*. Sentencia de 28 de febrero de 2019.
- CHILE. Fiscalía Nacional Económica. *"Decreto Ley 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia. Versión refundida"*, publicada en el sitio electrónico de la institución en 2016. Disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL\\_211\\_refundido\\_2016.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf). Acceso en: 22 de julio de 2019.
- CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. *Rol N° 7.178-2017*. Sentencia de 11 de mayo de 2018.
- CHILE. *Ley 1552, "CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL"*. Ministerio de Justicia, publicado el 30 de agosto de 1902, última versión de 14 de mayo de 2019, por modificación de la Ley 21159, de 14 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1131420&idParte=10022142&idVersion=2019-05-14>. Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. *Ley 18971, "ESTABLECE RECURSO ESPECIAL QUE INDICA"*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicada el 10 de marzo de 1990. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30339>. Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. *Ley 19911, "CREA EL TRIBUNAL DE LA*

- LIBRE COMPETENCIA”. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicada el 14 de noviembre de 2003. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=217122>. Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. *Ley 20169 “REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL”*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 16 de febrero de 2007, última versión de 4 de julio de 2019, por modificación de la Ley 21166, de 4 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258377>. Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. *Ley 20169 “REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL”*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 16 de febrero de 2007, última versión de 4 de julio de 2019, por modificación de la Ley 21166, de 4 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258377>. Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. *Ley 20169 “REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL”*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 16 de febrero de 2007, última versión de 4 de julio de 2019, por modificación de la Ley 21166, de 4 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258377>. Acceso en: 22 jul. 2019.
- CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. *Informe de resultados: Empresas en Chile. Cuarta Encuesta Longitudinal de Empresas. Agosto 2017*. Disponible en: <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Bolet%C3%ADn-empresas-en-Chile-ELE4.pdf>. Acceso en: 28 jul. 2019.
- CHONCHOL, Jacques. Impacto de la globalización en las sociedades latino-americanas: ¿qué hacer frente a ello?. *Estudos Avançados*, Brasil, v. 12, n. 34, p. 163-186, 1998.
- COBO, Nicolás. Ley de rotulación de alimentos de Chile: ¿Traba comercial o protección de la salud?. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 14, n. 3, p. 260-275, 2017.
- COLOMBIA. *Comisión de Regulación de Comunicaciones*. Caso Tigoune del 05 de octubre De 2016. Disponible en: [https://www.crcm.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/coment2/2016-LA\\_PROTECCION\\_CONSTITUCIONAL\\_DE\\_LA\\_LIBRE\\_COMPETENCIA.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/coment2/2016-LA_PROTECCION_CONSTITUCIONAL_DE_LA_LIBRE_COMPETENCIA.pdf). Acceso en: 01 ago. 2019.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *C-263 2011*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *C-537 2010*. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *C-836 de 2001*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-228 de 24 de marzo 2010*. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-263/11*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-535 del 97*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-595/99*.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-448/2011*. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T 1145 de 2005*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T 378 de 2006*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- COLOMBIA, Corte Constitucional. *Sentencia T 472 de 1996*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-378/2006*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-396/93*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-830/10*. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- COLOMBIA. *DECRETO 286 DE 2020*, “POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 235-2 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO Y SE SUSTITUYEN UNOS ARTÍCULOS DEL CAPÍTULO 22 DEL TÍTULO 1 DE LA PARTE 2 DEL LIBRO 1 DEL DECRETO 1625 DE 2016 ÚNICO REGLAMENTARIO EN MATERIA TRIBUTARIA”, Congreso de la Republica, Publicado en mayo, 2019. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30030647>. Acceso en: Febrero 2020.
- COLOMBIA. *Ley 1834 DE 2019*. “POR MEDIO DE LA CUAL SE FOMENTA LA ECONOMÍA CREATIVA LEY NARANJA EL CONGRESO DE COLOMBIA”, Congreso de la Republica, Publicado en mayo, 2019. Disponible en: <http://www.suin-juriscol>.

- gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30030647. Acceso en: 10 abril 2019.
- COLOMBIA. *Ley 590 DE 2000*. "Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresa" Congreso de la Republica, Publicado en junio, 2000. Disponible en: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30030647> Acceso en: 10 abril 2019.
- COLOMBIA. *Constitución Política de 1991*. Disponible en: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>. Acceso en: 25 mayo 2019.
- CONFECÁMARAS. *Dinámica de creación de empresas en Colombia*. Enero-diciembre de 2019. Disponible en: [http://www.confecamaras.org.co/phoca-download/2019/Cuadernos\\_Analisis\\_Economicos/Din%C3%A1mica%20de%20Creaci%C3%B3n%20de%20Empresas%20\\_%20Ene-Dic%202019%20\\_21012020.pdf](http://www.confecamaras.org.co/phoca-download/2019/Cuadernos_Analisis_Economicos/Din%C3%A1mica%20de%20Creaci%C3%B3n%20de%20Empresas%20_%20Ene-Dic%202019%20_21012020.pdf) Acceso en: 8 abr. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia de 21 de junio de 2002*. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago de 2002. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_94\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf). Acceso en: 28 jul. 2019.
- D'FILIPPO, Mario Alario. Conceptualización de la Función Social de la Propiedad en el Derecho Español y Colombiano. *Jurídica*, Cartagena (Colombia), v. 8, n. 16, p. 176-191, 2016.
- DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo. ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 153-171, 2019.
- AMARAL, Junior do; PALACIO REVELLO, Viviana. Human rights and extractive industries in Latin America: what responsibility of corporations and their States of origin for human rights violations in the Inter-American Rights System? *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 244-252, 2018.
- DUARTE, Tito; RUIZ TIBANA, Myriam. Emprendimiento, una opción para el desarrollo. *Scientia Et Technica*, Colombia, v. 15, n. 43, p. 326-331, 2009.
- FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980. *Ius Publicum*, Chile, n. 4, p. 63-78, 2000.
- FERNÁNDEZ ORTEGA, Felipe. Una mirada al régimen alternativo y acumulativo del sistema de acciones de la Ley de Competencia Desleal en la judicatura nacional. *Revista Justicia y Derecho*, Chile, v. 1, n. 1, p. 89-99, 2018.
- FERRANTE, Alfredo. Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica. *Revista chilena de derecho*, Santiago, v. 43, n. 2, p. 601-618, 2016.
- FERRAZ, Daniel Amin. Grupo de sociedades: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 494-510, 2014.
- FERRAZ, Daniel Amin. Horizontal agreements, vertical agreements and European and north American jurisprudence on the matter. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 150-160, 2012.
- FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica internacional. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 15-25, 2012.
- GINSBURG, Tom; MELTON, James. Innovation in Constitutional Rights. *Draft for presentation at NYU Workshop on Law, Economics and Politics*, p. 1-29, 2012.
- GOMEZ, Eduardo Biacchi; MARINOZZI, Julia Colle. O diálogo entre fontes normativas e o controle de convencionalidade: entre o livre comércio e o desenvolvimento econômico e sustentável. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 186-199, 2019.
- HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo. El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista. *Estudios Constitucionales*, Chile, v. 8, n. 1, p. 443-466, 2010.
- IORNS, Catherine. "From Rights to Responsibilities using Legal Personhood and Guardianship for Rivers (August 21, 2018). *Responsibility: Law and Governance for Living Well with the Earth*, B Martin, L Te Aho, M Humphries-Kil (eds), Routledge, London & New York, p. 216-239, 2019.
- JOS, Justin. Access to remedies and the emerging ethical dilemmas: changing contours within the business-human rights debate. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 117-128, 2018.

- LATORRE VIVAR, Patricio. Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: Naturaleza, límites y control de sus actividades. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, n. 30, p. 223-240, 2008.
- LOO GUTIÉRREZ, Martín. La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, n. 33, p. 391-426, 2009.
- MANCERA COTA, Adrián. Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, v. 41, n. 121, p. 213-243, 2008.
- MARÍN CASTILLO, Juan Carlos; TRUJILLO GONZÁLEZ, José Saúl. El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar. *Revista Jurídica Derecho*, Bolivia, v. 3, n. 4, p. 53-70, 2016.
- MATOS, Laura Germano; MATIAS, João Luis Nogueira. Multinationais *fast fashion* e direitos humanos: em busca de novos padrões de responsabilização. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 254-268, 2018.
- MATOS, Laura Germano; MATIAS, João Luis Nogueira. Zara, M. Officer, Pernambucanas e Serafina/Collins: o padrão condenatório por condições degradantes da mão de obra em redes contratuais do setor de vestuário. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 111-131, 2019.
- MENDES Danielle, THAME Denn. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 203-220, 2018.
- MÉXICO. "Acta Constitutiva y de Reformas de 1847". Disponible en: <http://museodelasconstituciones.unam.mx/nuevaweb/wp-content/uploads/2019/02/Acta-constitutiva-y-de-reformas-1847.pdf>. Acceso en: 22 jul. 2019.
- MÉXICO. *Constitución Política de 1917, última reforma de 29 de enero de 2016*. Disponible en: <http://www.orden-juridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>. Acceso en: 22 jul. 2019.
- NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*. Disponible em: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch\\_IV\\_04.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf). Acceso en: 22 jul. 2019.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique. 35 años del recurso de protección notas sobre su alcance y regulación normativa. *Estudios Constitucionales*, Chile, v. 10, n. 2, p. 617-642, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. *Ius et Praxis*, Chile, v. 13, n. 1, p. 75-134, 2007.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La acción de constitucionalidad de protección en Chile y la acción de constitucionalidad en México. *Ius et Praxis*, Chile, v. 16, n. 1, p. 219-286, 2010.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm). Acceso en: 22 jul. 2019.
- OSORIO, Ricardo Serrano; COUTO, Clayton. A defesa comercial e a restrição da liberalização e da integração comercial pelo aumento da alíquota de IPI de veículos importados no Brasil. *Brazilian Journal of International Law*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 86-95, 2013.
- OSSA BOCANEGRA, Camilo Ernesto. Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, v. 44, n. 120, p. 181-219, 2014.
- PASQUALE, María Florencia. La función social de la propiedad en la obra de león duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica, Historia Constitucional*, n. 15, p. 93-111, ene./dec. 2014.
- PEREZ ÁLVAREZ, María del Pilar. La Función Social de la Propiedad Privada. Su protección jurídica. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, v. 30, n. 2., p. 17-47, 2014.
- QUINCHE RAMIREZ, M. La acción de tutela elementos dogmáticos y procesales. In: *VÍAS de hecho: Acción de tutela contra providencias*, 9. ed. Bogotá, D.C.: Editorial Ibañez, 2012. v. 1.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Edición del Tricentenario. Actualización 2018, "emprendimiento". Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=Esj9hsT> Acceso en: 28 jul. 2019.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la len-*

*gua española*. Edición del Tricentenario. Actualización 2018, “emprender”. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=Esip2Nv> Acceso en: 28 jul. 2019.

RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Alfonso. Nuevas perspectivas para entender el emprendimiento empresarial. *Pensam. gest.*, Colombia, n. 26, p. 94-119, 2009.

RUY CARDIA, Ana Cláudia. Reparation of victims in light of a treaty on business and human rights. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 15, n. 2, p. 3-11, 2018.

SANTARELLI, Nicolás Carrillo. Declaraciones empresariales “voluntarias” sobre derechos humanos, y la necesidad de una regulación institucional (internacional e interna) externa. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 16, n. 3, p. 21-49, 2019.

SPARANO RADA, Humberto. Emprendimiento en América Latina y su impacto en la gestión de proyectos. *Revista Dimensión Empresarial*, Colombia, v. 12, n. 2, p. 95-106, 2014.

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 22 de abril de 2012, caso A.C. y otros contra España. Disponible en: [http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/institutos/ceso/descargas/STEDH\\_AC-AND-OTHERS-v-SPAIN\\_es.pdf](http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/institutos/ceso/descargas/STEDH_AC-AND-OTHERS-v-SPAIN_es.pdf) Acceso en: 28 de jul. 2019.

VARELA, Marcelo D. A necessidade de repensar os mecanismos de responsabilidade ambiental em caso de riscos de vazamento de petróleo na Zona Econômica Exclusiva do Brasil. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 12, n. 1, p. 240-249, 2015.

VATICANO. PÍO XI. *Carta Encíclica Quadragesimo anno*. “SOBRE LA RESTAURACIÓN DEL ORDEN SOCIAL EN PERFECTA CONFORMIDAD CON LA LEY EVANGÉLICA AL CELEBRARSE EL 40º ANIVERSARIO DE LA ENCÍCLICA “RERUM NOVARUM” DE LEÓN XIII”, dada en Roma, a 15 de mayo de 1931. Disponible en: [http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno.html](http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html) Acceso en: 22 jul. 2019.

VILMONDES TURKE, Mariana Aparecida. Business and human rights in Brazil: exploring human rights due diligence and operational-level grievance mechanisms in the case of Kinross Paracatu gold mine. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 15, n. 2, p. 223-241, 2019.

WOODS, Cindy S. Engaging the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights: the Inter-American commission on human rights & extractive sector. *Brazilian Journal of International Law*, Brasilia, v. 12, n. 2, p. 572-588, 2015.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The European Court of Human Rights Decision on there 'Burqa Ban' and the critical analysis of the Pragmatic experimental logic**

**A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a proibição da burca e a análise crítica da lógica experimental do Pragmatismo**

Flavianne Fernanda Bitencourt  
Nóbrega

George Browne Rego

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# The European Court of Human Rights Decision on there 'Burqa Ban' and the critical analysis of the Pragmatic experimental logic\*

## A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a proibição da burca e a análise crítica da lógica experimental do Pragmatismo

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega\*\*

George Browne Rego\*\*\*

### Abstract

This paper develops a pragmatic analysis of the decision of the European Court of Human Rights, ruling upholding the French ban on the wearing in public of any piece of clothing designed to fully conceal the face (case *S.A.S. v France*, 2014). For this purpose, the pragmatic method of the founder of the Pragmatism C. S. Peirce is initially used to criticize the deductive logic argument developed by the majority of the Court (15 votes), based on the abstract principle of “living together” as an element of the protection of the rights and freedom of others. Then, the Pragmatic abduction reasoning of Peirce, the Logic of Consequences of Holmes Jr and Dewey’s experimental logic were used to revise the arguments of the two dissident judges’ on the case, in order to highlight the conceivable effects of the decision. In correlation, Dewey’s political philosophy is recovered to inquire the fallacies of the majority Court arguments based on ‘stimulating social interactions’ in a democratic society. Interaction together with the principle of continuity represent one of the milestones of the pragmatic philosophy of Dewey. Both are social and political tools indispensable to exam the conditions of possibility of preserving the values of an open and democratic society. In this sense, the Dewey’s concepts of continuity and interaction help to understand what should be the pragmatic meaning of “living together in a democratic society” in opposition to the Court majority decision that did not face the religious and cultural dimensions related to the problem.

**Keywords:** European Court. Experimental Logic. Human Rights. Philosophical Pragmatism. Legal Pragmatism.

### Resumo

Este artigo desenvolve uma análise pragmática da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que decidiu manter a proibição francesa do uso em público de qualquer peça do vestuário concebida para cobrir totalmente o rosto (processo *S.A.S. v França*, 2014). Para este propósito, o método

\* Recebido em 31/12/2018  
Aprovado em 31/03/2020

\*\* Professora Adjunta de Teoria Política e do Estado do Departamento de Direito Público Geral e Processual - Faculdade de Direito - Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutora em Direito pela UFPE, com período sanduíche na Bucerius Law School. Pesquisadora visitante do Instituto Max Planck de Direito Privado e Comparado de Hamburgo. Mestre em Ciência Política e em Direito pela UFPE. Bacharel em Direito. Email: flavianne@gmail.com

\*\*\* Emeritus Professor of the Universidade Federal de Pernambuco  
Professor of the Faculdade Damas. PhD in Philosophy at Tulane University Law School: New Orleans, LA (1976), Master in Arts at Vanderbilt University Peabody College of Education and Human Development Nashville (1971); Post-graduation in Sociology of Law at Universidade Federal de Pernambuco (1967); Bachelor in Philosophy at Universidade Católica de Pernambuco (1966); Bachelor in Law at Universidade Federal de Pernambuco (1962). Email: georgebrowne@browne.com.br

pragmático do fundador do Pragmatismo C S Peirce é inicialmente usado para criticar o argumento da lógica dedutiva elaborada pela maioria da Corte (15 votos), baseado no princípio abstrato de “viver junto” como um elemento de proteção de direitos e da liberdade de outros. Então, o raciocínio pragmático da abdução de Peirce, a lógica das consequências de Holmes Jr e a lógica experimental de Dewey foram usados para revisar os argumentos dos dois juizes dissidentes sobre o caso, a fim de destacar os efeitos concebíveis da decisão. Em correlação, a filosofia política de Dewey é recuperada para investigar as falácias da maioria dos argumentos da Corte embasados em “estimular interações sociais” em uma sociedade democrática. A interação junto com o princípio da continuidade representam um dos marcos da filosofia pragmática de Dewey. Ambas são ferramentas sociais e políticas indispensáveis para examinar as condições de possibilidade de preservar os valores de uma sociedade aberta e democrática. Nesse sentido, os conceitos de continuidade e interação de Dewey ajudam a entender qual deve ser o significado pragmático de “conviver em uma sociedade democrática”, em oposição à decisão da maioria da Corte que não enfrentou as dimensões religiosas e culturais relacionadas ao problema.

**Palavras-chaves:** Corte Europeia. Lógica experimental. Direitos Humanos. Pragmatismo Filosófico. Pragmatismo Jurídico.

## 1 Introduction

The Logic of Pragmatism will be taken as the methodological instrument to interpret the decision of the European Court of Human Rights in its ruling upholding the French ban on the wearing in public of any piece of clothing designed to fully conceal the face (case of *S.A.S. v. France*, judgment delivered on 1 July 2014). Then, methodologically, the philosophical pragmatic approach of C. S. Peirce, J. Dewey and the legal conceptions of O. W. Holmes Jr. will be used to explore logical reasoning and the social and political consequences of the Court's legal adjudication.

The European Court considered that the French Law does not violate articles 8 and 9 of the European Convention of Human Rights respectively: the right to respect for private and family life and freedom of thought, conscience and religion. The majority of Court (15

votes) found that “the ban imposed by the law of 11 October can be regarded as proportionate to the aim pursued, namely the preservation of the conditions of “living together” as an element of the “protection of the rights and freedoms of others”.

On the other hand, the dissent judges (2 votes) argued that the decision “sacrifices individual rights far-reaching prohibition and touching upon the right to one's own cultural and religious identity”. So, for them, the recurring motives for not tolerating the full-face veil are based on interpretations of its symbolic meanings.

The argumentative strategy chosen by the majority of Court in order to justify its decision was a somehow surprising one, and consisted substantially, on the one hand, in subtly dodging the more crucial claims (made by the French and the Belgian Governments and objected by the claimant and the third parties) that the wearing of the burqa or the niqab in public was contrary to the “legitimate aims” of public safety, gender equality and human dignity, and, on the other hand, in acknowledging the existence of the fundamental “right to live in a space of socialisation which makes living together easier”, as derived from the legitimate aim of the “protection of the rights and freedoms of others”.

Behind of the apparent scene of the liberal and democratic decision of the European Court in dealing with the relationships between the European tradition of Human Rights and the Islamic culture, characterized by strong religious compromise, emerges the major problems of the mentioned decision of the Court. It represents a sample of the still existing prejudices between these different cultural environments. On the other hand, the logic of legal reasoning based upon a methodology of Positivist deductive syllogism (Logic of Antecedents) has acted as barriers to a more flexible interpretation of problems of such a nature. The deductive logic of the legal decision exposition is different from the experimental logic of Pragmatism (Logic of Consequences). To better understand this problem it seems relevant to appeal to the logic of abduction as a therapy to clarify these conflicts through the Logic of Consequences. The form of the abductive reasoning was given by the following Peirce's expression: “The surprising fact, C, is observed; but if A were true, C would be a matter of course, Hence, there is reason to suspect that A is true”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> PEIRCE, Charles S. *Pragmatism and abduction*. Editor Artur Burks. Cambridge: Harvard University Press, 1934. p.117. (Collected Pa-

So, Peirce pointed out that the rule for attaining the third grade of clearness is to take into consideration the conceivable effects that have practical bearings<sup>2</sup>. (How to Make our Ideas Clear)

Dewey represents the pragmatic philosopher who methodologically interpreted the interactions between the individual and his community, and how these interactions could be channelized towards the construction of a genuine democratic society. It is relevant to observe how the decision of the European Court – object of this study – emphasized, as fundamental to its interpretation, the notion of socializing spaces as a possibility towards a more functional and peaceful social interaction. O. W. Holmes Jr. brings to the problem the legal pragmatic contribution through his aphorism, according to which the life of Law has not been logic but experience<sup>3</sup>. In this case, Holmes' ideas seem to put into question the Logic of Antecedents inherent to the decision of the European Court. Moreover, from a pragmatic point of view, it is necessary to examine whether the wearing of the burqa or niqab in public can cause the so-called “clear and imminent hazard” that serves as limit the freedom of speech and expression of thought. It is, therefore, a decision which being pure formalist, becomes a fertile ground for pragmatic critical analysis.

In summary, the aim of this paper consists in articulating the logical of scientific inquiry developed by Peirce and the social and political concerns raised through the idea of democracy as a milestone of Dewey's Pragmatic Philosophy with the Logic of Consequences brought about by the legal realism of O.W. Holmes Jr. The aim, then, is to critically analyze the decision of the European Court of Human Rights opening other possible alternatives to reconcile individual freedom and social interests.

## 2 The Pragmatic Doubt against the Belief on the Deductive Logic Argument on Court Adjudication

Peirce's Pragmatism referred to some traditional methodological approaches, which have been used to access truth: method of tenacity, method of authority and the *a priori* method for the fixation of belief. By criticizing those traditional methods, Peirce proposed his original scientific pragmatic method, called Logic of Abduction, as a path to bring about believes through conceivable effects. Holmes, also criticized the postulates of syllogistic deductive logic, followed the same steps of Peirce, applying the Logic of Consequences turned toward the analysis of legal problems.

The legal justification of the decision taken by the European Court did not reveal the practice of reasoning, which occurs in the so called Context of Discovery (Inquiry). This legal decision was strategically justified by a deductive logic, which neutralize the values, disputes and prejudices that involves the European tradition of Human Rights and the Islamic culture, and so, blinded to a more open-mind reasoning.

The Court decided that the French Law of “burqa ban” does not violate the European Convention of Human Rights, because this Law ensures the conditions conducive to “living together” or “respect for the minimum requirements of life in society”, deductively inferred from the article 8 and 9 of the Convention.

Analyzing the legal decision, the major Premise of the legal reasoning were the Articles 8 (Right to respect for private and family life) and 9 (Freedom of thought, conscience and religion) of the European Convention of Human Rights. The Minor Premise involves the argument that the French prohibition of wearing face coverings in public spaces ensures the conditions of “living together” or “respect for the minimum requirements of life in society”, prescribed by Law in European Convention of Human Rights. The Conclusion was that the French Law of “burqa ban” does not violate the European Convention of Human Rights. The deduction model (major premise + minor premise = conclusion) used in the legal reasoning of the majority excluded the substantial part of judicial decision-making process, which is the context of discovery – ‘how’ the decision is taken.

pers, v.5)

<sup>2</sup> PEIRCE, Charles S. How to make our ideas clear. In: *Charles S. Peirce Selected Writings*. Edited by Philip Wiener, Dover Pu. Inc. New York: [S.n], 1958. p.124

<sup>3</sup> HOLMES, Oliver W. *The Common Law*. Toronto: University of Toronto Law School, 2011. p. 5.

In opposition to the mentioned majority, two Judges (Nussberger and Jäderblom) voted against it, with the following arguments<sup>4</sup>:

[...] Nevertheless, we cannot share the opinion of the majority as, in our view, it sacrifices concrete individual rights guaranteed by the Convention to **abstract principles**. It is **doubtful** that the blanket ban on wearing a full-face veil in public pursues a legitimate aim (B). In any event, such a far-reaching prohibition, touching upon the right to one's own cultural and religious identity, is not necessary in a **democratic society** (C). Therefore we come to the conclusion that there has been a violation of Articles 8 and 9 of the Convention (D). [...]

Nevertheless, the majority see a legitimate aim in ensuring "living together", through "the observance of the minimum requirements of life in society", which is understood to be one facet of the "rights and freedoms of others" within the meaning of Article 8 § 2 and Article 9 § 2 of the Convention (see paragraphs 140-142). We have strong reservations about this approach [...]

In summary, the contrary conclusion of the dissident judges goes in the following direction<sup>5</sup>:

[...] 25. In view of this reasoning we find that the criminalisation of the wearing of a full-face veil is a measure which is disproportionate to the aim of protecting the idea of "living together" – an aim which cannot readily be reconciled with the Convention's restrictive catalogue of grounds for interference with basic human rights.

26. In our view there has therefore been a violation of Articles 8 and 9 of the Convention.

Considering the effects and the consequences of the European Court decision, it is possible to justify the arguments of the dissident judges on the grounds of the Philosophical Pragmatic method of Charles Sanders Peirce and its logical implications. By his turn Holmes, following the same steps of Peirce Pragmatism, developed his Logic of Consequences applied to Law.

The abduction reasoning as a logic of mind is driven by the desire to achieve a theory (hypothesis) to explain the surprising facts. Applying to Law, to find the explanation of a problematic legal fact, a hypothesis is conjectured, from where the conceivable consequences are inferred.

The abduction reasoning would have the following model (conclusion + major premise = minor premise). Then, in abduction, we reason from the effects to cause. Therefore, the conclusion comes first anticipating the consequences, as an insight process where judges' personality and individual bias take place. Therefore, the minor premise that appears in the legal inference is born hypothetically and submitted to inquire. If we consider that anticipating the conclusion is the way the judge mind works, the minor premise appears as problematic, hypothetical and fallible.

The legal pragmatic premise of O. W. Holmes Jr., according to which the judge cannot solve particular cases from a general principle, clarifies the bridge between the philosophical logic of pragmatism and its application to law. As Holmes had pointed out many times, a dissent opinion on judgment represents an important mechanism to improve the legal debate and to explore aspects of the intrinsic fallibilism of legal reasoning from a pragmatic perspective.

Taking into consideration the contribution of the scientific pragmatic method developed by Peirce, the legal analysis of the case would start with a real doubt and not a complete doubt in Cartesian terms. According to Peirce, "we cannot begin with complete doubt. We must begin with all the prejudices which we actually have when we enter upon the study of philosophy"<sup>6</sup>. Applying this to the European Court of Human Rights decision-making process, the doubt raised by the dissident judges is a pragmatism one, inquiring whether the blanket ban on wearing a full-face veil in public is a legitimate aim of protecting the democratic principle of living together. **The Court prejudices inherited to the decision of the majority are, then, formally neutralized by a (Cartesian) maxim.** So, the process of inquiry did not take place in the judicial justification of the majority. Recovering Peirce words, "Let us not pretend to doubt in philosophy what we do not doubt in our hearts"<sup>7</sup>.

Under a different perspective, Professor Just called attention to the European Court commitment towards a neutralizing justification, as a strategy to surpass the

<sup>4</sup> Joint partly dissenting opinion of Judges Nussberger and Jäderblom. *In: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. S.A.S. v. France Judgment*. Strasbourg, jul. 1, 2014. p. 61-67.

<sup>5</sup> Joint partly dissenting opinion of Judges Nussberger and Jäderblom. *In: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. S.A.S. v. France Judgment*. Strasbourg, jul. 1, 2014. p. 66-67.

<sup>6</sup> PEIRCE, Charles S. *Some consequences of four incapacities*. Cambridge: Harvard University Press, 1934. (Collected Papers, v.5). p. 156.

<sup>7</sup> PEIRCE, Charles S. *Some consequences of four incapacities*. Cambridge: Harvard University Press, 1934. (Collected Papers, v.5). p.157

costs of a potentially explosive decision. According to him, the Court validated the French law on blanket ban “without a single condemnatory word towards Islam”<sup>8</sup>.

Formally, the majority of the Court did not face the main problem related to freedom of religion, opting to decide based on a pre-existing normative, general democratic accepted criteria (principle of living together), as a maxim to curb questions regarding Court’s political, ideological or philosophical preferences. Focusing only in the context of justification, the highly controversial nature of the French law was easily overcome by abstract assumptions.

The Pragmatic proposal allows one to explore the context of discovery and inquiry as part of legal methodology, in order to improve the decision-making process, traditionally based exclusively on the context of justification, expressed by a deductive logic. Although the method of tenacity, a priori and authority have their merits, they limit the legal reasoning to the context of justification (costless and comfortable), blocking, in Peirce’s view, the investigation of the practical conceivable effects of the Court decision.

The abduction of Peirce is profoundly tied with the concept of the Logic of Consequences theorized by Dewey in his paper “Logical Method and Law”, on 1924. Dewey uses the concept of Logic of Consequences in opposition to what he named of Logic of Antecedents of legal reasoning, based on deduction. According to Dewey deduction inference does not serve to decide, but only to justify what has been previously decided by the judge. As the logic of fixed forms, deduction does not involve a method able to reach intelligent decisions in concrete situations, not even a method able to adjust legal disputes regarding rights protections and public interest issues. The Logic of Antecedents (deductive reasoning) used by the majority of the Court has acted as barriers to a more flexible interpretation of cultural and religious problems.

Peirce’s abduction in Science would have the same properties of Dewey’s proposal to Law: the idea under which the judicial decision-making process operates through the logic of investigation (abduction), where the judge decides based on the conceivable consequences

of the legal decision, adopting a logic relative to consequences rather than to premises. It involves a predictable, probable and future-oriented way of thinking. In summary, one can observe that the European Court decided deductively, without considering Peirce’s adviser, namely “consider what effects, which might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have”<sup>9</sup>.

### **3 The grounds of the Philosophical Pragmatism and the fallacies related to the Court’s argument on “stimulation social interactions” in an open democratic society.**

Pragmatism is a pluralistic philosophy. The history of pragmatism has demonstrated that one cannot find a single pragmatic interpretation about a great majority of its topics, including pragmatism itself. However, there is a conducting wire that seems to find a common point of convergence among the pragmatic thinkers - as one soon will see - mainly among those who integrated the Metaphysical Club: the scientific procedures to approach a problem. For the sake of clarity I have chosen one thinker that I do believe be the most adequate to the purposes of the present analysis, without losing sight of how his methodology shares intercourse with his fellows.

Rigorously, we are not convinced that the human nature can sustained unchangeable beliefs, even when they are strictly conducted by reasons extracted from rules of scientific logic; much less this seems to be possible on the field of social and moral problems, field in which judicial decisions are inserted.

Karl Popper said that the pillars which give support to scientific knowledge were not sink in a firm and solid ground, rather in a swamp one. In this connection, as Charles Sanders Peirce had pointed out - imagination, creativity, art, in short, could have threshold elements to help the logic of scientific discover make our ideas more clear, even without being properly true ideas. In his own words:<sup>10</sup>

<sup>8</sup> JUST, Gustavo. Interpretative choices and objectivity-oriented legal discourse: a strategic analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban. *Int J Semiot Law*, 2015. p. 15. DOI 10.1007/s11196-015-9443-8

<sup>9</sup> PEIRCE, S Charles. How to Make our Ideas Clear. *In: Charles S. Peirce selected writings*. Edited by Philip Wiener, Dover Pu. Inc. New York: [s.n], 1958. p.124

<sup>10</sup> PEIRCE, S Charles, How to Make our Ideas Clear. *In: Charles S. Peirce selected writings*. Edited by Philip Wiener, Dover Pu. Inc. New

[...]How to give birth to those vital and procreative ideas which multiply into a thousand forms and diffuse themselves everywhere, advancing a civilization and making the dignity of man, is an art not yet reduced to rules, but of the secret of which the history of science affords some hints.[...]

Specifically, it is taken for granted that, a rule of law, only analytically organized, couldn't anticipate the practical effects and consequences of what will effectively happen in the future course of experience; so, on these grounds, a pragmatic appraisal of the Court's decision would, in a first glance, leads to the conclusion that the Burqa ban Law, fails in maintaining – as it aims – **public safety, the stimulation social interactions, preserving the continuity of the indispensable values of an open and democratic society.**

However, it seems prudent for a while, put these suppositions within brackets, in order to deep the inquiry – under a pragmatic point of view - in order to verify in what extent, if any, the Court took into consideration the need of analyze and experimentally evaluate the alleged practical effects and possible consequences of such a decision. In order to do this is important to first verify, what interaction means, considering the emphatic tone the expression **“stimulating social interactions”** assumes in the Court's argumentation and which are its prerequisites. Interaction together with the principle of continuity represent one of the milestones of the pragmatic philosophy of John Dewey. Both are, social and political tools indispensable to exam the conditions of possibility of preserving the values of an open and democratic society. They are the headlights which illuminate and select among experiences the ones which promote socially and morally growth, from those that do not. Once one is navigating on the waters of law, it is important to observe how these principles work in connection with legal problems.

Oliver Wendell Holmes Jr. in his known statement “Common Law” vehemently refuted the legal formalism and its obstinate tendency to transform law into a oracle, endowed with the power of anticipating future consequences<sup>11</sup>:

[...]It cannot be helped, it is as it should be, that the law is behind the times. As law embodies beliefs that have translated themselves into action, while there still is doubt, while opposite convictions still keep

a battle front against each other, the time for law has not come; the notion destined to prevail is not yet entitled to the field. It is a misfortune if a judge reads his conscious or unconscious sympathy with one side or the other prematurely into the law, and forgets that what seems to him to be first principles are believed by half fellow men to be wrong.[...]

Holmes is the most important pragmatic thinker in the field of law. More than that, he is a social scientist who used law as a tool to understand the complex problems of social conflict. As an empiricist, he saw law not as something abstract but as an instrument of solving conflicts. When he affirmed that “the nature of law is not logic but experience” he wanted to convey the idea that experience is plural and so, very far from logos, being law the witness and external deposit of our moral life which follows the values of society and not dictate them. Here, Holmes adhere to Dewey's advise of avoiding the use of law as a separate entity.

The interpretations based on objective logical reasoning have been largely accepted as a secure alternative to reach unquestionable truths. However, the price of this apparent formality is an inevitable separation between law and moral. Its philosophical foundations retroacts to the so-called Legal Positivism, whose historical roots are first found in Hobbes and his difficulties to deal with moral consequences of individual feelings of superiority against others on the natural state. Together with Austin's interest in implementing Bentham analytical instrumentalism as an achievement of a logical and universal codification, both - as Professor Kellogg<sup>12</sup> had suggested – offered fertile seasons to the growth of Legal Positivism, later, carried forward in the twenty century by the British philosopher of law H.L.A. Hart. Although one can observe some improvements in the Hart's formal positivistic conception of law, he still interpreted norms as logical and hypothetical commands, apart from their axiological dimensions which safeguard the free and practical exercise of social behaviors.

Opposed to Hobbes assumptions that a sovereign should impose rules to provide security and social welfare, Holmes suggests a decentralized and flexible order susceptible of constant reshapes and revisions. In this connection, Holmes methodology is more akin with Peirce's and Dewey's communal inquiry than with the Aristotelian formal logic.

York: [s.n], 1958. p. 136.

<sup>11</sup> HOLMES JR, Oliver W. *The common law*. Toronto: University of Toronto Law School, 2011. p. 168

<sup>12</sup> KELLOGG, Frederic R. *Oliver Wendell Holmes, Jr., legal theory, and judicial restraint*. Cambridge: University Press, 2007. p. 66

In accordance with the pragmatic approach, future effects and consequences of behaviors, require a hypothetical experimental evaluation of their future course, without no previous assurance that it will be or not accepted by the public.

The impossibility of, under positivist foundations, promoting an organic implementation of legal decisions, leads necessarily to a second option: the mechanic one (Roscoe Pound refers to mechanical jurisprudence). The assumption of such alternative is that freedom is mix up with security and the government, in order to maintain political stability and “social interactions”, must take care first of security, in order to control the use of the second freedom.

#### 4 The pragmatic methodology of Dewey’s instrumentalism and the heritage of Charles Sanders Peirce

The point of depart of Dewey’s political philosophy and his conception of democracy consists on the understanding of how he methodologically formulated a theory of values, able to avoid a bifurcation of reason from experience. Such an isolation – Dewey argued – generates insecurity in relation to man’s aims to approach certainties. For him, the path toward the solution of social and politic problems has, as it major challenge, to find out the possibility of better integrate beliefs to the world, within a scientific perspective. Or, in other words, to frame man’s firm persuasions of his beliefs, including the religious ones, within the whole human society by using a scientific pattern. This strategy will bring to light the ties which connect the philosophical investigations of Dewey to Peirce’s methodological tenets.<sup>13</sup>

One clear sign of Peirce’s logic obsession for the study of logic was his statement entitled “Concerning the Author”, inserted in 1897 in his “Collected Papers”. There, he declared that since the awake of his capacity

of thinking and throughout no less than forty years, he has devoted his entire life: “diligently and incessantly occupied with the study of method (of) inquiry, both those which have been and are pursued and those which ought to be pursued.”<sup>14</sup>

Looking for an expression which could best sum up the meaning of his epistemological findings during those years he spent in the course of this ripening process, he finally decided to designate it as “*fallibilism*”. Peirce’s conception of fallibilism presupposes that any statement or belief is potentially contaminated by a virus of error, except in relation to the concept of fallibilism itself. Therefore, apart from this exception, all concepts, no matter their origin, are, by nature, unwarranted, and so, continually susceptible to be revised.

Besides, Peirce’s conception is fundamentally connected with another important landmark of the pragmatic theory of experience: the mentioned principle of continuity. Peirce<sup>15</sup> considered the principle of continuity as the tool which gives objectification and functionality to fallibilism, once for him:

[...]fallibilism is the doctrine that our knowledge is never absolute but always swims, as it were, in a continuum of uncertainty and of indeterminacy. Now the doctrine of continuity is that all things so swim in continua [...]

It is still important to explore another facet of Peirce’s scientific knowledge, swinging around his cultural and intellectual knowledge. It is concerned with his long run intellectual career and ability of reconciling, in a rich and rare combination, a great proficiency as a natural scientist, together with continuous and systematic studies on the field of the history of philosophy, which permit him, simultaneously, as Buchler<sup>16</sup> pointed out:

[...]critically utilize his historical study toward the achievement of a imaginative depth and his experimental science toward the development of powerful logic. The striking originality of his thought thus grows from a broad and solid foundation, and it is the product not only of his native intellectual genius but of his moral conviction that philosophy must build as well as repair.

The application of the principle of continuity as a

<sup>13</sup> Peirce was widely considered by his fellows as the father of Pragmatism, notwithstanding, he himself had recognized Nicholas Saint John Green - a skillful and learned lawyer - as the man who, in applying Alexander Bain’s definition of belief, namely, “that upon which man is prepared to act” became the forerunner of Pragmatism. Green, according to Peirce, was responsible for elevating Pragmatism beyond the landing of a mere corollary. Ironically, Peirce replies his above epithet suggesting that: “I am disposed to think of him (Green) as the grandfather of pragmatism”.

<sup>14</sup> PHILOSOPHICAL writings of Peirce: selected and edited by Justus Buchler. New York: Dover Publications, 1955. p.1

<sup>15</sup> PEIRCE, Charles S. Synechism, fallibilism, and evolution. In: *Philosophical writings of Peirce*. Edited by Justus Buchler. New York: Dover Publication, 1955. p.356.

<sup>16</sup> BUCHLER, Justus. Introduction. In: *Philosophical writings of Peirce*. New York, Dover Publication, 1955. p. 9

fundamental category of Dewey's philosophical instrumentalism is considerably owned, to Peirce's methodological overture which motivated Dewey<sup>17</sup> to use it as a lever for investigating changes in nature, being it physical, social or moral.

However, it is important as well to insert here a parenthesis, in order to point out that, apart from Peirce's influence, the idea of continuity in Dewey's thought, retroacted to his early graduate studies, through the influence of Hegel's philosophy, which, according to him, first and definitely sediment his conception of continuity as an existential trait of nature and the motor of inquiring.

In an article entitled "From Absolutism to Experimentalism" of 1930, Dewey<sup>18</sup> declared that apart from his later drifts from Hegelian idealism he never ignored and much less denying what an astute critic had affirmed about Hegel's influence on his philosophical conceptions, namely that: "Hegel has left a permanent deposit in my thinking"<sup>19</sup>, and concluded, "I still should believe that there is greater richness and greater variety of insights in Hegel than in other single systematic philosopher"<sup>20</sup>. Then, it seems appropriate to state that in this context continuity, in Dewey's realistic and naturalistic philosophy, is a category which partially criticizes and gives support to his original idealistic tenets.

## 5 Peirce and Dewey's fallibilism under a comparative view

If the pragmatists in general, mainly the fellows of the Boston's Metaphysical Club, tried to settle their methodological investigations, taking Peirce's logic postulates as a point of depart of their philosophical analysis - Dewey, in spite of the alleged idealistic residues left

in his mind by the Hegelian conceptions - was not an exception.

To illustrate how some of these ties were sized, one could invoke Peirce's major concern with a paramount logical canon, which he explained in one of his most famous papers: "How to Make our Ideas Clear". There, he pointed out the principles he considered fundamental to push thought to a higher grade of clearness which goes beyond the canons of the traditional logic. For him, thought, in a scientific perspective, has as a sole function to produce beliefs; what goes beyond this, he asserted, belongs to other systems of relations.

If then, the role of thought is generates beliefs, consequently, it has as its leitmotif the attainment of thought at rest; and whatever does not refer to belief is no part of the thought. So, in searching for answering what a belief really is, Peirce<sup>21</sup> defined it as follows:

[...]It is the demi-cadence which closes a musical phrase in the symphony of our intellectual life. We have seen that it has just three properties: First, it is something that we are aware of; second, it appeases the irritation of doubt; and third, it involves the establishment in our nature of a rule of action, or, say in short, a *habit*. As it appeases the irritation of doubt, which is the motive for thinking, thought relaxes and comes to rest for a moment when belief is reached. But since belief is a rule for action, the application of which involves further doubt and further thought, at the same time that it is a stopping-place, it is also a new starting-place for thought. That is why I have permitted myself to call it thought at rest, although thought is essentially an action.[...]

Dewey's conception of thought as an instrument for reconstructing human experiences analogically pushes knowledge, in order to reconcile it with Peirce's premise that the function of thought is to pursue beliefs; as Peirce, Dewey considered thought a restless instrument to deal with an universe full of uncertainties, risks, challenges in which human intelligence has constantly and interminably to deal with for surpassing its conflicts and try to change human habits accordingly; in a continue search for settling problematic situations man aims to transform them into renewed and more enduring and richer experiences.

However, if one looks now for some distinctions between Peirce and Dewey, it would be appropriate to

<sup>17</sup> DEWEY, John. *The quest for certainty*. New York: Gifford Lectures, 1929. p. 18

<sup>18</sup> DEWEY, John. From absolutism to experimentalism. In: *The later works*. Edited by Jo Ann Boydston. Illinois: Southern Illinois University, 1984. p.147-160. (v.5, 1929-1930)

<sup>19</sup> DEWEY, John. From absolutism to experimentalism *apud* RUSSEL, Bertrand. Dewey's New Logic. In: *The library of living philosophers: the philosophy of John Dewey*. Editor Paul A. Schilpp. Illinois: Illinois University, 1971. p. 138.

<sup>20</sup> DEWEY, John. From absolutism to experimentalism. In: *The later works*. Edited by Jo Ann Boydston. Illinois: Southern Illinois University, 1984. p. 154. (v.5, 1929-1930)

<sup>21</sup> PEIRCE, Charles S. How to Make our Ideas Clear. In: *Selected writings: values in an universe of Chance*. Edited by Philip P. Wiener. New York: Dover Publication, 1958. p.28-9

call attention that, even though Dewey essentially had used Peirce's conception of thought as a tool for action, there is a subtle difference in the direction they methodologically used it. So, while Peirce, as a natural scientist, was mainly devoted to explain the relevance of the methodological procedures to the scientific inquiry in general, Dewey, as a cultural philosopher, was occupied and preoccupied with emphatically use Peirce's pragmatic logic directing it to moral and political problems, as well as with the role of democracy in their social arrangements.

However, this does not mean that Peirce was completely immune to the role of his logic and its possible application to the sphere of moral problems. He also believed that man, is naturally inclined to seek for ideals, whose aims are to make steady his own beliefs; however— he advised — it is very important that he must be aware about the steps he follows to make such choices, transforming them in beliefs whose consequences and effects could be empirically tested. Because, if he takes his ideals strictly as a categorical, fixed and unchanging expression of a necessary moral development he will slide down on a pitfall which makes him divert, or blocking the way to perceive the logical consequences of his inquiry. For this reason, to access knowledge adequately requires a kind of Socratic and modest attitude which leads man to renounce the sin of yielding fancies to arrive to truly convictions. So, when he stoically accepts his own limitations before a world plenty of uncertainties he realizes that “fallibilism” is a pre-condition of pragmatic inquiry which requires a kind of altruistic logic begging for a servitude of thought, in front of a world of chances. Allegorically, would be possible to accept Peirce's advise as the real available possibility of man to free himself from the fetters of alleged dogmatic truths.

Connected with these moral beliefs concerns, it is reasonable to bring into consideration a reference Peirce made to moral beliefs as related to religious convictions. Here, he stretched the boundaries of his fallibilistic conceptions out to religious problems.

Peirce argued that Protestants considered flesh and blood as elements of the sacrament only in a figurative sense, while the Catholics literally accept them just as they were meat and blood, notwithstanding they also admit their additional sensible qualities. But, Peirce said, “It is foolish for Catholic and Protestants to fancy

themselves in disagreement about the elements of the sacrament, if they agree in regard to all their sensible effects, here or hereafter.”<sup>22</sup>

This argument demonstrates that, whatever concept we have in our minds of an object, it will correspond to its sensible effects; so, it is a mere caprice, a whim, to admit any other possibility, except if we deceive mentally mix up a fancy's thought as a part of the thought itself. It is just on the basis of such an argumentation that Peirce arrived to his conception of what the concept of an object means (see above section 2).

## 6 Outlines of the concepts of continuity, interaction and fallibilism in the social philosophy of John Dewey

Regarding Peirce's fallibilism and its methodological applications, some considerations related to Dewey's use of the principle of continuity sized up to his concept of a social experience to select intelligently their qualitative effects, deserve additional remarks.

In an article entitled “‘Experience, Knowledge and Value” Dewey<sup>23</sup> started searching for definitions of “truth” related to, inquiry, continuity and the defeat of man's beliefs in unchangeable truths. He affirmed :

[...]The ‘truth’ of any present proposition, is, by definition, subject of the outcome of continued inquiries; its ‘truth’, if the word must be used, is provisional; as near the truth as inquiry has as yet come, a matter determined not by a guess at some future belief but by the care and pains with which inquiry has been conducted up to present time. Admission of the necessary subjection of every present proposition to the result to be obtained in future inquiry is the meaning of Peirce's reference to confession of inaccuracy and one-sidedness as an ingredient of the truth of a present proposition.[...]

In a footnote to the above quotation Dewey reinforced his allegiance to Peirce's principle of fallibilism and his emphasis upon its inherent notion of probability which affects all kinds of experience.

<sup>22</sup> PEIRCE, Charles S. How to Make our Ideas Clear. In: *Selected writings*: values in an universe of Chance. Edited by Philip P. Wiener. New York: Dover Publication, 1958. p.124.

<sup>23</sup> DEWEY, John. Experience, knowledge and values. In: *The life of the living philosophers*: the Philosophy of John Dewey. Edited by Paul A. Schilpp. Illinois: Open Court Pu, 1971. p.573. v.1

Experiences, he thought, may stir up curiosity, wishful thinking, intentions which may drive a person for future projects as an attempt to materialize his hopes. However, each experience being a moving force, its value will depend on the direction it is settled in motion. Therefore, both philosophically and pedagogically, to deal intelligently with experiences –presuppose a careful evaluation of the directions the experiences would take. A no less important requisite to deal with them is that they do not occur only within a person. It is important to acknowledge that all human experiences are shared ones, in other words, they are, by nature, social.

The social character of experience is a kind of moral experience, an attitude of discernment, let's one say, form of practical wisdom overt to a critical examination. Its function is, then, to select attitudes akin with a lived and moral continuation of the individual and social growth, apart from those which go in reverse direction.

So, experience comprises two different, even though inseparable dimensions: objective experiences and subjective ones. They are not separated, much less opposed. But they require a certain equilibrium in such way that, neither internal dispositions (individual impulses) should prevail over the social objectives and environmental conditions, nor the latter must imperialistically impose its external strength to the former.

Again, the instrumental pragmatic logic of Dewey interprets knowing as a form of doing, so that the objects of knowledge are consequences of operations performed by man, and not a pure consequence of an illuminated reason, bestowed with self-sufficiency.

Being knowledge operational in Dewey's instrumentalism, it is directly connected with the logic of the scientific investigation. Its function then is instrumental in the sense it provides a balance, a kind of middle term between subjective and objective conditions of knowledge, between knowing and the known. This dimension of social knowledge, requires communication, which corresponds to the second fundamental principle of Dewey's interpretation of experience, namely: **the principle of interaction**.

Therefore, both continuity and interaction act as twins, born of the same birth sharing the pragmatic formulation of the human knowledge. According to him<sup>24</sup>:

<sup>24</sup> DEWEY, John. *Experience and Education*. New York: Kappa Delta Pi, 1938. p. 44-5

[...]The two principles of continuity and interaction are not separate from each other. They intercept and unite. They are, so to speak, the longitudinal and lateral aspects of experience. Different situations succeed one another. But because of the principle of continuity something is carried over from the earlier to the later ones. As an individual passes from one situation to another, his world, his environment, expands and contracts. He does not find himself living in another world but in a different part or aspect of the same world. What he has learned in the way of knowledge and skill in one situation becomes an instrument of understanding and dealing effectively with the situations which follow. The process goes on as long as life and learning continue.[...]

Dewey explored epistemologically the connections between the scientific knowledge and social politic problems digging their roots in the history of the western culture. He found that since the Greek tradition there was a division between knowledge and belief. Such a division was originally owned to the historical changes from religion to philosophy. Through it, imagination and emotion were treated under the lights of a rational discourse, submitted to the canons of the formal logic. In "The Quest for Certainty" Dewey recognized that believes follow two distinct paths: "He has beliefs about actual existences and the course of the events, and he has beliefs about ends to be striven for, policies to be adopted, goods to be attained and evils to be averted."<sup>25</sup>

He considered an urgent practical problem to find a possibility of reconciling and connecting these two beliefs: "How shall our most authentic and dependable cognitive beliefs be used to regulate our practical beliefs? How shall the later serve to organize and integrate our intellectual beliefs?"<sup>26</sup>

## 7 Dewey's integrated view of religious and democratic beliefs

Now the philosophy of John Dewey will be drive to religious beliefs as connected with the idea of democracy. Different from his fellow William James, who interpreted religious life on the lens of individual values, Dewey saw it as a moral, social and educational

<sup>25</sup> DEWEY, John. *The Quest for Certainty*. New York: Gifford Lectures, 1929. p. 18

<sup>26</sup> DEWEY, John. *The Quest for Certainty*. New York: Gifford Lectures, 1929. p. 18

phenomenon. So, they become instruments to develop imaginative relations turned toward man and his social ideals. Dewey's all-around logic, supported by a theory of experience is immersed in the whole cultural environment, searching for a set of ideas, beliefs and intellectual and social, moral and religious attitudes with which individuals could cope with the real world.

How, then, to reconcile the experimentalism and its pragmatic cornerstone: the scientific method, with fields like ethical and religious? This would be possible, if one takes for granted that religious have moral consequences and effects, analogous to any other social behaviors. So, the wire system which moves social experiences, moves as well, the religious ones. Interlaced and embracing all these social, political and moral and religious experiences come forth the idea of democracy.

Dewey's cultural philosophy reputes indispensable that the moving energy which direct all human experiences are irradiated by certain moral binds which, as a cement, which ethically concretizes social interactions. This cement is democracy. Human beings would have no meaning at all, except if it conveys the intimate and vital connection of democracy to man's life. According to him<sup>27</sup>:

[...]We cannot continue the idea that human nature when left to itself, when freed from external arbitrary restrictions, will tend to the production of democratic institutions that worked successfully. We have now to state the issue from the other side. We have to see that democracy means the belief that humanistic culture should prevail; we should be frank and open in our recognition that the proposition is a moral one –like any idea that concerns what should be.(...) No matter how uniform and constant human nature is in the abstract, the conditions within which and upon which it operates have changed so greatly since political democracy was established among us, that democracy cannot now depend upon or be expressed in political institutions alone. We cannot even be certain that they and their legal accompaniments are actually democratic at the present time – for democracy is expressed in the attitudes of human beings and is measured by consequences produced in their lives.

And in his book *The Public and its Problems*, he proceeded<sup>28</sup>:

<sup>27</sup> DEWEY, John. *Democracy and human nature*. In: *Freedom and culture*. New York: G.P. Putnam's Sons, 1939. p. 124-125

<sup>28</sup> DEWEY, John. *The public and its problems*. Chicago: Gateway Books, 1946. p. 148

[...]Regarded as an idea, democracy is not an alternative to other principles of associated life. It is the idea of community life itself. It is an ideal in the only intelligible sense of an ideal: namely, the tendency and movement of some thing which exists carried to its final limit, viewed as completed, perfected.[...]

In order to fulfill such a desideratum, *Education* (one of the cornerstones of Dewey's democracy) is the social formula able to adjust a citizen's conduct as a member of a political group to actively participate, as a free and responsible individual, of the family life, industry and commercial activities, scientific, artistic and religious practices.

Dewey's pragmatic naturalist view of religiosity as exposed in "A Common Faith", implies that religious experiences could be analyzed, as any other types of experiences. So, they are analogously susceptible to a pragmatic inquiry, once, religious phenomena exists in us as a fruit of our ideals beliefs. **Therefore, there is no reason to consider them mystical experiences, emanated from a superior divine power, but as another type of natural manifestation of experience.** As he said<sup>29</sup>:

[...]On the contrary, there is every reason to suppose that, in some degree of intensity, they occur so frequently that they may be regarded as normal manifestations that take place at certain rhythmic points in the movement of experience.

Religious attitudes are, by the same token, committed with the realization of the democracy as a vital moral and spiritual human ideal. If democracy prevails, we no longer are compelled to be reduced to a mechanical model. As he pointed out<sup>30</sup>:

[...] Whether or no we are, save in some metaphorical sense all brothers, we are at least all in the same boat traversing the same turbulent ocean. The potential religious significance of this fact is infinite.

Another important question now arises: how it is possible interpret the turmoil of modernity through the lights of the dialectical and contradictory conflicts between the development of science and technology, commerce and arts, and the needs of a democratic community? How to deal with this problem beyond national frontiers? which agreements and methods of

<sup>29</sup> DEWEY, John. *A common faith*. [S.l.]: Yale University Press, 1991. p.37

<sup>30</sup> DEWEY, John. *A common faith*. [S.l.]: Yale University Press, 1991. p.55

cooperation and interactions would promote common shares among peoples and nations?

Contrasting with these imperative requirements, one could observe a permanent feeling of hostility and belligerence between nations and cultures. Morally, each state takes for granted its own values and interests, acting as the supreme judge of its own interests. As a matter of fact, politically, it seems that no substantive shift has happened – except for worse – comparing the length of time between Dewey's description of this conflicting *status quo* and the present days. The remedy Dewey<sup>31</sup> prescribed for those alleged social illness is democracy. And the condition and essence of a democratic government is education:

[...]The devotion of democracy to education is a familiar fact. The superficial explanation is that a government resting upon popular suffrage cannot be successful unless those who elect and who obey their governors are educated. Since a democratic society repudiates the principle of external authority, it must find a substitute in voluntary disposition and interest; these can be created only by education. But there is a deeper explanation. A democracy is more than a form of government; it is primarily a mode of associated living, of conjoint communicated experience.[...]

## 8 Dewey pragmatic method and law; religious and democratic implications

Dewey was not indifferent to the issue of how methodologically to deal with legal problems. By contrary, in spite of not being a technical lawyer he had exhaustively treated the philosophical issues which lay behind law practices.

To the purpose of the present analysis it was selected one of his sharpest statements in which the logic and methodological implications and applications of Pragmatism could be adjusted to law decisions: "Logical Method and Law". It will be analyzed in confront with the alleged Court decision.

Holmes affirmed that the language of judicial decision is mainly the language of logic, longing for repose and certainty; however, certainty, in general, is an illu-

sion: "The actual life of the law – he said – has not been logic; it has been experience."

Dewey understood correctly Holmes criticisms to this legal conception of logic: one of rigid certainties in which, every demonstrative or strictly logical conclusion subsumes a particular under an appropriate universal. It is a syllogistic logic, opposed to a pragmatic logic of inquiry.

Dewey illustrated analogically how the actual logic reasoning has managed legal problems, using the classical syllogism of the mortality of Socrates, as a necessary deduction of the major premise that all men are mortal. The syllogistic logic –Dewey argued – pretends erroneously to prove that logic is only concerned with the results of **thinking**, but not with its **operations**.

Besides, Holmes statement that: "General propositions do not decide concrete cases.", was endorsed by Dewey on the grounds that: "No concrete proposition, that is to say one with its subject-matter dated in time and placed in space, follows from any general statements nor from any combination of them however 'logical it may be.'"<sup>32</sup>

Dewey was entirely convinced that a pragmatic logic of operations applied to all empirical phenomena is primarily connected with intelligent ways of making decisions. Since the territory of law belongs to the realm of experience, so its investigations should be submitted to the same logical rules.

Moving now toward the problem of passing legislation, having as one of its components, religious beliefs in a multicultural perspective - as occur in the present case – requires to examine to what extent, the Burqa band legislation would or not, be compatible with Dewey's philosophic conception of democracy related to law, religious, and social and political behaviors?

From the arguments developed by Dewey, it is possible to infer that in cultural terms, one cannot separate political, social, educational and philosophical problems one from the other. Since Dewey interpret these problems through the light of a multidisciplinary perspective, the principles of continuity and interaction serve as instruments to connect them. The majority decision on the case SAS v. France was fragmented, as Just<sup>33</sup> had

<sup>31</sup> DEWEY, John. *Democracy and education*. New York: The Free Press, 1966. p.87

<sup>32</sup> DEWEY, John. Logical Method and Law. *The philosophical review*, v. 33, n. 3, 1924. p. 566.

<sup>33</sup> JUST, Gustavo. Interpretative choices and objectivity-oriented

pointed out, once religious and cultural dimensions related to the problem were not taken into consideration through a syllogistic reasoning, which was supported by deductive inferences from general assumptions.

## 9 Conclusive remarks

An interpretation of the cultural background on which Law has been historically understood, interpreted and applied in Europe will be now discussed. The legacy of European culture played an important role in the social, moral intellectual, and political fields, to promote man's freedom, economic progress, philosophical scientific and technological developments, artistic and aesthetic creativity. All these deeds have served as an evidence of the unavailable treasure it bestowed to the whole western civilization. However, on the other hand, and in spite of all these advancements, social and racial prejudices, wars, religious intolerances have intermittently acted as barriers against these great conquests. In analyzing these antagonistic tendencies under a social-psychological perspective, some pragmatic insights would help to understand better the nature of such a conflicting dualism.

The roots of these contradictory behaviors and inconsistencies are mainly illustrated through the European colonization of aboriginal cultures of the New World. The strength of this discriminatory and violent process seems, still today, to weigh in the minds and hearts of people from the old Continent, bringing psychologically and socially to the surface conflicts between habits of a past heritage of domination and violence, and the social political and democratic conquests of modernity.

In Law, the concern with this dualism would not be absent. And the most comforting way of getting rid of this schizophrenic dilemma seems to be looking for an epistemological shelter which rationally surpasses those contradictions. The already mentioned Legal Positivism seems to be a glove to fit perfectly to promote the aimed security through a rhetoric based upon deductive logical arguments; as a matter of fact, it attempts to create an artificial equilibrium, a middle term between the

old-fashioned mechanic concept of authority and the modern flexible idea of democracy. Here, the meaning of social interactions consists on a combination of the acceptance of certain liberties, to the expense of controlling others considered "undesirable" and "dangerous"; but, on the end, the real aim seems to be to secure the social order and preserve the juridical system of the State and not to promote free and open interactions. The consequence is that within a same society one has two opposed types of behavior, corresponding to two different types of individuals.

Dewey's concept of interaction rejected individual behaviors, as something insulated but along and in connection with the behaviors of others. Dewey's concept of interaction also refused the idea that knowledge is the only privileged mode of accessing reality owned to its superiority in relation to practical activities. In this connection, social decisions are intellectual, participative and are not isolated. Besides, intellectual judgments are complex in the sense that they involve sentiments, affections, values and hopes.

Although the foundations of majority the European Court were supported by logic tenets, which provides a Positivist deductive way of reasoning, it goes apart from a real living logic of experience, and the analysis of its effects and consequences, as developed by the Philosophical Pragmatism of Peirce and Dewey and the legal realism of Holmes Jr.

The concepts of continuity and interaction in Dewey's philosophy help to better understand what should be the meaning of "living together in a democratic society". It is important to point out how the concept of continuity and democratic interaction proposed by John Dewey, comes closer to the grounds of the dissent opinion, then from the decision of the majority of the Court.

## References

- DEWEY, John. *A common faith*. [S.l.]: Yale University Press, 1991.
- DEWEY, John. Democracy and human nature. *In: Freedom and culture*. New York: G.P. Putnam's Sons, 1939.
- DEWEY, John. *Experience and Education*. New York: Kappa Delta Pi, 1938.

legal discourse: a strategic analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban. *Int J Semiot Law*, 2015. p. 1-18. DOI 10.1007/s11196-015-9443-8

DEWEY, John. Experience, knowledge and values. *In: The life of the living philosophers: the Philosophy of John Dewey.* Edited by Paul A. Schilpp. Illinois: Open Court Pu, 1971. p.573.

DEWEY, John. From absolutism to experimentalism. *In: The later works.* Edited by Jo Ann Boydston. Illinois: Southern Illinois University, 1984. v. 5

DEWEY, John. Logical Method and Law. *The philosophical review*, v. 33, n. 3, 1924.

DEWEY, John. *The public and its problems.* Chicago: Gateway Books, 1946.

DEWEY, John. *The quest for certainty.* New York: Gifford Lectures, 1929.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *S.A.S. v. France Judgment.* Strasbourg, July 1, 2014.

HOLMES, Oliver W. *The Common Law.* Toronto: University of Toronto Law School, 2011.

HOLMES Jr., Oliver Wendell. The Path of Law. *In: The Holmes Reader.* Julius Marke (ed.). New York: Ocean Publications, 1955.

KELLOGG, Frederic R. *Oliver Wendell Holmes, Jr., legal theory, and judicial restraint.* Cambridge: University Press, 2007

JUSTI, Gustavo. Interpretative choices and objectivity-oriented legal discourse: a strategic analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban. *Int J Semiot Law*, 2015. DOI 10.1007/s11196-015-9443-8

PEIRCE, Charles S. *Pragmatism and abduction.* Editor Arthur Burks. Cambridge: Harvard University Press, 1934. (Collected Papers, v.5)

PEIRCE, S Charles, How to Make our Ideas Clear. *In: Charles S. Peirce selected writings.* Edited by Philip Wiener, Dover Pu. Inc. New York: [s.n], 1958.

PEIRCE, Charles S. Synchism, fallibilism, and evolution. *In: Philosophical writings of Peirce.* Edited by Justus Buchler. New York: Dover Publication, 1955.

PEIRCE, Charles S. *Some consequences of four incapacities.* Cambridge: Harvard University Press, 1934. (Collected Papers, v.5).

RUSSEL, Bertrand. Dewey's New Logic. *In: The library of living philosophers: the philosophy of John Dewey.* Editor Paul A. Schilpp. Illinois: Illinois University, 1971.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Direitos humanos das  
deslocadas ambientais e os  
impactos da Usina de Belo  
Monte:** da exploração amazônica  
à subjugação feminina

**Human rights of environmental  
displaced people and the  
impacts of the Belo Monte  
Power Plant:** from amazonian  
exploration to female subjugation

Thais Silveira Pertille

Letícia Albuquerque

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Direitos humanos das deslocadas ambientais e os impactos da Usina de Belo Monte: da exploração amazônica à subjugação feminina\*

## Human rights of environmental displaced people and the impacts of the Belo Monte Power Plant: from amazonian exploration to female subjugation

Thais Silveira Pertille\*\*

Letícia Albuquerque\*\*\*

### Resumo

As barreiras físicas que separam as pessoas em condição de pobreza das que vivem em melhores situações, ao mesmo tempo em que segregam, não evitam que os mais ricos continuem a usufruir dos mais pobres de forma a vulnerabilizá-los, uns, ainda mais do que outros. Aqui se quer chamar atenção para as questões de gênero, que, aliadas às subalternizações econômicas, tem culminado em vulnerabilidade extrema, a qual justifica a urgência de estudos que visem apurar sua origem e busquem soluções a esse quadro que, quando ainda somado a questões ambientais, demonstra ser ignorado pelas justiças nacionais e internacionais. Com isso em vista, questiona-se, a partir do caso da instalação da usina hidrelétrica de Belo Monte, se a justiça global e de gênero têm se efetivado diante das demandas daquelas que tiveram a dignidade violada pela desconstituição do próprio ambiente. O método empregado é o dedutivo e o procedimento é o monográfico, sendo utilizado como critério de pesquisa o bibliográfico. Toma-se a abordagem de Martha Nussbaum sobre as capacidades humanas centrais analisadas da perspectiva do gênero feminino para compreender os impactos ambientais e humanos que envolveram as mulheres atingidas. Denota-se da pesquisa os impactos socioambientais causados pela construção e funcionamento da usina, como os que atingiram a comunidade ribeirinha que, tomada a partir da divisão das dez capacidades elencadas pela autora, demonstram que a perda de conexão com o ambiente reflete-se decisivamente como perda de dignidade.

**Palavras-chave:** Belo Monte. Justiça de gênero. Justiça global. Amazônia. Direitos humanos.

### Abstract

The physical barriers that separate people in poverty from those living in better situations, while at the same time segregating, do not prevent the rich from continuing to enjoy the poorest in order to make them vulnerable, some even more than others. Here we want to call attention to gender

\* Recebido em 24/04/2019  
Aprovado em 20/09/2019

\*\* Mestre em Direito e Relações Internacionais (UFSC). Especialista em Filosofia e Direitos Humanos (PUC/PR). Integrante do Observatório de Justiça Ecológica (UFSC). Professora. Advogada. Email: thaispertille@gmail.com

\*\*\* Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC. Doutora em Direito pelo PPGD/UFSC. Email: laetitia.ufsc@gmail.com

issues, which, together with economic subalternations, have culminated in extreme vulnerability, which justifies the urgency of studies aimed at ascertaining their origin and seeking solutions to this situation, which, when added to environmental issues, shows that it is ignored by national and international justice. With this in mind, it is questioned, from the case of the installation of the Belo Monte hydroelectric power plant, whether global and gender justice have taken place in the face of the demands of those who had their dignity violated by the deconstitution of their environment. The method used is the deductive and the procedure is the monographic one, being used as bibliographic research criterion. Martha Nussbaum's approach to the central human capabilities analyzed from the perspective of the female gender is taken to understand the environmental and human impacts that affected women. The research shows the socio-environmental impacts caused by the construction and operation of the plant, such as those that reached the riverine community, which, taken from the division of the ten capacities listed by the author, demonstrate that the loss of connection with the environment is decisively reflected as loss of dignity.

**Keywords:** Belo Monte. Gender justice. Global justice. Amazon. Human rights.

## 1 Introdução

O perdão frente à ingenuidade antes dado às nações que se orgulhavam de seu desenvolvimento autônomo já não pode ser contemporaneamente concedido. Em tempos de incomensurável fluxo de informações escancara-se a realidade da dependência daqueles que se mantêm sob o questionável conceito de desenvolvimento à custa dos que mal sobrevivem em qualquer nível ou padrão que possua como referência questões de igualdade e, por consequência, dignidade.

Nesse sentido, o reflexo da injustiça internacional na manutenção de uma estrutura de regras que facilita a exploração pelo capitalismo e conserva os seres em hierarquias que permitem esse sistema invoca o pensar novas ideias para uma necessária justiça global.

É pensando nessa inevitável toada de reflexo transfronteiriço de injustiça que se torna possível compreender que a subalternização dos países implica diretamente na subalternização dos seres. Nesse con-

texto, organizações internacionais de direitos humanos (Organização das Nações Unidas - ONU em parceria com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR) reconhecem crianças, mulheres e idosos como grupo principal de atenção. Essa segmentação, para além de questões teóricas, pode ser observada em casos concretos, os quais demonstram que dentro desse grupo exposto há uma categoria que tem, invariavelmente, sua dignidade mais abalada. Aqui se quer chamar atenção para as questões de gênero, que, aliadas às subalternizações econômicas, têm culminado em vulnerabilidade extrema, a qual justifica a urgência de estudos que visem apurar sua origem e busquem soluções a esse quadro que, quando ainda somado a questões ambientais, demonstra ser ignorado pelas justiças nacionais e internacionais.

Exemplo latente disso dá-se no caso brasileiro da instalação da Usina de Belo Monte e dos consequentes danos ambientais e humanos nas fases de sua pré e pós-instalação. A violação dos direitos humanos e dos direitos ambientais por uma perspectiva de gênero demonstra que a partir das interseccionalidades de etnia, raça, classe social, mas principalmente de nacionalidade e gênero, as mulheres afetadas por Belo Monte sofreram violações específicas que ilustram a permanência de uma visão capitalista e colonizadora.

Constata-se que apesar de um ideal de justiça internacional e de relações políticas pautadas nos direitos humanos, a exploração por parte dos países desenvolvidos é agravada ao nível do silenciamento que provoca nas deslocadas. A determinação de gênero e a nacionalidade, justamente questões contingenciais sobre a óptica do existir humano, eis que incontrolláveis, passam a se constituir em fatores decisivos à obtenção da dignidade.

Tendo em mente que na seara acadêmica nomina-se paradigma àquilo que exemplifica de forma clara e concreta os fenômenos que em teoria são debatidos, a Amazônia, pelos mitos que a envolvem, por sua dimensão, história, povos e seres que a habitam, sobrevive, desde a chegada dos europeus, como um acurado paradigma da influência internacional no modo de existir do ambiente e de seus seres. Primeiro pelo eurocentrismo e a legitimação cristã e, atualmente, pela globalização que possibilita a influência estrangeira agora legitimada pelo discurso do desenvolvimento.

Com o objetivo de confirmar/negar e compreender as nuances que contemplam a hipótese de que a

exploração por parte dos países desenvolvidos somado ao acontecimento de nascer em um determinado país explorado, é agravada pela determinação de gênero no caso das deslocadas ambientais é que este artigo parte de perspectiva teórica, tomando como partida a abordagem de Martha Nussbaum sobre as capacidades humanas centrais analisadas da perspectiva do gênero feminino. É foco do artigo neste primeiro momento esclarecer teoricamente como foram construídas (colonização) e se mantém (globalização) as fronteiras da justiça global e como elas influenciam nas capacidades humanas centrais das mulheres para estruturação de uma justiça de gênero. Isso para, na segunda parte do artigo, utilizar o caso da instalação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte como laboratório de verificação do afirmado na teoria.

Os impactos socioambientais causados pela construção e funcionamento de Belo Monte, em especial os que atingiram a comunidade ribeirinha, serão tomados a partir da divisão das dez capacidades elencadas pela autora em duas frentes de violações. A primeira diz respeito à conexão com o ambiente como reflexo de dignidade humana; a segunda, como a própria violência que aumentou em proporções aviltantes a qualquer espécie de direitos humanos envolveu-se na destituição de capacidades das deslocadas ambientais de Belo Monte.

## 2 As fronteiras internacionais de justiça: devastação de mulheres e ambientes

Desde os colonialismos até a globalização, a caracterizar-se pela revolução tecnológica e pela ausência de barreiras à circulação do capital, é possível diagnosticar movimentos de subordinação política, econômica e social que implicam na imposição direta de uma cultura correta, neutra a despeito das demais, ou em distorções de valores dessa natureza.

Nesse sentido, pode-se dizer que acasos aleatórios, como a nacionalidade, tem pesado substancialmente nas capacidades das pessoas desenvolverem ou não uma vida digna. É o que explica Martha Nussbaum<sup>1</sup>, para quem um dos principais problemas não solucionados em termos de justiça global refere-se ao acaso do

nascimento e de origem nacional que, desde o início, deformam profundamente as chances de vida das pessoas, determinando quem vai ditar a cultura e estrutura e aqueles que servirão ao formato imposto.

Há quem prefira dar à globalização os créditos devidos, como é o caso de Frei Beto, o qual, longe dos eufemismos, prefere chamar o fenômeno de “globocolonização, na medida em que uma determinada cultura e uma determinada concepção de vida são impostas ao mundo”<sup>2</sup>.

É comum que a concepção de diferentes doutrinadores acerca da globalização esteja focada na economia. Tal perspectiva não se dá por acaso, uma vez que a economia tem ditado mundialmente os padrões a serem atingidos pelos países. Mesmo a independência e soberania das nações são postas em dúvida nesse cenário no qual “uma poderosa economia global faz todas as escolhas econômicas serem interdependentes e, muitas vezes, impõe às nações pobres condições que reforçam e aprofundam as desigualdades existentes”<sup>3</sup>.

Destarte, a globalização econômica, não implementada sob um viés cooperativista, quando Estados apenas relacionam-se entre si na busca por melhores acordos econômicos visando aprimorar suas próprias realidades, acarreta inquestionáveis desigualdades sociais, afastando países ricos e pobres. Isso torna a noção de dignidade muito abstrata, vez que as necessidades dos mais pobres passam a ser muito básicas e incompatíveis com as dos mais favorecidos.

Observa-se, então, que os direitos humanos são diretamente influenciados pela globalização e que esta termina por acentuar desigualdades, impedindo os Estados de respeitarem esses direitos em todas as suas dimensões. Nesse sentido, a compreensão acerca do que se entende por desenvolvimento ganha fundamental importância, pois explicita um novo modo de colonização, pelo qual os países chamados desenvolvidos ditam um modelo a ser seguido pelos países em desenvolvimento para que ascendam economicamente. Esse modelo de desenvolvimento, contudo, tem muito mais a conferir para os países que exploram os países subdesenvolvi-

<sup>1</sup> NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 02.

<sup>2</sup> CHRISTO, Carlos Alberto Libânio (Frei Beto). Pós modernidade e novos paradigmas. *Instituto Ethos Reflexão*, São Paulo, n. 3, nov. 2000. p. 05.

<sup>3</sup> NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 24.

dos, do que aos próprios seres que sofrem com a pobreza e exploração dos seus países.

O cenário internacional dos direitos humanos precisava de uma nova perspectiva para dar efetividade a essa espécie de direitos. Pois, mesmo com o reconhecimento da interdependência e à indivisibilidade desses direitos no sistema internacional, a prática não conseguia dar o andamento dos direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas inseriu, em 1975, a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais como pauta institucional<sup>4</sup>, fazendo com que tais direitos passassem a ocupar as preocupações políticas nacionais e internacionais.

Em 1986 é adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que uniu três dimensões centrais de proteção, que são; a) a justiça social, pela qual, de acordo com o art. 28 da Declaração de Direitos Humanos “toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração possam ser plenamente realizados”<sup>5</sup>. O art. 2º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento reconhece que “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento”<sup>6</sup>. b) participação e *accountability* (prestação de contas), além da justiça social, o componente democrático é essencial ao direito ao desenvolvimento. Sendo dever do Estado encorajar a participação popular, de indivíduos e grupos, na elaboração, implementação e monitoramento de políticas de desenvolvimento. c) programas e políticas nacionais e cooperação internacional, de forma que o direito ao desenvolvimento compreende essencialmente uma dimensão nacional como uma internacional.<sup>7</sup>

A ligação indissociável entre direitos humanos e desenvolvimento exposta pela Declaração contribuiu para

uma nova conceituação de desenvolvimento, agora pela perspectiva do benefício humano. Em 1990 esse conceito foi concretizado pelo Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento (PNUD) que deu relevância à segurança das pessoas, ao desenvolvimento sustentável e à igualdade de gênero reconhecendo que “os direitos humanos e o desenvolvimento humano compartilham uma visão comum e uma proposta comum – assegurar a liberdade, o bem-estar e a dignidade de todas as pessoas em todos os lugares”<sup>8</sup>.

Mesmo a evolução do conceito e do direito ao desenvolvimento ainda não foram suficientes para concretizar a demanda por uma globalização ética descrita por Mohammed Bedjaoui<sup>9</sup> como “o direito a uma repartição equitativa concernente ao bem-estar social e econômico mundial”. De maneira que, enfatizada a realidade mundial de globalização de que parte este artigo não é permitido desconsiderar a influência direta e essencial de um país sobre outro, fica evidente o problema urgente de ampliar a justiça para todos os cidadãos do mundo e a responsabilidade internacional de todas as nações de efetivá-la.

Contudo, Martha Nussbaum destaca que a simples compilação de dados não retrata o que é necessário saber acerca de como estão vivendo as pessoas mais pobres do mundo. Segundo a autora “As mulheres, por exemplo, ficam notoriamente atrás dos homens nos critérios educação, oportunidades de emprego e até mesmo oportunidades básicas de vida”<sup>10</sup>.

Com a intenção de avaliar a realidade e a partir dela poder contribuir para confecção de uma justiça global é que surge a abordagem das capacidades enquanto categoria de análise de desenvolvimento humano. Tratando-se a teoria das capacidades de um modelo que visa assegurar condições nas quais a escolha genuína é possível, por meio de um conjunto de oportunidades conferido às pessoas, para que possam escolher quando e como utilizá-las.<sup>11</sup> Destaca-se aqui a importância da

<sup>4</sup> PERRONE-MOISÉS, Claudia. Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição das nações unidas. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Claudia (orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999. p. 179-196.

<sup>5</sup> ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

<sup>6</sup> ONU. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 22 maio 2018.

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 216-217.

<sup>8</sup> PNUD. *Informe sobre el desarrollo humano*. Madrid: Ed. Mundo Prensa, 2000. p. 1. apud TRINDADE, Antonio A. C. *Human development and human rights in the international agenda of the XXIst century*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 366.

<sup>9</sup> BEDJAQUI, Mohammed. *The right to development*. apud PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 216.

<sup>10</sup> NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 278.

<sup>11</sup> NUSSBAUM, Martha C. *The Supreme Court term 2006: Con-*

escolha genuína para teoria de Nussbaum e para este estudo, uma vez que escolher corresponde a poder, a real liberdade para decidir por um ou outro modo de vida. Explicando melhor, considera-se que muitas escolhas, aparentemente livres, são na verdade determinadas pela falta de capacidades mínimas para percepção das opções ou da falta delas.

Nessa esteira, Michael Ignatieff<sup>12</sup> alerta que “aumentar a liberdade das pessoas para exercer seus direitos exige certa interpretação cultural das estruturas que restringem sua capacidade de eleição”. O que coaduna com a visão de Nussbaum sobre o momento inicial do contrato em que julga necessário que outros fatores sejam levados em consideração para que as pessoas possam ser determinadas como livres em escolha.

Complementando tal perspectiva a autora elenca as 10 capacidades humanas centrais, as quais assevera não tratarem de um rol taxativo de justiça política, mas que dizem respeito a um mínimo de garantias sociais compatíveis com diferentes visões de como lidar com questões de justiça e distribuição. Tratando-se, portanto, de um modelo que subsume o conteúdo dos principais direitos humanos reconhecidos a uma racionalidade de sentimentos como a reciprocidade e a filiação. Tornando-se, por essas razões, reflexo de diferentes visões de justiça e distribuição. São elas:

1. Vida. Ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a própria vida seja tão reduzida que não valha a pena vive-la.
2. Saúde física. Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver.
3. Integridade física. Ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução.
4. Sentidos, imaginação e pensamento. Fazer essas coisas de um modo “verdadeiramente humano”,

stitutions and capabilities: “perception” against Lofty Formalism. *Harvard Law Review*, p. 21. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2007/11/constitutions-and-capabilities-perception-against-lofty-formalism/>. Acesso em: 22 maio 2018.

<sup>12</sup> IGNATIEFF, Michael. *Los derechos humanos como política e idolatria*. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 2003. p. 92. apud REICHER, Stella Camlot. *Capacidades e direitos humanos: uma análise conceitual sob a ótica de Martha Nussbaum*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e científico básico. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas.

5. Emoções. Ser capaz de manter relações efetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos. Não ter o desenvolvimento emocional bloqueado pelo medo e ansiedade.

6. Razão Prática. Ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (inclui proteção da liberdade de consciência religiosa).

7. Afiliação.

A. Ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social.

B. Ter as bases sociais de autorespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros.

8. Outras espécies. Ser capaz de viver com uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza.

9. Lazer. Ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas.

10. Controle sobre o próprio ambiente.

A. Político. Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito a participação política.

B. Material. Ser capaz de ter propriedade; ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais; ter a liberdade contra a busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com demais trabalhadores.<sup>13</sup>

Os itens da lista são importantes como um todo e cada um mostra-se essencial para a dignidade humana, assim, rejeita-se a possibilidade de que sejam compensadas, na falta de uma delas, ou substituídas. Depreende-se dessa afirmação que a ausência de qualquer dessas capacidades a um indivíduo determinaria a ausência de vida humana.

A abordagem das capacidades pode ser entendida como uma nova perspectiva para análise dos problemas da justiça e dos direitos fundamentais. Uma de suas novidades consiste no objeto central da teoria, que não se

<sup>13</sup> NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 92.

fixa nos procedimentos, mas nas pessoas. David Clark<sup>14</sup> esclarece que o enfoque é reconhecer a heterogeneidade humana e a diversidade, dando atenção às disparidades verificadas em grupos – como as baseadas em gênero, raça, classe, casta ou idade – abraçando o agir humano, a participação e compreendendo que pessoas diferentes, culturas e sociedades podem ter diferentes valores e aspirações.

Nesse sentido, amparar as questões pertinentes à justiça sob o ângulo do gênero é pedra angular para que se desenvolvam teorias e práticas capazes de mudar o cenário de tantas expectativas e pouca realização dos direitos humanos. Pois, como afirma Spivak<sup>15</sup>, se o discurso do subalterno é obliterado, a mulher subalterna encontra-se em uma posição ainda mais periférica pelos problemas subjacentes às questões de gênero.

Não à toa, Martha Nussbaum sintetiza o problema da justiça atual no questionamento de como fazer para globalizar a própria justiça. Essa é uma das razões que fazem refletir que “o enfoque das capacidades, em algumas de suas versões, nos ajuda a pensar satisfatoriamente sobre qual deveria ser o objetivo das relações internacionais”<sup>16</sup> e em quais perspectivas o conceito de desenvolvimento deveria pautar-se.

Com isso em vista, retoma-se aqui o pano de fundo histórico da dominação dos homens sobre as mulheres, relação que se pretende compreender, objetivando trazer à tona os entraves ao estabelecimento prático dos direitos humanos das mulheres. Entraves esses substanciados numa prática hegemônica de poder branco, masculino e colonizador.

Pode-se dizer que o Brasil tem estado, em termos de ressignificação do que é ser mulher e no pleito de direitos destinados a elas, bastante atrasado. Isso se dá, em muito, pelo processo de colonização, o qual fez se apresentarem de forma tardia aqui as promessas iluministas de emancipação dos seres por meio da razão. É de se

dizer que, mesmo que o iluminismo não fosse capaz de concretizar tudo que prometia, tornou menos estéril o campo em que foram lançadas as ideias de algumas autoras como Mary Wollstonecraft e Olympe de Gouges acerca da emancipação feminina. Entretanto, o iluminismo no Brasil do século XVIII – de sistema colonial e escravagista – era uma “ideia fora do lugar”<sup>17</sup>.

A colonização enraizou a ideia de uma cultura superior, legitimada por uma força divina a tomar para si o que encontrava. Esse modelo permitiu aos europeus tornarem propriedades terras e pessoas. Nessa ideia de posse instalou-se a violência como fio condutor das relações.

Por meio dessa forma de conhecer o mundo é que se engendrou uma visão da mulher colonizada equiparada a terra, de recurso a ser utilizado, de bem disponível e, assim como a terra explorada, a possibilidade de ser devastada.

Muito embora aqui a população indígena tenha sido praticamente dizimada e o preconceito contra pessoas negras seja de especificidades horríveis, ainda assim, a ideia da mulher mestiça paira sobre o entendimento colonial do que é ser mulher brasileira. O que quer dizer que ser mestiça independe de cor, de classe social – embora as mulheres negras sejam demasiadamente mais afetadas – ser mestiça tem a ver com nacionalidade, com o pertencimento a uma origem e um gênero que localiza seu lugar no mundo como ser servil.

O corpo feminino, nesse sentido, pode ser pensado como o primeiro território a ser conquistado e ocupado pelo colonizador. Nos mais diversos conflitos, a vulnerabilidade do corpo da mulher é sistematicamente construída e ocupada. Isso é observável desde as conquistas coloniais, também nas guerras civis, ocupações e nas intervenções militares.

Pela leitura da obra de Piscitelli<sup>18</sup>, quem aborda a visão estrangeira sobre as mulheres nacionais que migram para fora do Brasil, pode-se começar a vislumbrar o porquê das mulheres brasileiras serem vistas como tão sexualizadas. Indica-se aqui, um ranço que sobre-

<sup>14</sup> CLARK, David. *The capability approach: it's development, critiques and recent advances*. Global Poverty Research Group. Working paper 32. p. 03. Disponível em: <http://www.gprg.org/pubs/workingpapers/pdfs/gprg-wps-032.pdf>. Acesso em: 26 maio 2018.

<sup>15</sup> Segundo Spivak, subalterno é aquele que não pode falar, pois quando o faz, deixa de sê-lo. Ver mais em: SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010. p. 17.

<sup>16</sup> NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 112.

<sup>17</sup> MORAES, Maria Lygia Quartim de. Prefácio. In: WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos direitos da mulher*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 13.

<sup>18</sup> PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. *Sociedade e Cultura*, v. 11, n. 2, p. 263-274, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/fchf/article/viewFile/5247/4295>.

vive da ideia de colonizador para com colonizado, do dever dessas mulheres de servir aos estrangeiros assim como no passado estigmatizavam a escrava para com o senhor. Assevera a autora, que no lugar desigual atribuído ao Brasil no âmbito global, a nacionalidade brasileira, mais do que a cor da pele, confere-lhes uma condição.

Esse estigma seria se não extirpado, ao menos reduzido, se no âmbito nacional houvesse um reduto de acolhimento e segurança independente dessa construção misógina. Todavia, a influência do olhar colonizador mostra-se como uma triste realidade também no tratamento destinado as mulheres dentro do Brasil. Produz-se aqui uma esquizofrenia social, onde o homem colonizado, em uma espécie de sub-poder, dispensa o mesmo tratamento colonizador às mulheres brasileiras. Dentro do próprio país as mulheres são compreendidas e usadas como se fossem objetos extremamente sexuais e alvo de todo tipo de violência dispensado àquilo que não é humano.

Por conseguinte, a justiça de gênero já detém a compreensão de que só alcançará resultados satisfatórios tecendo novas formas de globalização que superem o ciclo desenvolvimentista e colonial que tem guiado as relações internacionais.

Destarte, temáticas como igualdade, fraternidade e justiça demandam teorias que fujam às perspectivas antropocêntricas já tão exclusiva e exaustivamente examinadas. Ademais, que sejam capazes de atender às nuances que compõe o feminino, sem enrijecê-lo em padrões inexistentes ou desconsiderando interseccionalidades tão fundamentais como classe, cor, etnia e nacionalidade. Ao encontro dessa necessidade é que a abordagem de Martha Nussbaum mostra-se pertinente. Desenvolveu-a na Índia<sup>19</sup>, onde ouviu relatos individuais sobre as situações vividas pelas mulheres e dedicou-se ao estudo da literatura e das leis. Tornou-se imprescindível para Nussbaum estabelecer uma estrutura universal (universal framework) de valores que configure uma base crítica para avaliar o nível de qualidade de vida das mulheres de culturas particulares. Ou seja, uma mesma estrutura de princípios da qual, diferentes mulheres no mundo todo, possam se apropriar para tecerem seus caminhos de desenvolvimento e dignidade.

Acerca da crítica dos relativistas, Nussbaum assevera

que há uma exagerada simplificação quando se afirma que existe uma diferença global entre os valores ocidentais e orientais, pois a estrutura universal de valores transculturais não pretende privar quem quer que seja de optar por um tipo de vida, mas sim garantir-lhe a opção verdadeira de escolha. Em contraposição a perspectiva que permite os autoritarismos culturais, a abordagem de Nussbaum coaduna com sua perspectiva feminista liberal. De sorte que defende a liberdade real das pessoas escolherem o melhor para si a partir de que lhe sejam dadas condições (capacidades) para fazê-lo, sendo esse o ponto central de sua teoria.

Nussbaum, ao desenvolver a lista das capacidades, oferece um instrumento teórico para ser usado na prática, na luta pela garantia de direitos para as mulheres em todo o mundo, mas principalmente nos países em desenvolvimento, onde se encontram as maiores desigualdades entre os gêneros.

Não se está afirmando que um conhecimento superior deve suplantar toda a diversidade, porém, é indispensável que as mulheres imersas nessas culturas tenham a possibilidade de avalia-las, de questionar a própria vida e as leis que às regem. Assume-se aqui, portanto, que cultura não é uma entidade indiscutível e que justamente seu questionamento é que pode oferecer conceitos mais condizentes de justiça quando criticadas por suas integrantes a partir de que tenham condições para atuarem em suas próprias vidas e meios como agentes.

Contemplando essa necessidade, a proposta de Martha Nussbaum é a de que a lista de capacidades seja implementada pelos países e seus governos. Neste intuito, é indispensável que a comunidade internacional esteja envolvida, não só porque tem responsabilidade no desenvolvimento desigual dos países pobres, mas porque a cooperação internacional é o princípio que se espera ver nas relações de países compostos por seres humanos capazes de evoluírem juntos a partir da cooperação mútua.

Da convergência de tratamentos dispensados às mulheres e à Amazônia como resultado constatável da ode desenvolvimentista que tem guiado as relações internacionais é que o foco do artigo passa a ser, no próximo tópico, a questão das mulheres afetadas pela instalação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

<sup>19</sup> NUSSBAUM, Martha. *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Editora Paidós, 2012.

### 3 Colonização e desenvolvimento: da exploração amazônica à subjugação feminina

É na relação entre o mito que representa e as práticas que a atingem que a Amazônia se conforma em decisivo paradigma brasileiro. Referindo-se aos recursos extraídos da Amazônia é que ganham espaço as fábulas. A floresta suportou e ainda suporta muitos mitos que corroboram sua extenuante exploração, como os de “lugar do atraso, homogênea, pulmão do mundo, vazio de gente, futuro da humanidade”<sup>20</sup>.

A fantasia de “futuro da humanidade” que deveria corroborar para a preservação da área, no entanto, tem servido à ideia de que há certos espaços que escapam a apropriação nacional e são objeto de uma regulamentação internacional, como no caso do alto mar. Essas regras empregadas nesses espaços, dependem largamente das relações de força internacionais, das prioridades defendidas pelas grandes potências, mas também das concepções jurídicas dominantes em cada época, bem como dos “interesses públicos” - proteção do meio ambiente, necessidade de pesquisa científica, exploração otimizada de recursos naturais, segurança dos meios de comunicação – fatores esses que têm estado do lado do desenvolvimento que nem sempre é o mesmo do interesse daqueles que vivem no local.<sup>21</sup> A parte que cabe ao Brasil da Amazônia, ainda tem jurisdição brasileira, mas, cada vez mais, cede espaço para uma exploração internacional que tanto flexibiliza a soberania do país como a dignidade de seus povos e ambientes locais.

Essas perspectivas fantásticas de Amazônia, portanto, têm destino muito concreto no imaginário internacional, que não só propagam irrealidades como se utilizam delas para justificar sua exploração internacionalizando seus recursos.

Essa toada sobrenatural mitológica faz lembrar o nome de uma importante teoria nomeada “maldição dos recursos naturais” bastante condizente com a situação da região amazônica. Tal teoria se desenvolveu por diferentes correntes, havendo os que a defendam como uma constante (Sachs e Warner)<sup>22</sup>, assim como os que a

negam (Smith)<sup>23</sup> pela variabilidade de interferências que se dão na geração de riquezas ou não para os países de origem dos recursos.

Ainda assim, vários fatores colaboram para a explicação do fenômeno que, basicamente, atribui pobreza aos países que concentram maiores quantidades de recursos naturais. Dentre esses fatores, está a volatilidade dos preços das comódites extrativas, levando a efeitos que prejudicam a governança e as instituições democráticas tanto durante o ápice de venda como na queda. Outro fator é o consequente impacto sobre os pobres, visto na tendência da extração de recursos em gerar riqueza para as grandes empresas ou indivíduos ricos. Esta distribuição afeta o financiamento dos governos por meio da tributação e de contribuições mais diretas aos dirigentes políticos por meio de doações eleitorais ou, até mesmo, corrupção. Esses líderes tornam-se, por consequência, mais sensíveis às demandas de seus benfeitores do que aos interesses da população em geral.<sup>24</sup>

Os pontos citados acerca da “maldição dos recursos” são facilmente constatáveis no que diz respeito à Amazônia, especialmente tendo em vista as condições em que se deram grandes empreendimentos na região. Exemplo disso constitui a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, cujo projeto encontrou forte resistência nos anos de 1980 pelos movimentos sociais, ONGs, sindicatos e povos indígenas. Por essa razão, na retomada do projeto buscou-se conhecer seus adversários e contornar sua luta buscando apoio com vereadores e prefeitos com a promessa de *royalties* para o orçamento das prefeituras<sup>25</sup>.

*omic growth*. Development discussion paper No. 517a. Cambridge: Harvard Institute for International Development (HIID), 1995. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w5398.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

<sup>23</sup> SMITH, Brock. The resource curse exorcised: evidence from a panel of countries. *Journal of Development Economics*, v. 116, p. 57-73, set. 2015. apud SILVA, Luiz Gustavo Araújo da Cruz Casais e. *A maldição dos recursos naturais: uma análise dos municípios do Estado da Bahia no período de 2002 a 2013*. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21240/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Luiz%20Gustavo.pdf>. Acesso: 22 ago. 2018.

<sup>24</sup> FEARNESIDE, Philip M. *Alumínio e barragens: a maldição dos recursos naturais*. Amazônia Real. Disponível em: <http://amazonia-real.com.br/aluminio-e-barragens-4-a-maldicao-dos-recursos-naturais/>. Acesso em: 22 ago. 2018.

<sup>25</sup> SEVÁ, Oswaldo. A lógica da Volta Grande adulterada: consequências prováveis afetando moradores urbanos, rurais e ribeirinhos em Altamira e municípios vizinhos; efeitos possíveis para os arquipélagos, pedrais, cachoeiras e na “ria” do baixo Xingu. In: *Tenotã-Mô:*

<sup>20</sup> PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *Amazônia, Amazônia*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 46.

<sup>21</sup> DAILLIER, P.; PELLET A. *Droit international public*. 7. ed. Paris: LGDJ, 2002.

<sup>22</sup> SACHS, J.; WARNER, A. M. *Natural resource abundance and eco-*

Além disso, no plano político nacional vê-se ligação direta entre as empresas que tiraram Belo Monte do papel e o financiamento das campanhas de partidos como o antigo PMDB e PT. As construtoras Odebrecht, Camargo Corrêa e Andrade Gutierrez, puderam prever os problemas que viriam com as questões ambientais e sociais no Xingu o que, possivelmente, as tenha feito abrir mão de concorrer no leilão de Belo Monte que as tornaria responsáveis por todo o impacto social e ambiental do empreendimento. Ainda assim, em razão da sua experiência, acabaram subcontratadas pelo Consórcio vencedor do procedimento licitatório para executarem as obras, lucrando com isso sem assumir as responsabilidades que puderam prever em todo seu planejamento anterior.

Paes Loureiro<sup>26</sup> salienta que, no final do século passado, a ação desenvolvimentista proposta pelo regime militar à Amazônia, teve como foco a atração de capitais, nacionais e internacionais, a fim de viabilizar grandes projetos voltados à exploração de recursos naturais, como a bauxita, ferro, manganês e energia elétrica que viria por meio das Usinas Hidrelétricas de Tucuruí e Belo Monte.

A busca em ritmo declaradamente acelerado por uma posição nesse contexto global iniciou-se em uma época em que o meio ambiente ainda não era pauta dos governos. Mesmo os direitos humanos não estavam em voga, pois só se tornariam prioridade internacional após o fim da segunda guerra e, em contextos que oscilavam para a ditadura até finalmente tê-la estabelecida em 1964, essa espécie de direitos realmente não tinha espaço frente à corrida desenvolvimentista.

A escala de prioridades estabelecida pelo modelo expansivo vigente interpretou o ambiente como recurso, deixando de levar em consideração os indígenas, ribeirinhos, comunidades tradicionais e quilombolas de vivência tão peculiar e relacionada com o ambiente natural que habitam. Grupos sociais esses que são intensamente vulneráveis aos impactos socioambientais desencadeados na medida em que os abalos representados por grandes empreendimentos não apenas ameaçam a “reprodução cultural, mas também à integridade

alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no Xingu. São Paulo: International Rivers Network, 2005. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/tenotamo.pdf](http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/tenotamo.pdf). Acesso em: 24 ago. 2018.

<sup>26</sup> LOUREIRO, J. J. Paes. *Cultura amazônica: uma poética do imaginário*. São Paulo: Escrituras, 2003. p. 120.

e ao bem-estar físico destas populações, dada a intrínca interdependência entre as condições materiais de existência e os territórios tradicionalmente ocupados”<sup>27</sup>.

Todo o esforço para consecução desse projeto, embora revestido da intenção de promover o “desenvolvimento nacional” é questionável quando outras produtoras de energia da região têm como destino da maior parte de sua produção de energia assegurar o funcionamento e a ampliação de atividades como a mineração e a transformação metalúrgica.<sup>28</sup> De forma que, entre os principais beneficiados estão os exportadores transnacionais de minerais em estado bruto e siderúrgicas, o que evidencia que a política mineral e energética do país está diretamente vinculada à estrutura dos pactos políticos entre o governo e as oligarquias regionais associadas ao capital internacional.

As águas que impulsionam a cobiça desse processo de exploração são as do rio Xingu, o qual se torna foco quando o assunto é a instalação da Usina de Belo Monte. Isso porque, tanto o empreendimento se fez baseado na força de suas águas, como a maior parte das pessoas afetadas pela Usina foram as que detinham todo seu modo de vida baseado no contato com o rio e a vida nativa de seus entornos.

Sobre a implantação da Usina e seu potencial energético, Fernando Roscoche e Daniel Vallerius apontam que na área conhecida como Volta Grande do Xingu onde a vazão foi reduzida, também foi descoberto ouro. Para a extração do ouro a empresa Canadense Belo Sun Mining, que tem os direitos de exploração da área, sustentou a necessidade de uma grande quantidade de energia para viabilizar a extração do minério.<sup>29</sup> Consequência disso é a lucratividade dessa riqueza mineral brasileira, com destino estrangeiro. Até mesmo o ônus indireto de sua extração, qual seja, a necessidade de se

<sup>27</sup> FGV. IFC. *Grandes obras na Amazônia: aprendizados e diretrizes*. 2016. Disponível em: <http://diretrizes-grandesobras.gvces.com.br/>. Acesso em: 14 out. 2017.

<sup>28</sup> SEVÁ, Oswaldo. A lógica da Volta Grande adulterada: consequências prováveis afetando moradores urbanos, rurais e ribeirinhos em Altamira e municípios vizinhos; efeitos possíveis para os arquipélagos, pedrais, cachoeiras e na “ria” do baixo Xingu. In: *Tenotã-Mô: alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no Xingu*. São Paulo: International Rivers Network, 2005. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/tenotamo.pdf](http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/tenotamo.pdf). Acesso em: 24 ago. 2018.

<sup>29</sup> ROSCOCHE, Luiz Fernando; VALLERIUS, Daniel Mallman. Os impactos da usina hidrelétrica de Belo Monte nos atrativos turísticos da região do Xingu (Amazônia – Pará- Brasil). *Revista Eletrônica de Administração e Turismo*, v. 5, n. 3, jul./dez. 2014. p. 07.

construir outras empresas para tarefas indispensáveis a esse trabalho é problema brasileiro.

O projeto “Impactos de Belo Monte” estima que cerca de 100 mil pessoas tenham migrado para a região em busca dos empregos surgidos com a obra, sendo que, com o fim da parte de engenharia, estima-se que cerca de 20 mil pessoas ficaram sem ocupação formal. Grande parte dessas pessoas já estava ligada à cidade de Altamira, o que contribuiu decisivamente para uma mudança social do lugar. Sobre essa questão, importante lembrar que o Mapa da Violência de 2016 apontou a cidade como a mais violenta do país, ratificando que as mudanças ambientais e sociais implementadas em nome do desenvolvimento não foram, em uma visão final, positivas. A Usina não apenas redimensionou a natureza da região, abalando o modo de vida dos locais, comprometendo fauna e flora, como levou problemas sociais de respostas incalculáveis diante da já conhecida deficiência do Estado brasileiro em administrar distribuição de renda e as questões que desse tema se originam.

Compõe esse contingente de seres afetados pela instalação da Usina os povos indígenas, comunidades tradicionais e quilombolas que, historicamente, mantêm relação com esse eixo desenvolvimentista da Amazônia.

Os ribeirinhos, cuja principal atividade econômica se dá pela pesca, foram afetados para além do que estava previsto antes da efetiva instalação da Usina. Segundo o Instituto Socioambiental (ISA) no “Atlas dos Impactos da Usina de Belo Monte sobre a Pesca”, a luminosidade dos canteiros que funcionavam 24 horas, a alteração na turbidez da água e as explosões de dinamite na obra eliminaram áreas de pesca e mudaram a dinâmica pesqueira da região. Ademais, oficialmente, apenas os canteiros de obras e uma pequena faixa de segurança das barragens foram, inicialmente, reconhecidos como áreas impraticáveis para a pesca durante a construção da usina.

A morte de um rio tem dimensões catastróficas para o ambiente e para o modo de vida que ali se reproduz. A seca de um rio não é somente um fim em si mesmo, mas o início do extermínio de toda vida em seu entorno. A vida ribeirinha, tão peculiar, presencia seu esquecimento enquanto é privada de sua essência e nem mesmo tem a quem recorrer, pois aqueles que deveriam ressarcir seus prejuízos não compreendem que o modo de vida em torno do rio não pode ser reproduzido pelo capital.

Constata-se que dos mitos que compõe o imaginário acerca da Amazônia o que mais tem interferido na pre-

servação da dignidade e da vida no local é o desenvolvimento. Se desenvolver não se tornou sinônimo de evoluir - permanecendo em um porvir infundável para os milhares de nativos que foram atingidos pela instalação da Usina de Belo Monte - o conceito de justiça em um ambiente democrático certamente também restou prejudicado.

Como explica Alessandro Pinzani<sup>30</sup>, os seres humanos possuem necessidades que vão além da necessidade de direitos. Segundo ele, efetivar a justiça é reconhecer a necessidade de “ampliar o espectro das exigências de justiça legítimas além das meras pretensões jurídicas, sem por isso ampliar o conceito de justiça a ponto de torná-lo sem sentido prático”. Com esse objetivo, Pinzani se utiliza da teoria das capacidades para referenciar as necessidades básicas dos seres humanos que estão além do que o juridicamente proposto.

Tais impactos não foram recebidos sem resistência. Além dos defensores dos direitos humanos e ambientais que atuam por conta e risco próprio, os movimentos sociais e a Justiça Federal têm tido função vital no enfrentamento das injustiças decorrentes da instalação e funcionamento da Usina. A pressão exercida pelo próprio Estado para dar sequência a uma obra de impacto tão severo, utilizando de recursos jurídicos de forma questionável, não tardaria a demonstrar as forças corruptas que por trás de um discurso de desenvolvimento empenharam-se em não ser barradas. Para isso as instituições públicas do Ministério Público, o Tribunal de Contas da União, a Defensoria Pública da União e a Polícia Federal estão ainda em corrente luta para demonstrar que a Usina serviu como “caixa dois”, operando como fonte para o financiamento ilícito de campanhas eleitorais no Brasil.

Constata-se também, que se a devida consciência de atuação com decência não tomou forma prática suficiente nas relações internacionais particulares, nas relações públicas também tem eficácia bastante questionável. Exemplo disso é que na seara da justiça internacional, em especial no caso de Belo Monte, a atuação internacional como implementadora de justiça tem esbarrado na soberania dos países e em sua autonomia para sujeitar os mais vulneráveis à subalternização externa.

Explica-se que em abril de 2011, organizações da sociedade civil, em nome das “comunidades indígenas da

<sup>30</sup> PINZANI, Alessandro. Reconhecimento e solidariedade. *Ethi@*, Florianópolis, v. 8, n. 3, p. 101-113, maio 2009.

Bacia do Xingu” solicitaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) medidas cautelares com relação às ameaças que a implantação da Usina de Belo Monte implicava. As irregularidades suscitadas ferem os critérios referentes ao licenciamento e também direitos previstos na Constituição Federal brasileira e em Convenções internacionais. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é exemplo precípua dessa violação, vez que dispõe sobre direitos indígenas, tanto no que diz respeito à informação acerca de empreendimentos que afetem direta ou indiretamente populações como também no que concerne à própria decisão sobre a realização destes empreendimentos. Tem-se da mencionada convenção que esses povos deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele “afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural”<sup>31</sup>.

Em resposta, a CIDH outorgou, em abril de 2011, medidas cautelares em favor das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, determinando a imediata suspensão do processo de licenciamento de Belo Monte até que fossem observadas medidas mínimas.

No dia 5 de abril de 2011, o Ministério das Relações Exteriores do Brasil expediu a nota nº 142/2011 na qual dizia que “o Governo brasileiro tem atuado de forma efetiva e diligente para responder às demandas existentes” e que “considera as solicitações da CIDH precipitadas e injustificáveis”. Posteriormente, o governo brasileiro manifestou-se formalmente à CIDH e teve seus argumentos acolhidos, com o que a Comissão deixou de recomendar a suspensão das obras, asseverando somente medidas para redução dos impactos dessas.

Essa revisão dos acontecimentos nacionais e internacionais que se deram até a construção de Belo Monte demonstra o esforço do Estado brasileiro em dar seguimento à obra a despeito da resistência que demonstrava os danos que estavam por vir. Hoje, a construção da usina é um fato consumado, os danos, porém são concretos e continuam em andamento.

As violações apontadas não atingem de forma padrão a todos. O desenvolvimento tem consequências di-

versas sobre o gênero fazendo com que haja seres mais vulneráveis dentre os vulneráveis. A análise que aqui se pretende estabelecer centra-se na ideia da mulher mestiça como entendimento colonial do que é ser mulher brasileira. Embora as mais desfavorecidas sejam demasiadamente mais afetadas, ser mestiça tem a ver com nacionalidade, com pertencimento a uma origem e um gênero que localizam seu lugar no mundo como ser servil.

Como esclarece Santos<sup>32</sup>, “um sujeito atingido é um sujeito socioespacialmente atingido”. O espaço que foi tomado guardava as raízes e constituía-se no reflexo das pessoas que ali viviam. E nesse contexto, há grupos humanos que têm suas dignidades mais expostas quando do relacionamento com o ambiente, fato que se constata não somente na intersecção de fatores como classe social e ambiente, mas também no gênero.

De modo que a partir deste momento, as capacidades humanas centrais descritas por Nussbaum passam a ser confrontadas com as situações por essas mulheres, vivenciadas e descritas no intuito de compreender se seus direitos humanos foram assegurados no processo de deslocamento. A escolha metodológica é por dividir as dez capacidades elencadas pela autora em duas frentes de violações. A primeira diz respeito à conexão com o ambiente como reflexo de dignidade humana; a segunda se liga com as variadas formas de violência social que apresentam íntima relação com o fenômeno da urbanização desregrada, improvisada, descuidada à luz dos direitos humanos por quem detém do poder político necessário a sua implementação.

Assim, compreendido o modo de vida como parte substancial da dignidade dos seres, é possível avaliar como foram afetadas as seguintes capacidades centrais antes descritas na lista de Martha Nussbaum e numeradas na sequência exposta no início deste tópico, quais sejam: 5) Emoções; 6) Razão prática; 7) Afiliação; 8) Outras espécies e 10) Controle sobre o próprio ambiente. As mencionadas capacidades dizem respeito, basicamente, à potencialidade humana de viver o coletivo em proveito da evolução da espécie humana sem deixar de lado o respeito e o controle do próprio ambiente em que isso se realiza.

A primeira capacidade que se avalia trata das “Emoções”. Apoiar essa capacidade significa contribuir para

<sup>31</sup> BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

<sup>32</sup> SANTOS, Milton. *Pensando o espaço do homem*. 5. ed. São Paulo: Edusp, 2004. p. 38.

as formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento, algo que no contexto desta pesquisa é essencial, pois trata da concepção de desenvolvimento a partir da própria realidade daqueles cujas vidas foram e estão sendo afetadas.

A liberdade para desenvolver a capacidade das “Emoções” - que está diretamente ligada à possibilidade de amar já não era plena antes de Belo Monte, mas tornou-se ainda mais violada depois do início das obras. É preciso compreender que a liberdade de amar para as mulheres é historicamente negada pelos homens, para quem as mulheres não precisavam sentir, deveriam servir. Essa cultura de cunho machista é ainda mais acirrada pelo aumento da violência e seu emprego em restringir as liberdades das mulheres.

De modo que os homens envolvidos com atividades violentas como as que passaram a crescer na região de Altamira trouxeram o acirramento dos comportamentos selvagens para dentro de suas casas. Essa é a história de Jéssica, morta na frente da casa de sua mãe, Dalva. Conforme Dalva, Jéssica estava tensa nas últimas semanas tentando se separar do marido, porém essa não era uma opção.<sup>33</sup>

Aqui é pertinente também que a capacidade da “Razão prática” seja trabalhada. Ela se conforma por uma concepção do que é o bem, de uma construção crítica dos seres para formar um planejamento para a própria vida, em síntese, uma ética. Nesse caso, a ideia exógena de desenvolvimento contraria totalmente a possibilidade de que essas pessoas decidam para si próprias como planejar suas vidas. A violência acirrada pela chegada da Usina também não permite que as pessoas possam executar qualquer plano sem antes pensar que a falta de segurança é um fator limitante.

A família de Virgínia Batista é exemplo de como as pessoas podem ser tomadas de sua razão prática. Seu núcleo familiar foi disperso com o processo de deslocamento forçado. Apenas um dos filhos, Dinaldo, foi reconhecido como ribeirinho, com direito ao retorno para a beira do rio. Os demais membros da família estão espalhados pela cidade de Altamira ou vivendo com parentes em reassentamentos na beira do Rio Xingu.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> ZAIDAN, Patrícia. Altamira: a cidade mais cruel e violenta com as mulheres. *Revista Cláudia*, ago. 2017. p. 02. Disponível em: <http://claudia.abril.com.br/noticias/altamira-cidade-cruel-violenta-mulheres/>. Acesso em: 30 set. 2018.

<sup>34</sup> FRANCESCO, Ana de; HARARI, Isabel. A luta dos ribeirinhos

Já a capacidade da “Afiliação” diz respeito à capacidade de viver voltado para os outros, mostrando preocupação com outros seres humanos, envolvendo também a empatia. Segundo Nussbaum<sup>35</sup>, proteger esta capacidade significa “proteger a liberdade de associação e de expressão política”. Essa capacidade é, ainda, composta por bases sociais de autorrespeito e não humilhação, concernente à possibilidade “de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros”. “Antigamente a gente esperava tudo da Norte Energia. Toda vida nós estávamos debaixo do sapato da Norte Energia. Ela que dava as ordens, se a gente iria, se a gente não iria”. Essas são as palavras de Cléo, moradora de uma das ilhas que foram alagadas para dar lugar ao reservatório principal de Belo Monte. Ao reconhecer sua subalternização perante a vontade da empresa e sua dependência, sua fala reveste-se em exemplo de quão aviltada foi a capacidade da afiliação dos ribeirinhos. Segundo Cléo, a expressão política, sua e da comunidade ribeirinha, só foi retomada com a organização do Conselho Ribeirinho: “Agora nós temos autonomia para poder responder”.<sup>36</sup>

Nessas falas, a subalternização e sua antítese composta pela tomada de voz são percebidas com clareza. Na conjuntura dos ribeirinhos, a voz não significa necessariamente que tiveram suas demandas ouvidas, mas que a partir de sua organização, eles mesmos vão dizer que capacidades, que direitos foram afetados.

Assim como na capacidade da “Afiliação”, a capacidade “Outras espécies” é daquelas fundamentalmente ligadas à forma de vida ribeirinha. Remete-se à capacidade de viver uma relação próxima e respeitosa com animais não humanos, plantas e o mundo da natureza. Considera uma relação com o mundo que supera a visão androcêntrica, percebendo o equilíbrio do qual os humanos fazem parte com grande potencial destrutivo. A possibilidade de viver uma relação respeitosa com seres de outras espécies foi profundamente afetada agora que peixes endêmicos e as mais diversas espécies de

no Xingu: será que todo mundo evaporou?. *Le Monde Brasil*. 2017. Disponível em: <http://diplomatie.org.br/sera-que-todo-mundo-evaporou/>. Acesso em: 14 nov. 2018.

<sup>35</sup> NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

<sup>36</sup> FRANCESCO, Ana de; HARARI, Isabel. A luta dos ribeirinhos no Xingu: será que todo mundo evaporou?. *Le Monde Brasil*. 2017. Disponível em: <http://diplomatie.org.br/sera-que-todo-mundo-evaporou/>. Acesso em: 14 nov. 2018.

plantas sofreram impactos irreversíveis por conta da falta de água. Com o barramento do rio o fluxo passou a ser controlado pela empresa. Consequência disso é que o nível e a velocidade da água diminuíram, alterando o equilíbrio socioambiental da região.

Finalmente, a capacidade de “Controle sobre o próprio ambiente” foi inegavelmente levada ao nível negativo no caso das mulheres ribeirinhas. Autoexplicativa em sua nomenclatura, essa capacidade tem duas subdivisões que a esclarecem e a tornam ainda mais pertinente no quadro das violações de Belo Monte.

Uma delas é a dimensão política que se refere à capacidade de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida. Apesar de a participação pública ser prescrita legalmente, a qualidade em que ocorre pode dar pistas de quão saudável é uma democracia. No caso de Belo Monte, dos onze municípios considerados diretamente afetados no licenciamento ambiental, apenas em quatro foram realizadas audiências públicas.<sup>37</sup>

A outra dimensão está atrelada à necessidade que emergiu na sociedade de não somente habitar e desfrutar os lugares, mas de possuí-los. Essa capacidade tornou-se severamente importante no caso dos ribeirinhos porque só comprovando seu domínio no ambiente que viviam é que puderam ser ressarcidos pelo espaço de que foram destituídos. Contudo, em geral, a relação dos ribeirinhos com seu ambiente não era de propriedade, mas de fazer parte do local, sem necessidade entre eles de que houvesse severa demarcação dos âmbitos que ocupavam.

Para muitos povos tradicionais brasileiros, a noção de espaço é relativa e varia conforme o tempo e o uso. Ou seja, não há relação de propriedade para com a terra, mas sim uma relação de necessidade e utilização. Embora muitas mulheres não tenham as terras que habitam por suas, elas próprias têm relação de pertencimento ao local, por verem naquele espaço forma de vida e, por conseguinte, de dignidade.

Dar perspectiva de propriedade ao espaço ribeirinho tem consequências ainda mais graves para as mulheres, pois suas atividades quando avaliadas no contexto da pesca, são consideradas não comerciais, não produtivas

e, portanto, isentas de valor que lhes garanta propriedade. Ainda assim, a resiliência das mulheres afetadas pela Usina fica evidente na atitude das que ainda resistem para ter seu lugar junto ao rio novamente: “Eu não me canso de lutar. Quero voltar para a beira do rio. Viver em um ambiente parecido com o lugar de onde saí arrancada”.

Acerca da capacidade de “Controle sobre o próprio ambiente”, agora sob a ótica “material”, tem-se que abrange a garantia de que as mulheres tenham a possibilidade de ter direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais. Capacidade bastante comprometida como é possível observar do relatório da do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), de 2010. O referido relatório indica que sofrem opressão mais grave as mulheres, inclusive a “invisibilidade do trabalho, perda do trabalho também gerador de renda, a não adaptação ao trabalho urbano”.<sup>38</sup>

Pode-se afirmar que Altamira se tornou ainda mais tirana com as mulheres na mesma velocidade de sua expansão. Não há mais hospital para todos, aumentaram os acidentes de trânsito, assaltos, furtos, estupros e latrocínios. Tornaram-se abundantes as drogas e a prostituição. No mesmo contexto desses ilícitos, acentuou-se o tráfico de mulheres de todas as idades. A condição de cidade mais violenta do Brasil ilustrada por tais requintes de violações demonstra cabalmente que as capacidades centrais de 1) Vida; 2) Saúde física; 3) Integridade Física; 4) Sentidos e 9) Lazer estão longe de fazer parte da vida das mulheres afetadas por Belo Monte. Essas capacidades dizem respeito à possibilidade de que a partir de que as pessoas desfrutem dos sentidos mais básicos da vida, que são o direito à vida e à integridade física, possam reunir condições de se desenvolver em emoções e bem viver.

Continuando a compreensão prática das capacidades humanas centrais, aquela que se refere à “Vida” é descrita como a possibilidade de “não morrer prematuramente”. Retoma-se o caso do homicídio de Jéssica e seu companheiro: Mhoab Kayan Azevedo, delegado que investiga o duplo homicídio, revela ter achado “uma quantidade expressiva de maconha”, estocada por Antônio no endereço que dividia com Jéssica. O delegado

<sup>37</sup> FAINGUELERNT, Máira Borges. *Belo Monte: o estado democrático de direito em questão*. Rio de Janeiro: Apicuri, 2013. p. 65.

<sup>38</sup> MAB. Movimento dos Atingidos por Barragens. *As violações dos direitos das mulheres atingidas e a luta pela vida*. 2017. Disponível em: <http://www.mabnacional.org.br/noticia/viola-es-dos-direitos-das-mulheres-atingidas-e-luta-pela-vida>. Acesso em: 28 nov. 2018.

considerava impossível que ignorasse aquela quantidade de droga em sua casa.

No contexto até aqui narrado de violações, medo e morte que envolveu as ribeirinhas, falar nas capacidades de “Saúde física” e “Integridade física”, certamente, não se dá em perspectiva positiva. Salienta-se que os Estudos de Impactos Ambientais são insatisfatórios no que tange os impactos à saúde, pois, em geral, são encarados como efeitos secundários do impacto ambiental.

A capacidade “Saúde física” é descrita por Nussbaum com a propriedade de “dispor de um lugar adequado para viver”, circunstância que não pode ser observada na realidade dessas pessoas. Recorda-se que mais de novecentas famílias vivem em palafitas sobre a lagoa. As mulheres ali levam suas vidas carregando crianças, compras e roupas para lavar, “estão sempre olhando para baixo, do contrário, se atolam em lixo, fezes e entulhos ou são atacadas por ratos e cobras”.<sup>39</sup>

A agente comunitária Hirlen Silva explica que antes da usina a lagoa raramente enchia, agora os moradores vivem entre seus objetos e dejetos, além disso, “Há meninas de 13 e 14 anos grávidas, registros de tuberculose, hepatite A e B, hanseníase, dengue, doenças de pele e diarreia”.<sup>40</sup>

Em março deste ano (2018), os moradores da área alagada do bairro Jardim Independente I foram reconhecidos como atingidos por Belo Monte pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Decorrencia dos mais de quatro meses de mobilizações populares e ocupações em sedes de prédios públicos que culminaram na assinatura do termo de compromisso entre a prefeitura de Altamira e a Norte Energia, concessionária da hidrelétrica de Belo Monte. O termo de compromisso permite a remoção das famílias da área alagada do bairro. Em seu parecer, o Ibama reconhece que a intensificação da “ocupação da área da lagoa, observada a partir de 2010, guarda relação direta com a implantação da UHE Belo Monte. O cadastro mostra que o principal motivo para a ocupação daquele local a partir de 2010 foi o aumento da especu-

lação imobiliária”.<sup>41</sup>

Pode-se dizer que o caso do bairro Jardim Independente I é a definição brasileira mais recente da “Sociedade de Risco”<sup>42</sup> descrita por Ulrich Beck, a qual descreve uma sociedade que convive com riscos que passaram a ser invisíveis nas sociedades pós-industriais e feriram decisivamente a lógica sobre seu domínio. Eis que é necessário conhecer as consequências de determinada situação para que seja possível incrementar controle proporcional.<sup>43</sup>

Os moradores do bairro jardim I estão prestes a tornarem-se deslocados ambientais, lutaram por isso, o que não significa que mudar fosse seu objetivo de vida. Eles o fazem no sentido da sobrevivência, termo que em si manifesta as condições em que foram lançados a partir da chegada da Usina Hidrelétrica de Belo Monte; suas vidas como conheciam acabaram, a partir de então se trata de superar as expectativas da tragédia anunciada. Uma sobrevida é a realidade dos deslocados.

Necessário esclarecer que a tutela do Estado é uma das grandes razões que diferencia o deslocado ambiental de um refugiado. No caso dos refugiados, eles estão desamparados pelo Estado, esse não os contempla e, por assim ficarem sem a proteção que uma pátria pode garantir, foram chamados de humanidade nua por Agambem<sup>44</sup>, originaram a máxima do “direito a ter direitos”<sup>45</sup> de Hanna Arendt e localizados no “grau zero da humanidade”<sup>46</sup> por Costas Douzinas. Os deslocados

<sup>41</sup> SARTORATO, Diego. Remoção de famílias atingidas por Belo Monte está mais próxima. *Brasil de Fato*, out. 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/10/17/remocao-de-familias-atingidas-por-belo-monte-esta-mais-proxima/>. Acesso em: 18 nov. 2018.

<sup>42</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: Editora 34, 2011.

<sup>43</sup> Segundo Marcelo Pertille, “A consciência sobre a necessidade de políticas que procurem compreender esses problemas e que, por consequência, visem estabelecer equilíbrio nessa relação tem sido uma das maiores preocupações daqueles que se dedicam a identificar a magnitude das ameaças do presente e do futuro. Logo, fruto de uma paradoxal relação, cabe aos seres humanos, justamente os responsáveis por essa degradação ecológica, agir por meio de instrumentos capazes de tornar esse problema uma prioridade da administração dos Estados”. Ver mais em: PERTILLE, Marcelo. *O bem jurídico-penal ambiental*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

<sup>44</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. v. 1.

<sup>45</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

<sup>46</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

<sup>39</sup> BRUM, Eliane. A Veneza de Belo Monte. *El País*. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/14/politica/1526322899\\_121198.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/14/politica/1526322899_121198.html). Acesso em: 18 nov. 2018.

<sup>40</sup> ZAIDAN, Patrícia. Altamira: a cidade mais cruel e violenta com as mulheres. *Revista Cláudia*, ago. 2017. p. 02. Disponível em: <https://claudia.abril.com.br/noticias/altamira-cidade-cruel-violenta-mulheres/>. Acesso em: 30 set. 2018.

ambientais de Belo Monte, por sua vez, têm um Estado em sua guarida, o que não evitou um estado de exceção fundado em condição tão paradoxal a ponto das violações mais impensáveis dos direitos humanos ocorrerem em nome do “desenvolvimento”. Questão que levanta a reflexão de que para que uma humanidade esteja nua ela não precisa estar despojada de um Estado, que o direito a ter direitos dependa da pessoa não ser um empecilho ao discurso exógeno do desenvolvimento e, finalmente, compreende-se que até mesmo graus negativos de humanidade podem ser atingidos quando, apesar de um teto estatal, não é de interesse econômico global que essas vidas sejam poupadas.

É certo que, nesta conjuntura, a capacidade “Integridade física” segue o mesmo caminho de declínio, uma vez que diz respeito à possibilidade de se movimentarem livremente, estando protegidas contra ataques de violência, inclusive as de ordem sexual e a liberdade de escolha em questões de reprodução.

Como explica Nussbaum, ao se descrever as capacidades violadas em casos específicos, o quadro de capacidades não parece ser uma importação alienígena. Como se pode perceber dos relatos também descritos neste trabalho, a avaliação do desrespeito aos direitos humanos a partir da perspectiva das capacidades parece se encaixar muito bem com as reflexões que essas mulheres já vinham fazendo sobre suas vidas. A crítica trazida pelas capacidades, portanto, coaduna com seus discursos e demandas à medida que implica crítica à cultura tradicional.

Tendo em vista o exposto até aqui, falar da capacidade de “Lazer”, que diz respeito à viabilidade de “rir, brincar, gozar de atividades recreativas” parece inadequado, por sugerir que se possa ser feliz nas situações que se encontram as pessoas atingidas, mas não o é quando se concebe que ter motivos para sorrir e conseguir desfrutar do tempo livre de forma saudável é parte imprescindível de uma vida digna.

Conseguir desfrutar da capacidade do “Lazer”, todavia, não é uma capacidade independente. Para poder gozar de atividades recreativas as pessoas precisam ter liberdade de agir, advinda da segurança de que desfrutam de autonomia para usufruir da companhia de outras pessoas nesses momentos. No caso das mulheres essa liberdade é tolhida pela ideia de posse que predomina sobre muitos relacionamentos e, por uma cultura de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, o

que tem distanciado a polícia de seu dever de proteção no âmbito doméstico.

Leda Salgado, titular da Delegacia da Mulher, afirma que “as paraenses não são submissas, embora denunciem pouco”. Segundo ela, os boletins de ocorrência cresceram com a autonomia conquistada na economia aquecida, “Muitas começaram a trabalhar e a considerar novas possibilidades”. Porém, “Voltavam para casa e encontravam o marido furioso, imaginando que elas estavam com um amante”. Para a delegada, a nova dinâmica social mexeu com as relações de poder entre homens e mulheres.<sup>47</sup>

A construção de Belo Monte acentuou a falta de liberdade das mulheres para dedicarem seu tempo a si mesmas. Se culturalmente criar os filhos já era considerada uma tarefa feminina mesmo com os pais presentes, em Altamira a situação ainda se tornou mais específica pelos homens que vieram trabalhar nas barragens, engravidaram inúmeras mulheres e depois, com o fim das obras, as deixaram sem qualquer auxílio. Seus bebês ficaram conhecidos como filhos da barragem.

“Sentidos, imaginação e pensamento”. Não à toa, essa capacidade é aqui narrada por último. Isso porque ela vincula não somente a possibilidade de uma educação adequada para que as pessoas possam desenvolver sua liberdade de pensamento e imaginação, como também que tenham espaço seguro para exercitar a liberdade de expressão existencial e política.

Como visto anteriormente, a liberdade de expressão no sentido de existir sem dúvidas foi obstaculizada quando retiraram os ribeirinhos do ambiente que os definia, o rio. Já a liberdade política, apesar do esforço – bastante contraditório em um governo democrático – de fazer calar a voz dos atingidos, não foi completamente silenciada.

Segundo informativo do Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), as demandas das mulheres contêm, imprescindivelmente, a pauta do direito de demandar. Isso decorre do “não reconhecimento da voz das mulheres em espaços deliberativos (reuniões de negociação), ausência de serviços que possibilitem às mulheres acessar o espaço público, tais como cre-

<sup>47</sup> ZAIDAN, Patrícia. Altamira: a cidade mais cruel e violenta com as mulheres. *Revista Cláudia*, ago. 2017. p. 02. Disponível em: <https://claudia.abril.com.br/noticias/altamira-cidade-cruel-violenta-mulheres/>. Acesso em: 30 set. 2018.

che e transporte”. Ademais, a participação das mulheres nos processos de negociação com as barragens é reduzida, em geral, pela “postura machista das empresas que elegem os homens como mais legitimados para representar as comunidades. Relação preconceituosa das construtoras: não reconhecimento das mulheres como interlocutoras”.<sup>48</sup>

Compreendendo essa realidade, o MAB tem focado esforços na afirmação do Coletivo de Gênero com o mote de construir a auto-organização das mulheres. Exemplo do qual se orgulham é o das arpilleras. Trata-se de uma técnica de bordado utilizada por mulheres chilenas como ferramenta de denúncia durante a ditadura militar (1973-1990). Segundo representantes do movimento, utilizando desse mesmo sentido político, “resgatamos essa técnica para que nós, atingidas por barragens, pudéssemos expressar com agulha, linha e retalhos as violações de direitos que sofremos no processo de construção das barragens”.<sup>49</sup>

Por derradeiro, é de se destacar que se nesse cenário, em que ganham reconhecimento as discussões acerca da necessidade de justiça ambiental, a justiça de gênero tem obtido espaço, pela resiliência das mulheres direta e indiretamente afetadas por Belo Monte. Isso faz crer que mesmo em situações tão invisibilizadas como essa, o levante cultural do que se entende por feminino certamente está ganhando novas dimensões.

## 4 Considerações finais

Em uma perspectiva geral, o que se pode concluir é que a influência internacional para o desenvolvimento econômico e social de Estados colonizados, especialmente no contexto dos direitos humanos das mulheres, e especificamente no Brasil, dá-se de forma central. É esse cenário que forja o próprio significado do que é ser mulher por meio de opressões que dão sentido à expressão subalternidade.

A análise acerca da subalternidade dos países e dos

<sup>48</sup> MAB. Movimento dos Atingidos por Barragens. *As violações dos direitos das mulheres atingidas e a luta pela vida*. 2017. Disponível em: <http://www.mabnacional.org.br/noticia/viola-es-dos-direitos-das-mulheres-atingidas-e-luta-pela-vida>. Acesso em: 28 nov. 2018.

<sup>49</sup> MAB. Movimento dos Atingidos por Barragens. *As violações dos direitos das mulheres atingidas e a luta pela vida*. 2017. Disponível em: <http://www.mabnacional.org.br/noticia/viola-es-dos-direitos-das-mulheres-atingidas-e-luta-pela-vida>. Acesso em: 28 nov. 2018.

seres fez com que a hipótese inicial de que a cooperação entre países deveria ser alicerçada na solidariedade e na percepção da responsabilidade dos ricos para com os pobres não tenha sido confirmada ou negada, mas sim constatada insuficiente para o cenário contemplado. Da análise dessa conjuntura global frente à implantação e funcionamento da hidrelétrica de Belo Monte, tida como exemplo de agressão aos direitos humanos, especificamente no que diz respeito às mulheres, foi possível perceber que as questões de responsabilidade sofrem difícil compreensão diante da padronização de conceitos de desenvolvimento.

Para consecução do projeto Belo Monte, como visto no artigo, foram ignoradas e duramente rejeitadas as recomendações da CIDH, fato que deixou em aberto a possibilidade para que o governo brasileiro retome a mesma posição agressiva em futuras decisões contra os interesses ambientais, fomentando políticas em desacordo com o estabelecido, inclusive, no capítulo do meio ambiente da Constituição Federal. Tal postura levou a concluir que o projeto iniciado durante a ditadura brasileira, preserva ainda o autoritarismo dessa época de violações, servindo como clara demonstração, mais uma vez, que a falta de compatibilidade entre os conceitos de desenvolvimento e aqueles atrelados ao equilíbrio ambiental a todo tempo comprometem a própria implementação de um Estado ecologizado. A forma como o ambiente e suas vidas são tratadas serve como um sismógrafo da democracia, de quão sadia ela ocorre em uma nação. Nesse sentido, o que se conclui é que os rumos tomados pela política no Brasil estão cada vez mais distantes de efetivar uma verdadeira democracia. Como pode se observar da não aplicação do direito a consulta prévia, especialmente no que diz respeito aos ribeirinhos e povos indígenas, fato que deveria culminar em responsabilização internacional do Estado por violações de direitos humanos expressamente previstos na Convenção 169 da OIT da qual o Brasil é signatário.

Ainda quanto ao contexto de responsabilidades, questionar transgressões de direitos humanos exclusivamente quanto a Estados, esquecendo-se de entes internacionais particulares, hoje tão ou mais responsáveis por esses quadros, torna-se insuficiente. No caso de Belo Monte, essa realidade é paradigmática, já que são empresas internacionais de capital privado as mais interessadas na produção energética proveniente das águas do Xingu.

Debruçando-se sobre a perspectiva de gênero, demonstrou-se que a partir de interseccionalidades, especialmente quanto à nacionalidade, as mulheres afetadas por Belo Monte sofreram violações específicas que ilustram a visão capitalista e colonizadora de que, assim como a terra que residem, são seres desfrutáveis, consumíveis e descartáveis. Ponto que se revela explicitamente contra a mais recente perspectiva internacional de proteção aos direitos humanos ao contrariar a Agenda de 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU que trouxe como seu objetivo 5 “Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”<sup>50</sup> nos âmbitos global, regional e nacional.

Compreendeu-se, nesse sentido, que a liberdade, como substância da dignidade humana e da justiça só é possível com a implementação de requisitos mínimos que componham as chamadas capacidades humanas centrais. Nesse contexto, observou-se que o domínio sobre o próprio espaço e sobre o próprio corpo são capacidades diretamente violadas no caso das deslocadas ambientais de Belo Monte e extremamente ligadas ao ranço colonial presente no discurso do desenvolvimento.

Foi possível extrair do deslocamento ambiental vivido pelas mulheres ribeirinhas os exemplos negativos da globalização em seu sentido econômico. Essas mulheres se tornaram migrantes, mas não tiveram suas dignidades protegidas a contento pelo Estado brasileiro. Apesar de receberem ajuda financeira, essa foi muito aquém de uma resposta justa que as reconduzisse ao seu *status quo*. A vida ribeirinha, o pertencimento e a dignidade que daí se extraem foram irremediavelmente aviltados pela retirada das moradoras da beira do rio. Tornou-se conclusivo, quanto às ribeirinhas, pela análise de suas capacidades humanas centrais, que a gerência sobre o próprio corpo e ambiente tem relação direta com direitos fundamentais básicos, especialmente os ligados a preservação da dignidade que engloba saúde, liberdade de ir e vir e possibilidades de expressão.

Conclui-se que conceitos essenciais à democratização do desenvolvimento não foram concebidos nos moldes da realidade nacional e, nem mesmo, pensados em prol dos problemas das mulheres que ali viviam. Os impactos sociais de Belo Monte, focados aqui nas deslocadas ambientais, sequer podem ser acudidos pelo

sistema de leis enquanto a sua base do sistema jurídico não sofrer mudança que contemple as especificidades do gênero. Igualmente, a ideia de desenvolvimento permanecerá constituindo paradoxo, enquanto sua implementação não for pensada tendo como beneficiários as brasileiras e os brasileiros.

Destarte, em um cenário de tantas violações contra as mulheres, foi importante focar atenção nas deslocadas ambientais para confirmar as peculiaridades do que afrontam seus direitos e tornar possível uma proteção futura que seja abrangente também ao que lhes é particular. Afinal, os direitos humanos só são utopia enquanto não reconhecerem as nuances de cada ser que demanda sua proteção.

## Referências

- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- BRASIL. *Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004*. Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.
- BRUM, Eliane. A Veneza de Belo Monte. *El País*. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/14/politica/1526322899\\_121198.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/14/politica/1526322899_121198.html). Acesso em: 18 nov. 2018.
- CLARK, David. *The capability approach: it's development, critiques and recente advances*. Global Poverty Research Group. Working paper 32. 2005. Disponível em: <http://www.gprg.org/pubs/workingpapers/pdfs/gprg-wps-032.pdf>. Acesso em: 26 maio 2018.
- CHRISTO, Carlos Alberto Libânio (Frei Beto). Pós modernidade e novos paradigmas. *Instituto Ethos Reflexão*, São Paulo, n. 3, nov. 2000.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Que futuro para os direitos do homem? *In: AAVV. As chaves do Século XXI*. Lisboa: Editora Piaget: UNESCO, 2000.
- DEL PRIORE, Mary. *Histórias e conversas de mulher*. São Paulo: Planeta, 2013. Disponível em: <http://lelivros.black/book/download-historias-e-conversas-de-mulher-mary-del-priore-em-epub-mobi-e-pdf/>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

<sup>50</sup> NAÇÕES UNIDAS. *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 22 abr. 2019.

- FAINGUELERNT, Máira Borges. *Belo Monte: o estado democrático de direito em questão*. Rio de Janeiro: Apicuri, 2013.
- FEARNSIDE, Philip M. *Alumínio e barragens: a maldição dos recursos naturais*. Amazônia Real. Disponível em: <http://amazoniareal.com.br/aluminio-e-barragens-4-a-maldicao-dos-recursos-naturais/>. Acesso em: 22 ago. 2018.
- FELIPE, Sônia T. O cuidado na ética ecoanimalista feminista. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia (orgs.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. UFSC, 2014.
- FGV. IFC. *Grandes obras na Amazônia: aprendizados e diretrizes*. 2016. Disponível em: <http://diretrizes-grandesobras.gvces.com.br/>. Acesso em: 14 out. 2017.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.
- FRANCESCO, Ana de; CARNEIRO, Cristiane. *Atlas dos impactos da Usina de Belo Monte sobre a pesca*. São Paulo: ISA, 2015. Disponível em: <https://ox.socioambiental.org/sites/default/files/ficha-tecnica/node/202/edit/2018-06/atlas-pesca-bm.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.
- FRANCESCO, Ana de; HARARI, Isabel. A luta dos ribeirinhos no Xingu: será que todo mundo evaporou?. *Le Monde Brasil*. 2017. Disponível em: <http://diplomatie.org.br/sera-que-todo-mundo-evaporou/>. Acesso em: 14 nov. 2018.
- FRIES, Lorena. *Justicia de género: un asunto de reconocimiento y de redistribución*. 2010. Disponível em: [http://www.aecid.org.co/recursos\\_user/otros/lorenafriesjusticiaygenero.pdf](http://www.aecid.org.co/recursos_user/otros/lorenafriesjusticiaygenero.pdf). Acesso em: 10 jun. 2018.
- FUNAI. *Parecer Técnico nº 21/2010*. CMAM/CGPIMA-FUNAI. Disponível em: [https://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/BeloMonteFUNAI.pdf](https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/BeloMonteFUNAI.pdf). Acesso em: 12 nov. 2018.
- FUNDAÇÃO ROSA LUXEMBURGO. *As veias abertas da Volta Grande do Xingu: análise dos impactos da mineradora Belo Sun sobre a região afetada por Belo Monte*. 2017. Disponível em: [https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2017/11/as\\_veias\\_abertas\\_da\\_volta\\_grande\\_do\\_Xingu-1.pdf](https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2017/11/as_veias_abertas_da_volta_grande_do_Xingu-1.pdf). Acesso em: 20 out. 2018.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- REICHER, Stella Camlot. *Capacidades e direitos humanos: uma análise conceitual sob a ótica de Martha Nussbaum*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- ISA. Instituto Socioambiental. *Belo Monte: os filhos da barragem*. 2015. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/belo-monte-a-violencia-na-compensacao>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- ISA. Instituto Socioambiental. *Cinco anos após o início da instalação de Belo Monte IBAMA reconhece impactos na pesca*. 2016. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/cinco-anos-apos-inicio-da-instalacao-de-belo-monte-ibama-reconhece-impactos-na-pesca>. Acesso em: 16 dez. 2017.
- LOUREIRO, Violeta. *Amazônia: uma história de perdas e danos, um futuro a (re)construir*. v. 16, n. 45, p. 107-122, 2002. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142002000200008&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200008&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 17 jul. 2018.
- MORAES, Maria Lygia Quartim de. Prefácio. In: WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos direitos da mulher*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Justiça socioambiental e direitos humanos: uma análise a partir dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MAB. Movimento dos Atingidos por Barragens. *As violações dos direitos das mulheres atingidas e a luta pela vida*. 2017. Disponível em: <http://www.mabnacional.org.br/noticia/viola-es-dos-direitos-das-mulheres-atingidas-e-luta-pela-vida>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- NAÇÕES UNIDAS. *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 22 abr. 2019.
- NUSSBAUM, Martha C. The Supreme Court term 2006: Constitutions and capabilities: “perception” against Lofty Formalism. *Harvard Law Review*. Di-

- ponível em: <https://harvardlawreview.org/2007/11/constitutions-and-capabilities-perception-against-lofty-formalism/>. Acesso em: 22 maio 2018.
- NUSSBAUM, Martha. *Women and human development: the capabilities approach*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- LOUREIRO, J. J. Paes. *Cultura amazônica: uma poética do imaginário*. São Paulo: Escrituras, 2003.
- PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. *Sociedade e Cultura*, v. 11, n. 2, p. 263-274, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/fchf/article/viewFile/5247/4295>.
- PINZANI, Alessandro. Reconhecimento e solidariedade. *Ethic@*, Florianópolis, v. 8, n. 3, p. 101-113, maio 2009.
- ROBINSON, Mary. Que futuro para os direitos do homem? In: AAVV. *As chaves do Século XXI*. Lisboa: Editora Piaget: UNESCO, 2000.
- ROSCOCHE, Luiz Fernando; VALLERIUS, Daniel Mallman. Os impactos da usina hidrelétrica de Belo Monte nos atrativos turísticos da região do Xingu (Amazônia – Pará- Brasil). *Revista Eletrônica de Administração e Turismo*, v. 5, n. 3, jul./dez. 2014.
- SACHS, J.; WARNER, A. M. *Natural resource abundance and economic growth*. Development discussion paper No. 517a. Cambridge: Harvard Institute for International Development (HIID), 1995.
- SANTOS, Milton. *Pensando o espaço do homem*. 5. ed. São Paulo: Edusp, 2004.
- SEVÁ, Oswaldo. A lógica da Volta Grande adulterada: consequências prováveis afetando moradores urbanos, rurais e ribeirinhos em Altamira e municípios vizinhos; efeitos possíveis para os arquipélagos, pedrais, cachoeiras e na “ria” do baixo Xingu. In: *Tenotã-Mô: alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no Xingu*. São Paulo: International Rivers Network, 2005. Disponível em: [https://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/tenotamo.pdf](https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/tenotamo.pdf). Acesso em: 24 ago. 2018.
- SMITH, Brock. The resource curse exorcised: evidence from a panel of countries. *Journal of Development Economics*, v. 116, p. 57-73, set. 2015.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.
- WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos direitos da mulher*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- VIEIRA, Flávia do Amaral. *Direitos humanos e desenvolvimento na Amazônia: Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito e Relações Internacionais) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.
- ZAIDAN, Patrícia. Altamira: a cidade mais cruel e violenta com as mulheres. *Revista Cláudia*, ago. 2017. Disponível em: <https://claudia.abril.com.br/noticias/altamira-cidade-cruel-violenta-mulheres/>. Acesso em: 30 set. 2018.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Solução de Controvérsias em Acordos de Investimento:** as experiências do CPTPP, CETA e dos ACFI's

**Dispute Settlement in the Investment Agreements:** The experiences of CPTPP, CETA and CFIA's

Fábio Morosini

Vivian Daniele Rocha Gabriel

Anastacia Costa

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Solução de Controvérsias em Acordos de Investimento: as experiências do CPTPP, CETA e dos ACFIs\*

## Dispute Settlement in the Investment Agreements: The experiences of CPTPP, CETA and CFIA's

Fábio Morosini\*\*

Vivian Daniele Rocha Gabriel\*\*\*

Anastacia Costa\*\*\*\*

### Resumo

O artigo analisa como a solução de controvérsias em investimento tem sido delineada atualmente diante de iniciativas de reforma. O objetivo central do artigo é examinar os modelos de solução de controvérsias em investimentos oriundos da Parceria Transpacífica, do Acordo Comercial e Econômico entre a União Europeia e o Canadá (CETA) e dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento (ACFIs) celebrados pelo Brasil e compreender quais são as mudanças vislumbradas. Essa escolha se deu, pois atores como a União Europeia e o Brasil têm revelado certo protagonismo nesse processo. O primeiro, ao instituir em seus acordos um modelo de corte internacional de investimentos e, o segundo, ao adotar a arbitragem Estado-Estado. Por outro lado, outros atores permanecem utilizando a arbitragem de investimentos, apesar de todas as críticas levantadas e mesmo em acordos mais audaciosos em outras áreas, o que faz com que seja necessário também analisar essa escolha. A metodologia empregada baseia-se na análise de fontes primárias, quais sejam os acordos internacionais escolhidos, e na comparação entre os mecanismos de solução de controvérsias em investimentos de cada acordo e o porquê de sua utilização. Conclui-se haver uma falta de um coerência e convergência nos mecanismos de solução de controvérsias analisados e uma competição pelo melhor referencial a ser seguido, sendo recomendado aos Estados atenção às consequências desse fenômeno ao negociarem novos acordos de comércio.

**Palavras-chave:** Investimento estrangeiro. Solução de controvérsias. Parceria Transpacífica. Acordo Comercial e Econômico entre a União Europeia e o Canadá. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos.

### Abstract

The article aims to analyze how the resolution of investment disputes has been designed considering initiatives for reforming. The main purpose of the paper is to examine the investment dispute settlement patterns arising from

\* Recebido em 03/05/2019

Aprovado em 31/03/2020

Este artigo é fruto do trabalho conjunto entre o Centro de Estudos do Comércio Global e Investimento (CCGI-EESP/FGV), coordenado pela Professora Vera Thorstensen, e do Centro para Direito, Globalização e Desenvolvimento, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), coordenado pelo Professor Fábio Morosini.

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde coordena o Centro para Direito, Globalização e Desenvolvimento. Foi Research Fellow da OMC. Ph.D. e mestre em Direito Internacional pela University of Texas at Austin, e Master em Direito e Globalização Econômica pela Université de Paris 1/Sciences Po – Paris. Pesquisador do CNPq. E-mail: fabio.morosini@gmail.com

\*\*\* Advogada e Pesquisadora no Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos (CCGI), da Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas (EESP/FGV). Doutoranda e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: vivian.d.rocha@gmail.com/vivian.d.rocha@usp.br

\*\*\*\* Advogada e Mestranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). E-mail: nascacosta@gmail.com

the Transpacific Partnership, the European Union-Canada EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), and the Brazilian Cooperation and Facilitation Investment Agreements (ACFIs) and understand which changes are envisioned. This choice was made because actors such as the European Union and Brazil have shown some protagonism in this process. The first one, by establishing in its agreements an international investment court model, and the second one, by adopting state-state arbitration. On the other hand, other actors keep using investment arbitration, despite all the criticism raised and even agreements more audacious in other subjects, making necessary to analyze this choice as well. The methodology employed is based on the analysis of primary sources, such as the international agreements chosen, and the comparison between the dispute settlement mechanisms in each agreement and to scrutinize why they are used. The conclusion is that there is a lack of coherence and convergence in the dispute settlement mechanisms analyzed and a competition for the best framework to be followed, finally, the recommendation for states is to pay attention to the consequences of this phenomenon when negotiating new trade agreements.

**Keywords:** Foreign investment. Dispute resolution. Trans-Pacific Partnership. Comprehensive Economic Trade Agreement between the EU and Canada. Cooperation and Facilitation of Investment Agreement.

## 1 Introdução

A regulamentação internacional dos investimentos é um dos temas de maior importância na atualidade tanto para países desenvolvidos quanto os em desenvolvimento. Isso ocorre não somente em função do alto volume de fluxos de capitais intercambiados entre eles, mas também devido ao atual arcabouço regulatório fragmentado e que desencadeia uma crise de governança global na área do Direito Internacional dos Investimentos.<sup>1</sup> A ausência de normativa multilateral que desenvolva diretrizes gerais nessa seara, a existência de regras sobre investimentos em acordos preferenciais de comércio e a alta proliferação de normas bilaterais em

acordos de promoção e proteção de investimentos revela o conflito existente e a necessidade na área. Essa fragmentação normativa no Direito Internacional dos Investimentos traz problemas na coerência e convergência regulatória internacional, principalmente, quanto aos mecanismos de solução de controvérsias adotados.

Por isso, o presente artigo tem por objetivo abordar alguns dos mais recentes e paradigmáticos acordos internacionais sobre investimentos e quais os mecanismos de solução de controvérsias sobre investimentos adotados por eles, para que se possa analisar se esses mecanismos, que coexistirão conjuntamente na esfera internacional, poderão ser coerentes entre si. Essa análise engloba um exame crítico sobre como o sistema de solução de controvérsias em investimentos vinha sendo conduzido até o momento e quais as alterações introduzidas por esses novos instrumentos internacionais, o que se concatena com a atual fase de mudança Direito Internacional Pós-Moderno.

Em um primeiro momento, o artigo fará uma análise de dados gerais sobre o fluxo e o volume de investimentos estrangeiros, bem como dados sobre a utilização da arbitragem investidor-Estado como mecanismo de solução de controvérsias em matéria de investimentos. Em uma segunda etapa, serão apresentados três recentes modelos de solução de controvérsias, selecionados por serem considerados modelos referenciais no direito internacional do investimento estrangeiro. Trata-se dos modelos apresentados na Parceria Transpacífica, no Acordo Comercial e Econômico entre a União Europeia e o Canadá e nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) recentemente celebrados pelo Brasil. Todos eles consistem em acordos modernos e presentes nos debates sobre a atual crise no Direito Internacional dos Investimentos e a necessidade de mudança no tradicional sistema de solução de controvérsias sobre a matéria.

Por fim, serão feitas as considerações finais acerca da análise dos padrões de proteção apresentados, chegando-se à conclusão que o desenvolvimento de três vias principais para a solução de controvérsias sobre investimentos seja realizada, por meio da arbitragem de investimentos, pelo modelo da Corte de Investimentos europeia e pela arbitragem Estado-Estado, por serem muito distintas e lideradas por atores diversos, traz incoerência ao sistema. Isso, pois, essas iniciativas fragmentam ainda mais a jurisprudência acerca da matéria

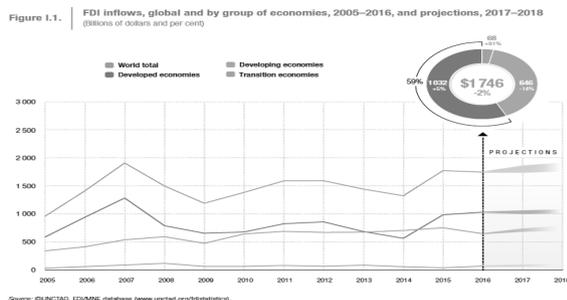
<sup>1</sup> XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

e deixam claro que não há governança internacional no que tange à proteção internacional dos investimentos.

## 2 Dados sobre Investimento Estrangeiro e Solução de controvérsias

De acordo com o *World Investment Report 2017*, elaborado pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (em inglês *United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD*), o fluxo global de investimentos, embora tenha sofrido uma pequena queda em 2016 devido ao fraco crescimento econômico mundial, projeta-se que este tende a crescer novamente até 2018<sup>2</sup>. A figura 1 demonstra que os anos de 2007 e de 2015 representaram grandes picos de investimento no fluxo global e confirma as projeções positivas para 2018:

**Figura 1 – Fluxos de investimento estrangeiro direto, globalmente e por grupo de economias, de 2005 a 2016, e projeções para 2017-2018 (em bilhões de dólares e por cento)**

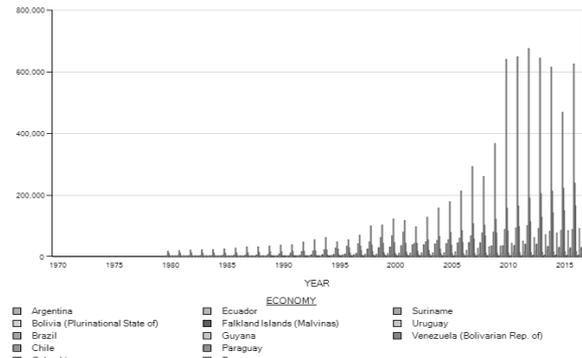


Fonte: World Investment Report 2017, UNCTAD, p. 2

Ainda de acordo com o relatório, os investimentos estrangeiros diretos continuam sendo a principal fonte de financiamento externo para economias em desenvolvimento<sup>3</sup>. O Brasil, em 2016, mesmo com uma queda de 8,7% em comparação com os anos anteriores, ainda é o país da América Latina e Caribe que mais recebeu investimento estrangeiro, tendo recebido no referido ano um total de U\$ 58.7 bilhões<sup>4</sup>. O relatório confirma a tradição do país como destinatário dos fluxos de investimentos, pois, como demonstra o gráfico na Figura 2 abaixo, o Brasil é historicamente o maior receptor de

Investimento Estrangeiro Direto na América do Sul, o que se pode notar desde a década de 1980 e pela observação dos elevados picos vislumbrados nas primeiras décadas dos anos 2000:

**Figura 2 - Evolução do estoque de investimentos estrangeiros diretos nos países da América do Sul, em milhões de dólares (1980-2013)**



Fonte: UNCTADStat

Diante de um crescente fluxo mundial de investimentos, visando garantir maior segurança jurídica aos investidores, bem como atrair a maior parcela possível de recursos e sinalizar uma pré-disposição em receber os investimentos, os países firmam entre si acordos internacionais de promoção e proteção do investimento estrangeiro, estabelecendo obrigações e direitos a ambos os Estados.

Nestes acordos, cláusulas de solução de controvérsias em acordos internacionais historicamente assumem particular importância, com base na falta de confiança dos países desenvolvidos em relação aos sistemas judiciais dos países em desenvolvimento<sup>5</sup>. Logo, tornou-se fundamental a presença de mecanismos de solução de controvérsias quanto à interpretação e aplicação das normas em um contexto específico, de maneira a lhes assegurar o seu cumprimento. Passando de padrões mínimos de tratamento à possibilidade de acesso ao mecanismo de solução de controvérsias<sup>6</sup>, esses são progres-

<sup>2</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2017: investment and the digital economy*. Geneva: United Nations, 2017, p.2.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p.x.

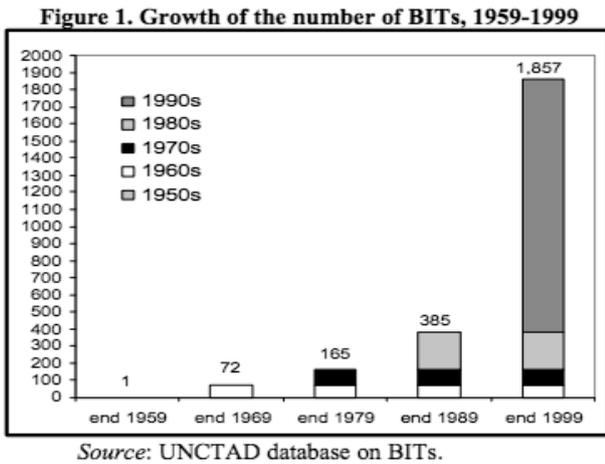
<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>5</sup> MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge University Press, 2017, p. 9.

<sup>6</sup> Como mecanismo de solução de controvérsias em matéria de investimentos, inicialmente a proteção diplomática exerceu um importante papel histórico para a proteção dos investimentos estrangeiros. Através dela, o Estado origem do investidor desempenha a função de zelar pelos interesses de seu nacional. Entretanto, considerando que a proteção diplomática é instrumento político e é utilizada de acordo com o interesse do Estado, esta perdeu muito de seu espaço, primeiro para a arbitragem contratual *ad hoc* e, depois, para a originada em tratados e institucional.

sivamente negociados em acordos internacionais, com uma massiva proliferação de acordos bilaterais de investimento nos anos 1990<sup>7</sup>. Esse crescimento acentuado é evidente no gráfico abaixo, no qual se pode perceber que o número de acordos quase quintuplicou entre o final de 1989 e o final de 1999:

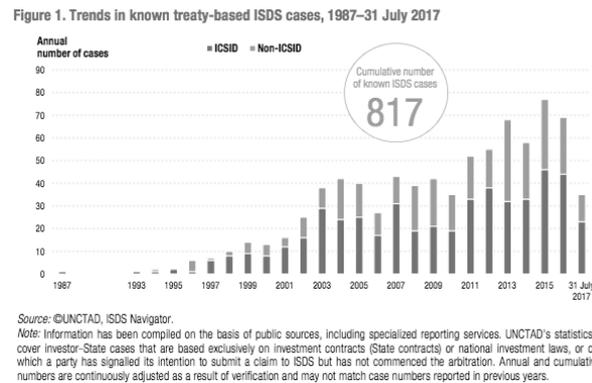
**Figura 3 – Evolução no volume acordos bilaterais de investimento de 1959 a 1999**



Fonte: UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999* (UNCTAD/ITE/IIA/2)

Segundo dados da UNCTAD, somente no primeiro semestre de 2017, foram iniciados 35 procedimentos de arbitragem investidor-Estado com base em acordos de promoção e proteção de investimentos, levando a um montante total de 817 casos conhecidos<sup>8</sup>. O gráfico abaixo demonstra a evolução de 1987 a 31 de julho de 2017 na quantidade de procedimentos arbitrais, evidenciando uma tendência de aumento no volume de controvérsias submetidas à arbitragem de investimentos:

**Figura 4 – Evolução no volume de procedimentos arbitrais de 1987 a 31/07/2017**



Fonte: UNCTAD, IIA Issues Note, Issue 03, November 2017

É neste contexto que os Estados Unidos e a União Europeia, duas grandes potências hegemônicas, com uma rica história de utilização de arbitragem internacional, celebram e negociam novos acordos, buscando endereçar a maior parte das críticas direcionadas aos seus sistemas de solução de controvérsias. Assinado pelos Estados Unidos e suas contrapartes (totalizando 12 membros), em 4 de fevereiro de 2016, a Parceria Transpacífica (em inglês, *Transpacific Partnership - TPP*)<sup>9</sup> representa o refinamento do modelo norte-americano de solução de controvérsias sobre investimentos, mantendo o sistema tradicional de arbitragem investidor-Estado e garantindo a autonomia das partes para escolher os árbitros.

Apesar de liderado pelos Estados Unidos durante o governo Obama, após a posse de Donald Trump, em 2017, em função da nova política externa americana, o país retirou-se da iniciativa regional, refutando a assinatura do acordo. A negociação deixou marcas para as partes remanescentes, que diante de uma moldura jurídica já delineada e com avanços em temas complexos e, em alguns casos, jamais antes negociados, decidiram prosseguir com a parceria sob a denominação “TPP - 11”. As negociações para o TPP-11 avançaram em novembro de 2017<sup>10</sup>, tendo sido apresentada versão final em fevereiro de 2018, sob o novo nome de *Comprehensive*

<sup>7</sup> SORNORAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, 2010. p. 172.

<sup>8</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *IIA Issues Note*, Issue 03, November 2017. Genebra: United Nations, 2017. p. 1.

<sup>9</sup> *Trans-Pacific Partnership*, chapter 5. Disponível em: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>. Acesso em: 15 dez. 2017.

<sup>10</sup> STEVENSON, Alexandra; RICH, MOTOKO. Trans-Pacific Trade Partners Are Moving On, Without the U.S. *The New York Times*, Nova York, 11 nov. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/11/11/business/trump-tpp-trade.html>. Acesso em: 15 dez. 2017.

and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), o qual foi assinado em 8 de março de 2018, no Chile.<sup>11</sup>

Em contraposição à contemporânea proliferação de arbitragens *ad hoc*, a União Europeia estabeleceu em seus mais novos acordos regionais mecanismo ousado e inovador. Por meio do *Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA)*, celebrado com o Canadá, o *Free Trade Agreement (FTA)* assinado com o Vietnã, e de sua proposta para a Parceria Transatlântica ou *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, parceria elaborada com Estados Unidos, prevê uma corte permanente para analisar controvérsias sobre investimentos, composta de 15 membros previamente eleitos.

O Brasil, por sua vez, segue resistindo ao modelo de solução de controvérsias investidor-Estado, prevenido, através dos seus recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs), somente a arbitragem Estado-Estado. Este padrão de proteção foi criado por meio de iniciativa combinada entre governo e iniciativa privada no início dos anos 2000, sendo concretizado em 2015 e assinado desde então com várias nações. Atualmente, quase todos os acordos foram ratificados no Congresso Nacional.<sup>12</sup>

O TPP é considerado hoje como uma moldura jurídica referencial, com potencial de ser um divisor de águas no que diz respeito à regulação de quase todas as áreas da economia mundial, inclusive a de investimentos, afetando não só as partes contratantes, mas tam-

bém o resto do mundo<sup>13</sup>. Exemplo disso é a exceção estabelecida, em função da pressão australiana, de que controvérsias relacionadas ao tabaco estariam excluídas do mecanismo de controvérsias em investimentos.

Dessa forma, embora regionais ou multilaterais, os debates acerca da solução de controvérsias em investimento estrangeiro é parte de um discurso global, no qual os acordos mega-regionais mencionados servem como normalizadores e referenciais internacionais<sup>14</sup>. Neste artigo, serão apresentadas as principais características das principais iniciativas contemporâneas de proteção dos investimentos estrangeiros, tais como o propugnado pelo TPP, pela União Europeia e pelo Brasil. O presente trabalho não tem a pretensão de qualificar qual destes é o melhor modelo, porquanto este juízo de valor ultrapassa questões de preferência regulatória e ecoa diferentemente nos modelos de desenvolvimento de cada país.

### 3 O modelo de solução de controvérsias da Parceria Transpacífica

Acordos recentes celebrados pelos Estados Unidos, mais notadamente o Acordo de Livre Comércio com a Coreia do Sul (em inglês, *Korea-US Free Trade Agreement – KORUS*), que entrou em vigor em 2012, expandiram seus escopos, com a inclusão de disposições avançadas sobre propriedade intelectual, investimentos, tarifas, serviços financeiros, concorrência, questões ambientais, entre outros. Essa tendência a uma ampliação de matérias previstas parece demonstrar um padrão americano de acordos mais avançados, ambiciosos e amplos. O TPP, quanto a seu escopo, seguiu essa mesma prática, tendo sido desenvolvido de modo a abarcar uma variedade de tópicos<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> GREENFIELD, Charlotte; PACKHAM, Colin. Final version of Trans-Pacific trade deal released, rules pushed by U.S. on ice. *Thomson Reuters*, Wellington/Sydney, 21 fev. 2018. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-trade-tpp/final-version-of-trans-pacific-trade-deal-released-rules-pushed-by-u-s-on-ice-idUSKCN1G50AP>. Acesso em: 26 fev 2018.

<sup>12</sup> ACFI com Angola: PDC 432/19. Aprovado pelo Senado Federal no dia 24 de maio de 2017, transformado no Decreto Legislativo 77/2017 (DOU 26/05/2017). ACFI com Moçambique: PDC 437/16. Aprovado pelo Senado Federal no dia 24 de maio de 2017, transformado no Decreto Legislativo 78/2017 (DOU 26/05/2017). ACFI com Maláui: PDC 438/16. Aprovado pelo Senado Federal no dia 11 de maio de 2017, transformado no Decreto Legislativo 55/2017 (DOU 12/05/2017). ACFI com Chile: PDC 439/2016. Aprovado pelo Senado Federal no dia 24 de março de 2017, transformado no Decreto Legislativo 53/2017 (DOU 11/05/2017). ACFI com México: PDC 530/16. Aprovado pelo Senado Federal no dia 19 de abril de 2017, transformado no Decreto Legislativo 51/2017 (DOU 20/04/2017). ACFI com Colômbia: PDC 813/2017. Aprovado em Comissão do Senado. Aguardando votação em Plenário. AAEC com Peru: PDC 599/2017. Aprovado pelo Senado Federal no dia 24 de março de 2017, transformado no Decreto Legislativo 42/2017 (DOU 27/03/2017).

<sup>13</sup> SCHACHERER, Stefanie. TPP, CETA and TTIP between Innovation and Consolidation – Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals. *Journal of Dispute Settlement*, v.0, p. 1, 2016.

<sup>14</sup> SCHILL, Stephan W. Reforming Investor-State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework. *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2017. p. 3.

<sup>15</sup> THORSTENSEN, Vera; NOGUEIRA, Thiago (Coord.). *O Tratado da Parceria Transpacífico (TPP): Impactos do Novo Marco Regulatório para o Brasil*. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento, 2017. p. 457.

Primariamente desenhado para países membros da Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico (em inglês, *Asia-Pacific Economic Cooperation – APEC*), como previsto em seu próprio preâmbulo e em suas disposições finais, o TPP foi celebrado entre doze países<sup>16</sup>, incluindo não membros da APEC. Seu intuito, de acordo com o preâmbulo<sup>17</sup>, era o de constituir uma grande área de livre comércio na porção asiática do Pacífico. O mega-acordo manteve o *status quo* em relação à tradicional arbitragem investidor-Estado e constitui um refinamento do modelo dos Estados Unidos de tratado bilateral de investimentos de 2012. De acordo com o estudo de Alschner e Skougarevskiy<sup>18</sup>, 81% do texto principal do TPP foi replicado do capítulo de investimentos do Acordo de Livre Comércio entre os Estados Unidos e a Colômbia, assinado uma década antes, sendo que, dos 20 acordos mais similares ao capítulo de investimentos do TPP, os mais próximos são acordos de livre comércio celebrados pelos Estados Unidos. De acordo com os autores, portanto, o TPP carrega uma forte escrita americana<sup>19</sup>.

Para Broude, Haftel e Thompson, o TPP é singularmente ambicioso, em termos de profundidade e escopo de suas regras, para um acordo que inclui tantos signatários, e que abrange diversas regiões e níveis de desenvolvimento<sup>20</sup>. Sua parte destinada à solução de

controvérsias segue as mesmas diretrizes do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (em inglês, *North American Free Trade Agreement - NAFTA*), com a inclusão de dispositivos que tornam públicos as audiências e documentos e que permitem a aceitação de requerimentos *amicus curiae*<sup>21</sup>.

Durante as negociações do TPP, críticos como Eyal Benvenisti, alegavam que o acordo fazia parte da estratégia global americana de “dividir e conquistar”, envolvendo-se simultaneamente em negociações que reduzissem o poder de parceiros comerciais mais fracos, com o objetivo de moldar o mundo à sua imagem<sup>22</sup>. A falta de transparência no processo das negociações foi uma das reclamações recorrentes dos que se opuseram ao acordo, pois foi vista como um entrave ao poder deliberativo coletivo e democrático, excluindo as vozes das nações menores e a sociedade civil<sup>23</sup>.

Dentre as partes mais polêmicas do acordo, estão os dispositivos relacionados à solução de controvérsias investidor-Estado. A concessão às corporações estrangeiras do poder de processar o Estado anfitrião, inclusive em face de decisões, ações e políticas estatais que tenham meramente reduzido o valor de seus investimentos, por meio de arbitragem, é um dos principais alvos das críticas. Seja nos Estados Unidos ou na Austrália, dois estratégicos signatários do acordo, os críticos veem a arbitragem investidor-Estado não só como uma afronta à soberania e à governança democrática, mas também como um instrumento para enfraquecer o Estado de direito, removendo proteções procedimentais ao mesmo tempo que se volta a um sistema de “justiça privada”<sup>24</sup>.

A Figura 5 abaixo demonstra o procedimento de solução de controvérsias previsto pelo TPP, desde a fase preventiva, passando pelo início do procedimento arbitral, até a emissão do laudo arbitral:

<sup>16</sup> Japão, México, Austrália, Canadá, Peru, Chile, Malásia, Vietnã, Nova Zelândia, Singapura Brunei e Estados Unidos. Importante mencionar, aqui, que a ratificação pelos EUA foi rejeitada por Donald Trump, o que torna improvável a implementação do TPP em sua atual forma. Ainda assim, é de considerável importância estudar o TPP, visto que negociações a nível multilateral deverão ser moldadas com base nos resultados e lições derivados do acordo.

<sup>17</sup> PREAMBLE

The Parties to this Agreement, resolving to:

Expand their partnership by encouraging the accession of other States or separate customs territories in order to further enhance regional economic integration and create the foundation of a Free Trade Area of the Asia Pacific.

<sup>18</sup> ALSCHNER, Wolfgang; SKOUGAREVSKIY, Dmitriy. Mapping the Universe of International Investment Agreements. *The Journal of World Investment & Trade*, 19 (2016), p. 584. A métrica dos autores demonstrou que os 19% do texto que se afastaram do modelo americano se referem a esclarecimentos materiais, como a noção de investimento, o escopo do tratamento da nação mais favorecida, etc., bem como refinamentos procedimentais, tratando desde o processamento de petições *amicus curiae* à regulação de objeções preliminares quanto a danos recuperáveis.

<sup>19</sup> O Acordo de Livre Comércio entre a Colômbia e os Estados Unidos foi assinado em 22 de novembro de 2006, tendo entrado em vigor apenas em maio de 2012.

<sup>20</sup> BROUDE, Tomer; HAFTEL, Yoram Z.; THOMPSON, Alexander. The Trans-Pacific Partnership and Regulatory Space: A Comparison of Treaty Texts. *Journal of International Economic Law*, v.00,

2017. p.18

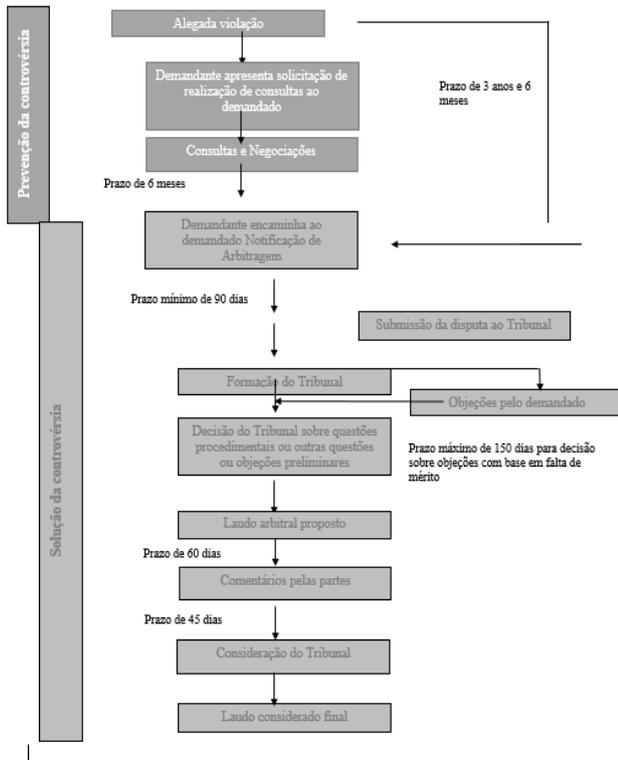
<sup>21</sup> ALSCHNER, Wolfgang; SKOUGAREVSKIY, Dmitriy. The New Gold Standard? Empirically Situating the Trans-Pacific Partnership in the Investment Treaty Universe. *The Journal of World Investment & Trade*, 17 (2016). p. 344.

<sup>22</sup> ALVAREZ, José. Is the Trans-Pacific Partnership’s Investment Chapter The New ‘Gold Standard’? IILJ Working Paper 2016/3, *MegaReg Series*. p. 5

<sup>23</sup> BENVENISTI, Eyal. Democracy Captured: The Mega-Regional Agreements and the Future of Global Public Law. *GlobalTrust Working Paper Series* 08/2015. p. 3-4.

<sup>24</sup> ALVAREZ, *Op. cit.*, p. 9.

Figura 5 – Da prevenção de disputas ao laudo final, pelo procedimento do TPP



Fonte: elaboração pelos autores

Como se vê, entre as inovações apresentadas pelo TPP, está a parte que trata da prevenção de controvérsias, estabelecendo que por deve haver consultas e negociações previamente, por pelo menos seis meses antes de se acionar o sistema arbitral. Findado esse prazo, não tendo sido obtido acordo amigável, as partes poderão acionar o mecanismo de arbitragem investidor-Estado. O TPP também prevê que o demandante deve encaminhar, no mínimo 90 dias antes da submissão à arbitragem, notificação escrita ao demandado informando da sua intenção de submeter sua disputa à arbitragem. Na notificação de intenções deverão constar características básicas como a designação do demandante, os dispositivos que acredita terem sido violados, acompanhados da devida fundamentação jurídica e os fatos, além do montante aproximado do dano reclamado.

A menos que as partes acordem diferentemente, o Artigo 9.22 prevê que o tribunal será composto por três árbitros, sendo um árbitro designado por cada uma das partes e o terceiro, que será o árbitro presidente, será designado por acordo das partes. As partes deverão concordar por escrito na designação de cada membro do painel individualmente. (Art. 9.22.4). Assim, o TPP mantém a autonomia das partes litigantes para escolher seus árbitros.

Na condução da arbitragem, o TPP inovou também com a previsão de que o procedimento arbitral deverá ser conduzido de forma transparente<sup>25</sup>, com oportunidades para a participação pública e salvaguardas para prevenir abusos e ajudar a dissuadir disputas frívolas ou não meritórias. O acordo inclusive menciona, em seu Art. 9.22, que as partes signatárias deverão ajustar a aplicação do Código de Conduta para os Procedimentos de Solução de Controvérsias previsto no Capítulo 28 do TPP (Solução de Controvérsias), incluindo todas as modificações necessárias para que referido Código de Conduta seja adequado ao contexto do mecanismo de controvérsias investidor-Estado.

No que diz respeito à transparência, o TPP não menciona especificamente as *Regras da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, mas contém disposições similares ao modelo americano de tratados bilaterais de investimento, que preveem que as audiências e documentos, como sentenças e demais decisões, devem ser abertas ao público. Uma parte poderá, entretanto, com a permissão do tribunal, manter “informações protegidas” fora da divulgação pública. Há ainda a possibilidade de admissão de manifestações *amicus curiae* de terceiras partes relevantes e requerimentos de partes não litigantes (Art. 9.23.3). A respeito das disputas frívolas, o Artigo 9.22 prevê um sistema de julgamento acelerado e uma variedade de penalidades a quem as tiver dado início, como a condenação ao pagamento de despesas com custas e honorários advocatícios.

É importante também salientar que o TPP delimita o escopo da arbitragem investidor-Estado, de forma que somente poderão ser submetidas a este mecanismo as reclamações oriundas de uma violação de obrigações estabelecidas no tratado, de uma autorização de investimento e de um acordo de investimento, desde que a empresa tenha sofrido perdas ou danos em virtude de, ou como resultado dessa violação (Art. 9.19). Além disso, o TPP estabelece um prazo limite de três anos e seis me-

<sup>25</sup> A falta de transparência é uma crítica recorrente ao sistema de solução de controvérsias por meio de arbitragem investidor-Estado, talvez refletida por suas origens em resolução de disputas comerciais privadas, nas quais haveria maior motivação empresarial para sigilo. Recentemente, muitos tribunais arbitrais de investimento têm reconhecido uma obrigação ao devido processo legal e à transparência, como elementos do tratamento justo e equitativo. Sobre o tema: MALINTOPPI, I.; LIMBASAN, N. Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration. *Babrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review*, 31, 2015. p. 2.

ses para que a reclamação seja submetida à arbitragem, contados a partir do momento em que o investidor teve conhecimento pela primeira vez da alegada violação e conhecimento de que tenha sofrido perdas e danos (Art. 9.21). Finalmente, o TPP contém exceção ao sistema de arbitragem investidor-Estado para disputas contestando medidas referentes ao controle do tabaco (Art. 29.5)<sup>26</sup>.

Como no regime da Organização Mundial do Comércio (OMC), o TPP não prevê nenhum mecanismo de apelação. Há apenas a menção a eventual criação de referido mecanismo, ocasião na qual as partes signatárias deverão considerar se os laudos emitidos com conformidade com o Art. 9.29 (Laudos) devem estar sujeitos a dito mecanismo de apelação (Art. 9.23.11). Entretanto, o acordo contém uma previsão peculiar que garante às partes a possibilidade de revisarem o laudo, antes da emissão do laudo final (Art. 9.23.10). Isso significa que em até 60 dias as partes litigantes podem apresentar comentários escritos ao tribunal e o tribunal deverá então considerar tais comentários em um intervalo de tempo de mais 45 dias. Esse mecanismo é similar ao sistema de reexame da OMC, no qual se busca a correção ou a análise do relatório do painel.

Como se pode observar, o TPP cristaliza a arbitragem investidor-Estado, nos moldes do modelo americano, com algumas reformas e refinamentos, como as disposições acerca da transparência e a participação de terceiros, buscando balancear as obrigações do Estado receptor e os direitos do investidor. O modelo aproveita o que já vinha se consagrando por meio dos Modelos dos Estados Unidos de tratados bilaterais de investimentos, bem como dos acordos de livre comércio celebrados, mantendo e até expandindo os elementos básicos encontrados no NAFTA e em acordos bilaterais como o Acordo de Livre Comércio com a Coreia do Sul, no qual, por exemplo já se previa procedimento acelerado para causas frívolas (Art. 11.20.6-8), inclusive com atribuição de pagamento de honorários aos advogados da parte contrária.

<sup>26</sup> É importante ressaltar que esse dispositivo não está no capítulo 9 (sobre Investimentos), mas no capítulo 29 do acordo, que trata de exceções gerais. Foi introduzido devido ao recente caso da Philip Morris em face da Austrália (Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12), em que a companhia iniciou procedimento arbitral em face da Austrália devido a regulamentos para embalagens de cigarros.

## 4 O modelo de solução de controvérsias proposto no CETA

Desde 2015, a União Europeia visa a modificar estruturalmente a sistemática da arbitragem de investimentos para solucionar as demandas de seus investidores e a construir novas instituições que possam diluir as críticas disseminadas quanto a esse mecanismo<sup>27</sup>. Dentre as principais reclamações estão a falta de independência e imparcialidade, a falta de consistência e coerência dos laudos, a falta de transparência e finalmente, os procedimentos longos e custosos<sup>28</sup>.

Em 2016, o bloco assinou formalmente o Acordo Econômico e Comercial Global com o Canadá (*Canada and European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement - CETA*), e finalizou as negociações para o Acordo de Livre Comércio com o Vietnã (*EU-Vietnam Free Trade Agreement*), ambos acordos preferenciais de comércio com disposições sobre proteção e promoção de investimentos. Destaca-se também a negociação iniciada para a concretização da Parceria Transatlântica (em inglês, *Transatlantic Trade and Investment Partnership - TTIP*), entre União Europeia e Estados Unidos. Essas três iniciativas trazem muitas inovações à baila. Além disso, a União Europeia recentemente assinou Acordo de Livre Comércio com Cingapura e finalizou as negociações para a assinatura de Acordo de Livre Comércio com o Japão (em inglês, *EU-Japan Free Economic Partnership Agreement*). Em todos os acordos referidos, a União Europeia propõe a criação de um Sistema de Corte de Investimentos, formado por Tribunais de primeira e de segunda instâncias, compostos por árbitros com mandatos fixos, em contraposição ao sistema de arbitragem *ad hoc*, no qual os árbitros são escolhidos para cada caso específico. Com a assinatura dos referidos acordos, o bloco europeu buscou reformar um regime jurídico já exaustivamente criticado, seja por juristas ou pela sociedade civil. Mesmo as garantias feitas pela Comissão Europeia<sup>29</sup> de um processo mais justo e transparente não foram suficientes para diminuir a desconfiança em relação ao sistema.

<sup>27</sup> SCHACHERER, Stefanie. TPP, CETA and TTIP between Innovation and Consolidation: resolving investor-state disputes under mega-regionals. *Journal of International Dispute Settlement*, 2016. p.4.

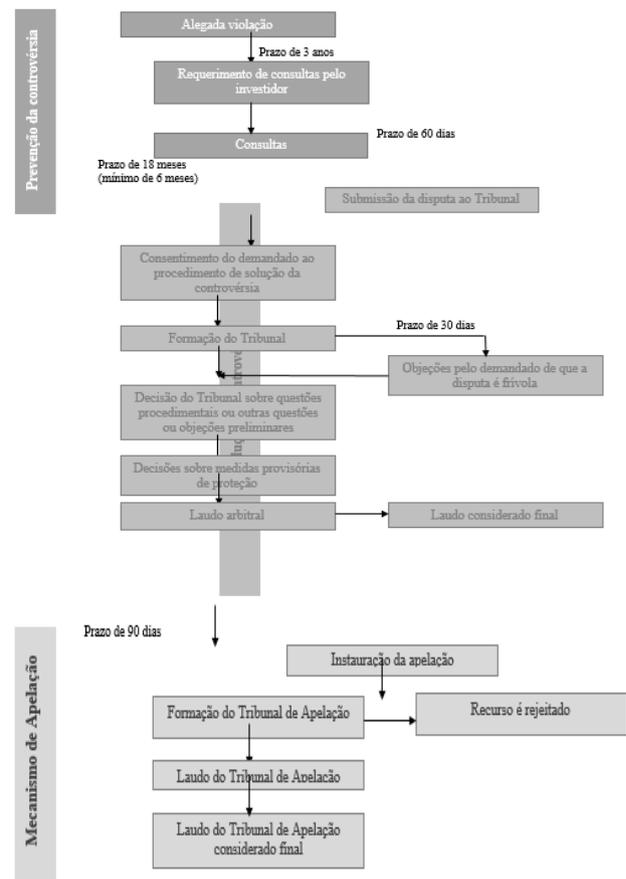
<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>29</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Relatório da Comissão Europeia de 13 de janeiro de 2015*, p. 3. Disponível em: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf).

De acordo com o governo canadense, o CETA é o mais ambicioso e progressivo acordo de comércio que o Canadá e a União Europeia já negociaram<sup>30</sup>. Nesse mesmo caminho, o acordo preferencial com o Vietnã replica o arcabouço jurídico do CETA em alguns pontos. Alguns críticos apontam para o fato de que a inclusão do sistema de solução de controvérsias investidor-Estado no CETA expandirá consideravelmente o alcance global da arbitragem de investimentos. O grande número de corporações americanas com subsidiárias em território canadense é de particular importância aos europeus, considerando que elas poderiam utilizar o sistema do CETA se engenhosamente estruturassem seus investimentos na União Europeia. De acordo com estimativas recentes<sup>31</sup>, 81% das empresas americanas ativas na União Europeia (cerca de 42.000 empresas) se encaixariam na definição de um “investidor Canadense”, podendo, assim, recorrer à solução de controvérsias prevista pelo CETA.

O CETA buscou abordar essas preocupações adotando as melhores práticas comumente encontradas no modelo canadense de acordo de promoção e proteção ao investimento estrangeiro, como a restrição da exposição estatal a reivindicações dos investidores, por meio da imposição do prazo de 3 anos para a sua instauração<sup>32</sup>. O papel do Estado na interpretação dos dispositivos sobre investimento para corrigir o que as partes consideram interpretações inapropriadas de tribunais arbitrais (Art. 8.31.3) também pode ser encontrado no modelo canadense e no NAFTA. A Figura 6 abaixo demonstra as fases do procedimento de solução de controvérsias do CETA:

Figura 6 – Da prevenção de disputas ao mecanismo de apelações, pelo procedimento do CETA



Fonte: preparado pelos autores

De início, o CETA prevê procedimento detalhado para a solução amigável da disputa, de modo a evitar procedimentos que possam prejudicar relações de longo termo, buscando preservar as partes do acordo. O CETA prevê uma fase de consultas, sendo mandatório o período de 6 meses entre a data do requerimento das consultas e a data de submissão do pedido de arbitragem (Art. 8.22.1.b). O Art. 8.20 garante às partes em litígio a possibilidade de acesso à mediação a qualquer momento, de forma a atingir uma solução amigável. A mediação deverá ser regida pelas mesmas regras acordadas pelas partes no litígio, incluindo as eventuais regras a serem criadas pelo Comitê de Serviços e Investimento, em conformidade com o Art. 8.44.

O principal e mais singular aspecto do novo modelo europeu, entretanto, é a criação de um Sistema de Corte Permanente que substitui o sistema de arbitragem *ad hoc* investidor-Estado. As inovações iniciam-se já na nomeação dos juízes da respectiva corte. A Corte deverá ser composta de 15 membros, sendo 5 canadenses, 5 europeus e 5 nacionais de outros países. Essa formulação tem

<sup>30</sup> CANADA. Government of Canada. *Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement – Canadian Statement on Implementation*. Disponível em: [http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/canadian\\_statement-enonce\\_canadien.aspx?lang=eng](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/canadian_statement-enonce_canadien.aspx?lang=eng). Acesso em: 5 mar. 2018.

<sup>31</sup> TENS of Thousands of U.S. Firms Would Obtain New Powers to Launch Investor-State Attacks against European Policies via CETA and TTIP. *PublicCitizen*, Washington, D.C., United States, Disponível em: <https://www.citizen.org/sites/default/files/eu-isds-liability.pdf>. Acesso em 29 set 2017.

<sup>32</sup> CETA, Art. 18.19(a)

a intenção de permitir cada país a indicar seus árbitros e ter voz na escolha do árbitro do terceiro país, de forma a impor alguma “responsabilidade” aos árbitros. Esses regimentos, juntamente com o prazo de mandato pré-definido, são destinados a garantir a imparcialidade dos árbitros. Um elemento significativo no procedimento de indicação é o requerimento de “juízes indicados publicamente com alta qualificação”, os quais devem possuir as habilitações exigidas nos respectivos países para o exercício de funções jurisdicionais ou ser juristas de reconhecida competência (Art. 8.27.4). Os membros do tribunal são indicados para um período de 5 anos, que podem ser renovados uma única vez. O acordo com o Vietnã contém disposições similares, prevendo a indicação de árbitros para o Tribunal através de decisão conjunta entre as partes. Os árbitros indicados devem ter experiência demonstrada em direito internacional público e devem possuir as qualificações necessárias em seus respectivos países para a indicação ou serem juristas de competência reconhecida (Arts. 12.4 e 13.7).

Apresentado o pedido, o presidente do Tribunal tem o prazo de 90 dias, contados da data de apresentação, para nomear os membros do tribunal que irão compor a seção. Nos termos do CETA, a nomeação deve ser feita numa base rotativa, de modo a garantir uma composição aleatória e imprevisível das seções e a dar a todos os membros do Tribunal igual oportunidade (Art. 8.27.7). Os membros do Tribunal devem estar disponíveis e aptos a executar suas funções (Art. 8.27.11). É importante ressaltar que o CETA prevê, ainda, a possibilidade de um único árbitro, desde que todas as partes assim concordem. Esse sistema de formação do painel é um significativo afastamento do modelo clássico americano, onde as partes têm a opção de selecionar um árbitro cada. Sob o CETA, portanto, os investidores não têm nenhum poder de escolha seja na determinação dos membros do Tribunal que decidirão sua controvérsia, seja no processo de eleição dos membros do Tribunal e do Tribunal de Apelações.

Considerando que as questões de indicação e qualificação dos árbitros estão entre as principais discussões para a reforma do regime jurídico do investimento estrangeiro, as soluções previstas no CETA e no acordo com o Vietnã, à primeira vista, parecem refletir um meio-termo entre uma corte permanente “real” com juízes a tempo integral e a arbitragem investidor-Estado.

Na condução da arbitragem, o CETA não esti-

pula seu próprio código de conduta para os árbitros, cabendo, de acordo com o seu Art. 8.44.2, ao Comitê de Serviços e Investimentos previsto no acordo, na concordância das partes do Tratado, adotá-lo de forma abrangente. Deverão ser endereçadas questões sensíveis como obrigações de divulgação, independência e imparcialidade dos árbitros, bem como questões de confidencialidade<sup>33</sup>, que correspondem aos maiores alvos de críticas ao sistema de solução de controvérsias investidor-Estado. A única regra expressa que regula o código de conduta dos árbitros no CETA está no Art. 8.30 (1), que prevê que os árbitros não devem receber instruções de nenhuma parte, o que tenta reforçar o dever de imparcialidade existente para os julgadores. Neste mesmo dispositivo também há a proibição de que os árbitros participem na “consideração de quaisquer disputas que possam criar um conflito direto ou indireto de interesses”. Sobre os conflitos de interesses, tanto o CETA quanto o acordo com o Vietnã fazem referência às Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional (em inglês, *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration – IBA Guidelines*)<sup>34</sup>, que preveem padrões gerais de conduta para os árbitros que caem em 3 categorias (listas vermelha, laranja ou verde) de conflitos, assim como regulações específicas para certas situações que possam surgir. Esta referência às Diretrizes da IBE torna-as mandatórias para árbitros atuando em casos oriundos do CETA, até que as partes do Tratado acordem em um novo código de conduta. Na Lista Vermelha das Diretrizes, por exemplo, está prevista a hipótese em que o árbitro possui interesse financeiro significativo em uma das partes ou no resultado da arbitragem (1.3). Nesse caso, existe um conflito de interesses objetivo, sob o ponto de vista razoável de um terceiro com conhecimento acerca dos fatos.

Outro ponto importante refere-se à transparência do processo decisório, que sempre causou bastante po-

<sup>33</sup> A alegada falta de independência e imparcialidade dos árbitros é historicamente uma das maiores críticas à arbitragem em matéria de investimentos. De acordo com Schacherer, essa preocupação se evidencia principalmente através do crescente número de impugnação a árbitros nos últimos anos. *Vide* SCHACHERER, Stefanie. TPP, CETA and TTIP between Innovation and Consolidation: resolving investor–state disputes under mega-regionals, *Journal of International Dispute Settlement*, 2016. p. 8.

<sup>34</sup> INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*. 2014. Disponível em [https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx). Acesso em: 21 nov. 2017.

lêmica em matéria de arbitragem, haja vista que muitos procedimentos arbitrais são confidenciais. O Art. 8.36 do CETA faz referência às Regras de Transparência da Comissão de Direito do Comércio Internacional das Nações Unidas (em inglês, *United Commission on International Trade Law – UNCITRAL*), mas faz algumas modificações, incluindo documentos adicionais na lista, como provas de documentos que devem ser publicados, ou permitindo a publicação de documentos mesmo antes da constituição do tribunal. Sob estas regras, o repositório da UNCITRAL prontamente disponibiliza ao público ‘informação referente ao nome das partes litigantes, o setor econômico envolvido e o tratado pelo qual a disputa é feita’, desde o início dos procedimentos arbitrais.

Na definição de pedidos que poderão ser levados à corte, o CETA, em seu Art. 8.18, prevê estritamente os descumprimentos das poucas disposições de proteção ao investimento que consagram princípios fundamentais (não discriminação, expropriação somente com finalidade pública e com a adequada compensação e tratamento justo e equitativo) e que tenham causado prejuízo a um investidor específico. O Art. 8.31 dispõe que o Tribunal não terá jurisdição para julgar a legalidade de alguma medida que constitua uma alegada violação do acordo ao abrigo da legislação interna de uma Parte. O tribunal somente pode levar em consideração, se for o caso, a legislação interna de uma Parte como uma questão de fato. O acordo prevê que Tribunal pode rejeitar a reclamação de pronto, em caso de “pedidos manifestamente sem mérito” (Artigo 8.32) e de “pedidos sem fundamento legal” (Artigo 8.33). Esses dispositivos permitem rejeição antecipada da causa com base no mérito e na jurisdição, para evitar disputas frívolas ou outros abusos.

O CETA prevê, ainda, dupla jurisdição, por meio de uma segunda instância que admita apelações para revisar as sentenças prolatadas pela corte. Os erros passíveis de revisão são aqueles cometidos na aplicação ou interpretação da lei aplicável, em particular nas regras materiais do CETA acerca dos padrões de proteção de investimentos, erros “manifestos” na apreciação dos fatos do caso, o que inclui a aplicação da lei doméstica relevante, e aqueles correspondentes ao Art. 52 (1), alíneas (a) a (e), da Convenção do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (em inglês, *International Centre for Settlement of Investment Dis-*

*putes – ICSID*)<sup>35</sup>. A respeito do duplo grau de jurisdição, Reinisch afirma que esta estrutura pode levar à emissão de laudos que correrão o risco de não ser reconhecidos. De acordo com o autor, a substituição do mecanismo de anulação das regras do Centro Internacional para a Resolução de Disputas em Matéria de Investimentos (CIRDI) pelo mecanismo de apelação do CETA constituiria uma incompatibilidade<sup>36</sup>. Além disso, Schacherer também aponta para o fato de que a possibilidade de apelação aumentará os custos e o tempo de uma disputa já altamente custosa e longa<sup>37</sup>.

Quanto à formação do tribunal de apelação, o CETA deixou a função da indicação dos seus membros ao Comitê Conjunto, que também deverá elaborar os pré-requisitos administrativos e organizacionais para garantir o funcionamento do tribunal “prontamente”. Isso inclui assuntos como, por exemplo, procedimentos para a condução das apelações, determinação de custos dos recursos e remuneração dos membros do Tribunal de Apelação.

O novo sistema de Corte de Investimentos trazido pelo CETA e o acordo com o Vietnã, bem como nas negociações do TTIP, parece ser uma tentativa de dar maior segurança e credibilidade à arbitragem investidor-Estado, em comparação ao sistema de arbitragem *ad-hoc*, buscando obter maior controle sobre a maneira em que os casos são decididos<sup>38</sup>. É perceptível a agenda europeia de se distanciar do processo arbitral tradicional em direção à consolidação de uma corte com juízes, uma função recursal, membros publicamente eleitos, e procedimentos e prazos bem definidos.

<sup>35</sup> Art. 52.1. Qualquer das partes poderá pedir por escrito ao secretário-geral a anulação da sentença com base em um ou mais dos seguintes fundamentos:

Vício na constituição do tribunal;  
Manifesto excesso de poder do tribunal;  
Corrupção de um membro do tribunal;  
Inobservância grave de uma regra de processo fundamental; ou  
Vício de fundamentação.

<sup>36</sup> REINISCH, August. Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v.0, 2016. p. 19.

<sup>37</sup> SCHACHERER, Stefanie. TPP, CETA and TTIP between Innovation and Consolidation: resolving Investor–State Disputes under Mega-regionals. *Journal of International Dispute Settlement*, 2016. p. 16.

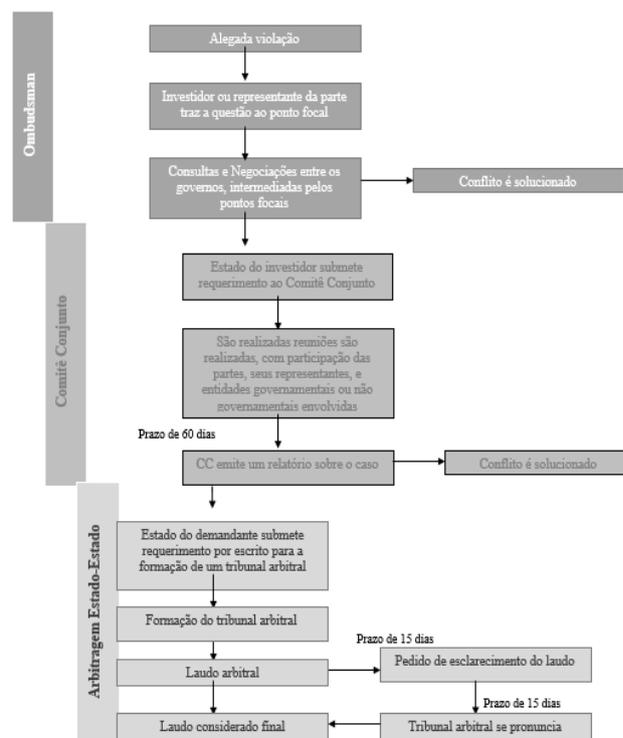
<sup>38</sup> HENCKELS, Caroline. Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP. *Journal of International Economic Law*, 19, 2016. p. 28.

## 5 O modelo brasileiro de solução de controvérsias proposto nos ACFIs

A partir de março de 2015, um novo modelo de acordo bilateral de investimentos: o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), cuja mais notável diferença é o afastamento do modelo de arbitragem investidor-Estado, que já vinha sendo rejeitado pelo Congresso brasileiro nas diversas tentativas de ratificar uma série de acordos bilaterais de investimento nos anos 1990, sob o argumento de que tal tipo de regulação afrontava dispositivos da Constituição<sup>39</sup>. Desde então, já foram assinados sete destes acordos, todos com outros países em desenvolvimento: Moçambique, Angola, México, Maláui, Colômbia, Chile e Peru<sup>40</sup>, além do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (PCFI), celebrado em 2017 no âmbito do Mercosul.

O modelo difere dos tradicionais acordos bilaterais de investimento em diversos aspectos sendo o modelo de solução de controvérsias particularmente diverso do adotado na prática internacional. Abaixo, a Figura 7 demonstra o procedimento arbitral conforme os ACFIs que estabelecem as regras mais detalhadas, isto é, os ACFIs com o México, Colômbia, Chile e Peru:

Figura 7 – Da prevenção de disputas ao laudo arbitral, pelo procedimento dos ACFIs



Fonte: preparado pelos autores

Os ACFIs, primeiramente, preveem um sistema reforçado de prevenção de controvérsias, por meio de um mecanismo de Governança Institucional composto pelo Comitê Conjunto e pelos Pontos Focais ou *Ombudsman*, sendo que somente após transcorrida essas duas etapas, proceder-se-á à arbitragem, que será entre Estados. A preferência é para que haja uma interlocução entre o governo do país e os investidores estrangeiros instalados em seu território, para que seja prevenida a disputa.

O ponto focal, ou *ombudsman*, tem o papel de atuar como facilitador na relação entre o investidor e o governo do país receptor, servindo como canal de interlocução para evitar a configuração de situações que possam conduzir a uma controvérsia em face do Estado receptor. O *ombudsman*, portanto, atua na primeira fase preventiva da controvérsia, empreendendo esforços para mitigar os riscos, em coordenação com as partes relevantes. Não resolvida a controvérsia na via preventiva do ponto focal, há a opção pelo Comitê Conjunto, que analisará o pleito por meio da participação do Estado de origem do investidor<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> MOROSINI, Fabio; JUNIOR, Ely Caetano Xavier. Regulação do Investimento Estrangeiro Direto no Brasil: Da Resistência aos Tratados Bilaterais de Investimento à Emergência de um Novo Modelo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2 2015. p. 428. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3586/pdf>.

<sup>40</sup> O acordo com Moçambique foi assinado em março de 2015, o acordo com Angola em abril de 2015, o acordo com Maláui em junho de 2015, o acordo com o México em maio de 2015, o acordo com a Colômbia em outubro de 2015, o acordo com o Chile em novembro de 2015 e, por fim, o acordo com o Peru em abril de 2016. Outros acordos em negociação incluem: Índia, Jordânia, Etiópia e Marrocos. No âmbito do Mercosul, o modelo baseado no ACFI foi apresentado para negociação com a União Europeia, assim como deve ser usado nas negociações com Canadá e com a Associação Europeia de Livre-Comércio.

<sup>41</sup> GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Arbitragem no Direito

De início, não obtida solução por meio da negociação entre os governos em questão, os ACFIs preveem uma segunda etapa, em que o investidor apresenta uma reclamação, por meio de seu Estado de origem, ao Comitê Conjunto, que deverá avaliar o caso e, por meio de consultas e negociações, buscará uma solução amigável entre os Estados. A opção à arbitragem somente é disponibilizada caso esta solução não ocorra<sup>42</sup>. Ultrapassadas essas etapas, portanto, qualquer das Partes poderá apresentar sua demanda ao tribunal arbitral, em controvérsia que será entre Estados. No caso dos ACFIs com Angola, Moçambique e Maláui, há apenas uma cláusula de arbitragem vaga e padronizada, sem especificações acerca dos procedimentos, deixando a cargo do Comitê Conjunto o desenvolvimento dos mecanismos de arbitragem entre Estados<sup>43</sup>.

Os ACFIs com o México, Colômbia, Chile e Peru, por sua vez, incluem disposições mais detalhadas acerca do procedimento arbitral, com cláusulas de controvérsias que visam a examinar se a medida aventada pela Parte encontra-se mesmo ilegal perante o acordo<sup>44</sup>. Os acordos com os países latinos preveem que a arbitragem poderá ser submetida a um tribunal *ad hoc* ou, alternativamente, de comum acordo, submeter a controvérsia a uma instituição arbitral permanente para a solução de controvérsias entre Estados relativas a investimentos<sup>45</sup>.

---

Tributário Internacional e no Direito Internacional dos Investimentos: uma manifestação do Direito Transnacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 95-115, 2016. p.108. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4158/pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>42</sup> GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 209; MOROSINI, Fábio Costa; JUNIOR, Ely Caetano Xavier. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 420-477, 2015. p. 440. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3586/pdf>. Acesso em: 23 set. 2019; TITI, Catharine. Non-Adjudicatory State-State Mechanisms in Investment Dispute Prevention and Dispute Settlement: Joint Interpretations, Filters and Focal Points. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 36-48, 2017. p.46. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4861/pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>43</sup> Veja-se, por exemplo, o ACFI entre Brasil e Maláui, Art. 13.6: Caso não seja possível solucionar a controvérsia, as Partes poderão recorrer a mecanismos de arbitragem entre Estados a serem desenvolvidos pelo Comitê Conjunto, quando julgado conveniente entre as Partes.

<sup>44</sup> GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 211.

<sup>45</sup> MELO, Murilo Otávio Lubambo de. Host States and State-State

Na constituição do tribunal *ad hoc* específico para o caso, esses ACFIs preveem que o painel deverá ser formado por três árbitros, sendo que cada Parte deverá apontar um membro no prazo máximo de 2 meses para os acordos com o Peru, Chile e México, e de 3 meses para o acordo com a Colômbia. Enquanto os ACFIs com Peru, México e Colômbia dispõem que este prazo deve ser contado a partir da data de recebimento da notificação de arbitragem, o acordo com o Chile estabelece que o prazo começa a partir da data de solicitação para o estabelecimento do tribunal arbitral.

Os dois membros apontados pelas Partes deverão designar um árbitro nacional de terceiro Estado, que, após a aprovação por ambas as Partes, será nomeado Presidente do tribunal arbitral. Esta designação deverá ocorrer no prazo de 2 meses para os acordos com o México, Chile e Peru, e de 3 meses para o acordo com a Colômbia. Enquanto os acordos com a Colômbia e Chile preveem que o prazo é contado a partir da designação do último deles, os demais, de forma vaga, apenas apontam como data de referência a “data de nomeação dos outros dois membros do tribunal arbitral”.

A respeito da qualificação dos árbitros, os ACFIs, em geral, exigem experiência ou a especialidade necessária na área de Direito Internacional Público e de regras de solução de controvérsias que surjam de acordos internacionais de investimentos. Os árbitros também deverão ser independentes e não estar vinculados a qualquer das Partes ou aos outros árbitros, direta ou indiretamente, nem receber instruções das Partes<sup>46</sup>. Por fim, eles deverão ser cumpridores das “Normas de Conduta para a aplicação do entendimento relativo às normas e procedimentos que regem a solução de controvérsias” da Organização Mundial do Comércio (OMC/DSB/RC/1, de 11 de dezembro de 1996), no que seja aplicável, ou com qualquer outra norma de conduta estabelecida pelo Comitê Conjunto.

Os ACFIs dispõem que o procedimento será determinado pelo próprio tribunal arbitral, sendo que o

---

Investment Arbitration: Strategies and Challenges. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 80-93, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4648/pdf>. Acesso em: 23 set. 2019; REIS, Marcelo Simões; RIBEIRO, Gustavo. Revisitando a aversão brasileira à clausula investidor-estado: capitalismo de Estado e treaty-shopping. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, p. 53-72, 2019. p. 62. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/6002/pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>46</sup> Para os acordos com México, Colômbia e Chile, os árbitros também não devem estar vinculados a quaisquer testemunhas.

acordo com a Colômbia ainda aplica subsidiariamente o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL. A decisão do tribunal será por maioria de votos, devendo ser prolatada no prazo de seis meses após a sua instituição. Quanto ao objeto da arbitragem, os acordos com o Peru, Colômbia e Chile preveem algumas matérias que ficarão fora de seu âmbito de aplicação, como as relacionadas à Responsabilidade Social Corporativa, Medidas sobre Investimento e Luta contra a Corrupção, e Disposições sobre Investimento e Saúde, Meio-Ambiente, Assuntos Trabalhistas e Segurança. Estes acordos também preveem o prazo prescricional de 5 anos do conhecimento ou de quando se devesse ter conhecimento dos fatos que deram ensejo à controvérsia para que esta possa ser instaurada.

Em abril de 2017, o Brasil assinou, no âmbito do Mercosul (Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai), Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (PCFI), baseado no modelo dos ACFIs celebrados. O instrumento, de acordo com nota do Itamaraty<sup>47</sup>, busca incentivar investimentos recíprocos mediante a adoção de normas de tratamento a investidores e investimentos, a cooperação entre os Estados na promoção de ambiente de negócios favorável e a facilitação de investimentos.

O Protocolo também prevê um Procedimento de Prevenção de Controvérsias (Artigo 23), por meio do qual o Estado Parte interessado submeterá uma apresentação inicial por escrito à Comissão que administra o Protocolo. A Comissão deverá avaliar a diferença e serão remetidas cópias da apresentação aos demais Estados Partes. O Protocolo estabelece elementos mínimos que deverão conter na apresentação, como a indicação dos Estados Partes envolvidos, descrição preliminar da diferença, a base jurídica e provas da violação e dos fatos alegados. Caso a medida em questão afete um investidor específico, deverá também ser identificado o investidor diretamente afetado, cujos representantes poderão ser convidados pela Comissão a participarem de suas reuniões.

Após, será convocada reunião que deverá tomar lugar no prazo máximo de trinta (30) dias contados a partir da data da apresentação inicial. A Comissão terá,

então, um prazo de até sessenta (60) dias contados da data da primeira reunião, prorrogáveis por comum acordo entre os Estados Partes envolvidos, para avaliar a apresentação submetida, tentar chegar a uma solução e preparar um relatório, que deverá incluir elementos como a identificação dos Estados Partes envolvidos e um resumo das conclusões alcançadas. O Protocolo prevê, ainda, que a Comissão, sempre que pertinente para apreciação da medida em questão, poderá convidar outras partes interessadas a comparecer perante a Comissão e apresentar suas opiniões sobre tal medida. O Protocolo estipula que, com exceção do relatório preparado pela Comissão (que estará sujeito à legislação sobre acesso à informação de cada Estado Parte), os registros das reuniões celebradas no âmbito do Procedimento de Prevenção de Controvérsias e toda a documentação relacionada serão mantidos em sigilo.

Esgotado o Procedimento de Prevenção de Controvérsias e não tendo havido uma resolução amigável, o Protocolo prevê que qualquer dos Estados Partes envolvidos poderá submeter a diferença aos procedimentos e mecanismos de solução de controvérsias vigente no Mercosul. Importante salientar que o Protocolo institui um prazo limite de cinco anos para a sua invocação para fins de solução de controvérsia, contados a partir da data na qual o Estado Parte teve conhecimento ou deveria ter tido conhecimento pela primeira vez dos fatos que deram lugar à controvérsia.

Quanto ao escopo do mecanismo de solução de controvérsias, o Protocolo exclui o que for referente a Responsabilidade Social Corporativa, medidas contra corrupção e ilegalidade, bem como matérias relacionadas a meio ambiente, questões trabalhistas e saúde. Nesse ponto, a exclusão dessas matérias parece ser reflexo de um movimento que busca evitar a limitação do poder regulatório dos Estados, de modo a manter um equilíbrio entre a proteção do investidor estrangeiro e o direito soberano do Estado de adotar políticas públicas. Como salienta Henckels, embora muitos tribunais arbitrais de investimento, nos últimos anos, tenham demonstrado maior receptividade ao direito de regular do Estado ao determinar disputas regulatórias, disputas como as feitas em face das leis de controle de tabaco na Austrália, entre outras, evidenciam o potencial impacto da ampla discricção adjudicatória dos tribunais na autonomia regulatória dos Estados<sup>48</sup>. Por fim, o Protocolo

<sup>47</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Nota 112 Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul (PCFI)*. Brasília, 7 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/16067-protocolo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-do-mercosul-pcfi>. Acesso em: 29 nov. 2017.

<sup>48</sup> HENCKELS, Caroline. Protecting Regulatory Autonomy

deixa claro, no art. 24.1, que o Procedimento ali previsto se sobrepõe a qualquer outro procedimento arbitral estabelecido em tratados de investimentos ou outro acordo com disposições sobre o investimento de que os Estados Partes sejam ou venham a tornar-se parte.

## 6 Considerações finais

A partir do perfil de cada um dos modelos regulatórios, observa-se que no atual cenário ainda não há consenso em matéria de solução de controvérsias. O que se observa é uma franca competição pelo melhor referencial a ser seguido e que estabeleça a melhor proteção ao investidor estrangeiro.

O modelo do TPP, fortemente atrelado aos constituintes dos Estados Unidos, pretende manter o *status quo*, i.e. arbitragens investidor-Estado, com a inclusão de algumas reformas procedimentais. Para os investidores americanos é importante que os Estados Unidos tenham ingerência direta no processo de solução de controvérsias e que não fiquem reféns do Estado, que pode optar em não avançar com uma ou outra reclamação contra o estado hospedeiro dos investimentos.

O modelo europeu, por sua vez, inova ao prever uma Corte de Investimentos, o que não chega a ser uma aspiração nova na história da regulação de investimentos. Entretanto, é o primeiro modelo de corte concreto e ganha vida em um acordo internacional, o que é bastante significativo. Diferentemente do sistema de comércio internacional, que está alinhado com uma regulamentação multilateral, o sistema fragmentado de regulação de investimentos pode impor desafios adicionais à implementação de uma corte internacional, sem falar na dificuldade de institucionalizar uma corte. É muito cedo para avaliar o funcionamento desta corte, sendo que as negociações do TTIP estão congeladas, o CETA entrou em vigor apenas em 21 de setembro de 2017, e o Acordo entre União Europeia e Vietnam, com negociações encerradas em fevereiro de 2016, ainda pende de ratificação.

O modelo brasileiro pode ser visto como uma terceira via para regulação de solução de controvérsias de

investimento. O modelo brasileiro não tem a mesma tração que as alternativas dos Estados Unidos e União Europeia. Entretanto, o contraponto trazido pelo ACFI é válido de análise. O foco em prevenção de disputas, através da criação de um ponto focal e de um comitê conjunto, além de ir de encontro a sugestões da UNCTAD, responde a uma demanda do setor privado brasileiro de ter canais de comunicação com os governos onde empresas brasileiras investem. A volta da arbitragem Estado-Estado, criticada por muitos como um retorno ao passado da disciplina, deve ser contextualizada com o difícil processo de negociação de acordos de investimento no Brasil na década de 90 e às críticas ao mecanismo de arbitragem investidor-Estado no plano global. Portanto, ainda que este modelo não ambicione se tornar o novo padrão ouro, ele deve ser visto como uma genuína contribuição brasileira ao debate.

Finalmente, conhecer esses principais modelos regulatórios de investimento se justifica por pelo menos duas razões no Brasil. Primeiro, para entender que o mundo passa por um processo de reforma dos acordos de investimento, o que passa por repensar seus mecanismos de solução de controvérsias. Segundo, para antecipar reações brasileiras em contextos de negociação com alguns dos nossos principais parceiros econômicos: EUA e União Europeia. Se por um lado estamos mais distantes de negociações com os Estados Unidos em matéria de investimentos, o Brasil, via Mercosul acaba de concluir negociações para um acordo com a União Europeia e já iniciou negociações com o Canadá, que integra tanto o CETA quanto o CPTPP.

O momento atual exige, portanto, uma análise profunda. A falta de coerência e convergência no cenário dos acordos internacionais de investimento parece intensificar-se à medida que o modelo americano de arbitragem investidor-Estado vem sendo aceito e adotado na região da Ásia-Pacífico, enquanto que a União Europeia expande o território de aplicação de seu modelo de Corte de Investimentos por meio de acordos Mega Regionais. O Brasil, por sua vez, parece contribuir para esta situação de falta de governança global na área, ao propor em seus acordos uma terceira via de solução de controvérsias, por meio da arbitragem Estado-Estado, com ainda forte resistência à arbitragem de investimentos. Por fim, tudo isso contribui para maior fragmentação das decisões internacionais acerca da matéria, visto que a jurisprudência internacional será dividida entre decisões arbitrais e, a partir da operacionalidade do projeto europeu de corte,

through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP. *Journal of International Economic Law*, vol. 19, 2016, p. 28.

de um tribunal internacional sobre investimentos. Espera-se que o corpo decisório já criado sobre a matéria até o momento não seja deixado de lado e que continue sendo utilizado, porém, no que tange à Corte de Investimentos, não fica claro se a jurisprudência arbitral será somente utilizada em grau opinativo ou vinculante.

## Referências

- ALSCHNER, Wolfgang; SKOUGAREVSKIY, Dmitriy. The New Gold Standard? Empirically Situating the Trans-Pacific Partnership in the Investment Treaty Universe. *The Journal of World Investment & Trade*, v. 17, p. 339-373, 2016.
- ALSCHNER, Wolfgang; SKOUGAREVSKIY, Dmitriy. Mapping the Universe of International Investment Agreements. *The Journal of World Investment & Trade*, v. 19, p. 561-588, 2016.
- ALVAREZ, José. Is the Trans-Pacific Partnership's Investment Chapter The New 'Gold Standard'? *IIIJ Working Paper 2016/3 (MegaReg Series)*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2756145>. Acesso em: 2 out. 2017.
- BENVENISTI, Eyal. Democracy Captured: The Mega-Regional Agreements and the Future of Global Public Law. *GlobalTrust Working Paper Series*, 08/2015, Tel Aviv: Tel Aviv University, 2015. Disponível em: <http://globaltrust.tau.ac.il/publications>. Acesso em: 3 jan. 2018.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola*. Luanda, 1º de abril de 2015. Disponível em: [http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/?option=com\\_content&view=article&id=8520:acordo%ADbrasil%ADangola%ADde%ADcooperacao%ADE%ADfacilitacao%ADde%ADinvestimentos%ADacfi%ADluanda%AD1%ADde%ADabril%ADde%AD2015&catid=42&Itemid=280&lang=pt%ADBDR](http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/?option=com_content&view=article&id=8520:acordo%ADbrasil%ADangola%ADde%ADcooperacao%ADE%ADfacilitacao%ADde%ADinvestimentos%ADacfi%ADluanda%AD1%ADde%ADabril%ADde%AD2015&catid=42&Itemid=280&lang=pt%ADBDR).
- \_\_\_\_\_. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Colômbia*. Bogotá, 9 de outubro de 2015. Disponível em: [http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_atosinter/20151009-ACFI-port2.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_atosinter/20151009-ACFI-port2.pdf).
- \_\_\_\_\_. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile*. Bogotá, 23 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/12526-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-brasil-e-o-chile-santiago-23-de-novembro-de-2015>.
- \_\_\_\_\_. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Maláui*. Brasília, 25 de junho de 2015. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3472>.
- \_\_\_\_\_. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e os Estados Unidos do México*. Brasília, 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3458>.
- \_\_\_\_\_. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique*. Maputo, 30 de março de 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/8511-acordo-brasil-mocambique-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-maputo-30-de-marco-de-2015>.
- \_\_\_\_\_. *Acordo de Ampliação Econômico-Comercial Brasil-Peru*. Lima, 29 de abril de 2016. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5324>.
- \_\_\_\_\_. *Nota 112 Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul (PCFI)*. Brasília, 7 de abril de 2017. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/16067-protocolo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-do-mercosul-pcfi>. Acesso em: 29 nov. 2017.
- BROUDE, Tomer; HAFTEL, Yoram Z.; THOMPSON, Alexander. The Trans-Pacific Partnership and Regulatory Space: A Comparison of Treaty Texts. *Journal of International Economic Law*, v. 00, p. 1-27, 2017.
- GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Arbitragem no Direito Tributário Internacional e no Direito Internacional dos Investimentos: uma manifestação do Direito Transnacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 95-115, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4158/pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

- GREENFIELD, Charlotte; PACKHAM, Colin. Final version of Trans-Pacific trade deal released, rules pushed by U.S. on ice. *Thomson Reuters*. Wellington/Sydney, 21 fev. 2018. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-trade-tpp/final-version-of-trans-pacific-trade-deal-released-rules-pushed-by-u-s-on-ice-idUSKCN1G50AP>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- INTERNATION BAR ASSOCIATION. *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, 2014. Disponível em [https://www.iba-net.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](https://www.iba-net.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx). Acesso em: 21 nov. 2017.
- HENCKELS, Caroline. Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP. *Journal of International Economic Law*, v. 19, p. 27-50, 2016.
- MELO, Murilo Otávio Lubambo de. Host States and State-State Investment Arbitration: Strategies and Challenges. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 80-93, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4648/pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.
- MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge University Press, 2017.
- MOROSINI, Fabio; JUNIOR, Ely Caetano Xavier. Regulação do Investimento Estrangeiro Direto no Brasil: Da Resistência aos Tratados Bilaterais de Investimento à Emergência de um Novo Modelo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 420-447, 2015. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3586/pdf>.
- REINISCH, August. Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration. *Journal of International Economic Law*, v. 0, p. 1-26, 2016.
- REIS, Marcelo Simões; RIBEIRO, Gustavo. Revisitando a aversão brasileira à clausula investidor-estado: capitalismo de Estado e treaty-shopping. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, p. 53-72, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/6002/pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.
- SCHACHERER, Stefanie. TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation—Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals, *Journal of International Dispute Settlement*, v. 0, p. 1-26, 2016.
- SCHILL, Stephan W. Reforming Investor-State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework. *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, v. 0, p. 1-24, 2017.
- SORNORAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: University Press, 2010.
- STEVENSON, Alexandra; RICH, MOTOKO. Trans-Pacific Trade Partners Are Moving On, Without the U.S. *The New York Times*, Nova York, 11 nov. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/11/11/business/trump-tpp-trade.html>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- TENS of Thousands of U.S. Firms Would Obtain New Powers to Launch Investor-State Attacks against European Policies via CETA and TTIP. *PublicCitizen*, Washington, D.C., United States. Disponível em” <https://www.citizen.org/sites/default/files/eu-isds-liability.pdf>. Acesso em: 29 set 2017.
- TITI, Catharine. Non-Adjudicatory State-State Mechanisms in Investment Dispute Prevention and Dispute Settlement: Joint Interpretations, Filters and Focal Points. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 36-48, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4861/pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.
- THORSTENSEN, Vera; NOGUEIRA, Thiago (Coord.). *O Tratado da Parceria Transpacífico (TPP): Impactos do Novo Marco Regulatório para o Brasil*. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento, 2017.
- UNIÃO EUROPEIA. *Relatório da Comissão Europeia de 13 de janeiro de 2015*, p. 3. Disponível em: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf). Acesso em: 15 dez. 2017.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *ILA Issues Note*, Issue 03, November 2017. Genebra: United Nations, 2017.
- \_\_\_\_\_. *World Investment Report 2017: investment and the digital economy*. Genebra: United Nations, 2017.
- XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**50 anos dos “direitos da criança”  
na Convenção Americana de  
Direitos Humanos: a história do  
artigo 19**

**50 years of “rights of the child”  
in the American Convention  
on Human Rights: the history of  
article 19**

Sven Peterke

Paloma Leite Diniz Farias

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

## 50 anos dos “direitos da criança” na Convenção Americana de Direitos Humanos: a história do artigo 19\*

### 50 years of “rights of the child” in the American Convention on Human Rights: the history of article 19

Sven Peterke\*\*

Paloma Leite Diniz Farias\*\*\*

#### Resumo

O Artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, objetiva oferecer proteção especial aos “Direitos da Criança”, embora seu conteúdo consista de uma frase só. Adotado há meio século atrás, quando os direitos da criança ainda se encontravam *in status nascendi* no plano internacional, o destino dessa norma sucinta ainda era incerto. O presente artigo analisa o progresso normativo alcançado pela incorporação do artigo no Pacto de São José, bem como a sua posterior interpretação pelas Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Demonstra-se que os órgãos de monitoramento conseguiram dar ao Artigo 19 uma importância possivelmente inesperada pelos Estados-partes, pois serviu para justificar, de forma dogmaticamente sólida, a adesão e concretização da doutrina da proteção integral da criança.

**Palavras-chaves:** Direitos das crianças. Artigo 19. Convenção Americana de Direitos Humanos.

#### Abstract

Article 19 of the American Human Rights Law of November 22, 1969, addresses actions for the protection of the Rights of the Child, although its content consists of a single sentence. Adopted less recently, when the child’s copyrights were still *in status nascendi* at the international level, the fate of that standard was still unclear. This article analyzes the normative progress necessary for the incorporation of the article in the Pact of San José, as well as for the publication of data by Commission and Inter-American Court of Human Rights. It is demonstrated that the element of monitoring have succeeded in giving Article 19 a theory possibly unexpected by States parties, since it serves to justify, in a dogmatic, continuous way, the adherence and implementation of the doctrine of the integral protection of the child.

**Keywords:** Rights of the child. Article 19. American Convention on Human Rights

\* Recebido em 19/07/2019  
Aprovado em 31/03/2020

\*\* Professor Associado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Doutor em Ciências Jurídicas (2005) e Mestre em Assistência Humanitária Internacional (2001) pela Universidade Ruhr de Bochum, Alemanha. Professor visitante na Universidade de Brasília (2006-2009). Estágio pós-doutoral no Instituto Max Planck para Direito Constitucional Comparado e Direito Internacional Público em Heidelberg, Alemanha (2016-2017). Email: speterke@yahoo.de

\*\*\* Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, com Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professora da União de Ensino Superior de Campina Grande. Email : palomaldf@gmail.com

# 1 Introdução

Quem lê pela primeira vez o Artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), intitulado “Direitos da Criança”, é logo surpreendido tanto por sua brevidade quanto pela enorme vagueza do seu teor, a saber: “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

À primeira vista, parece se afigurar como norma programática de que obrigações concretas podem dificilmente ser deduzidas. Não obstante, é notável a inserção de uma prescrição na CADH, exclusivamente dedicada aos direitos da criança, feita naquele dado momento histórico (1969) em que suas garantias ainda careciam de codificação maior no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Pergunta-se, portanto, se, no Artigo 19, se tem uma mera proclamação simbólica dos direitos da criança ou se o conteúdo e a função da norma ganharam contornos mais claros nos anos posteriores pela jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ao responder essa pergunta, na oportunidade do 50º (quingagésimo) aniversário da CADH, a presente contribuição parte de breves observações sobre o teor do dispositivo, para, em seguida, procurar reconstruir seu mérito histórico e determinar o seu significado e a sua importância atuais. Será examinado o processo do reconhecimento e da codificação dos direitos da criança no plano internacional (II.), bem como a interpretação posterior do Artigo 19 da CADH pelos supracitados órgãos de monitoramento do sistema interamericano de direitos humanos (III). Sem querer antecipar o resultado da análise, já pode ser constatado que deve surpreender todos e todas que ainda não conhecem a fundo a jurisprudência pertinente.

## 2 A irritante brevidade e vagueza do artigo 19

Chama atenção o fato de que o Pacto de São José da Costa Rica abriga uma norma específica dos “Direitos da Criança”, o que logo gera o desejo de entender melhor quais as garantias e proteções que ela potencialmente oferece a esse grupo de vulneráveis. No entanto, como já visto, a curiosidade do leitor referente ao seu

conteúdo é logo desiludida: os mencionados “Direitos” não foram minimamente concretizados; ao contrário, o Artigo 19 consiste em uma frase, que parece provocar mais perguntas do que oferece respostas.

O primeiro problema que o intérprete do Artigo 19 enfrenta é referente ao sujeito ativo, pois a norma não informa quais pessoas (já ou ainda) se qualificam como “crianças”. Qual o conceito de criança a que a CADH adere? Ela deixou tal definição à discricionariedade dos Estados-partes?

No que toca ao direito da criança a “medidas de proteção”, não há indicação nenhuma acerca da sua natureza e seu possível conteúdo. A qualificação de que trata aquela proteção “que a sua condição de menor requer” também não é muito esclarecedora, pois introduz um conceito não necessariamente idêntico com o da criança, qual seja, menor. Como essa fórmula é relativamente fútil, a primeira impressão do Artigo 19 é que seu conteúdo possui, sobretudo, natureza programática, implicando para os Estados-partes nada mais que uma obrigação abstrata, resumindo-se no direito da criança ser contemplada por políticas públicas que, por sua vez, ficam à discricionariedade dos respectivos governos. De fato, partindo da leitura do teor da norma, pouco indica a pretensão dos seus signatários, os Estados americanos, de dotar a criança com direitos (subjettivos) próprios, que incluam a faculdade de reivindicá-los de um terceiro e sejam exigíveis perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, quem seria aquele terceiro? Normas de tratados de direitos humanos, geralmente, têm como principal sujeito passivo o Estado-signatário. No caso específico dos direitos da criança, há também os pais (ou outros tutores) como potenciais violadores e promotores do seu bem-estar e desenvolvimento. O Artigo 19 não se pronuncia em momento algum sobre como resolver as tensões decorrentes dessa situação complexa e controversa, em particular, à luz do dever do Estado de respeitar e proteger a família. Observa, simplesmente, que a criança tem direito à proteção “por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. Será que o interesse da criança sempre prevalecerá sobre o dos seus tutores? Como determinar esse interesse e ponderá-lo com outros?

Sob uma perspectiva sistemática, é preciso observar que o Artigo 19, apesar da sua vagueza normativa, consta

no rol daqueles direitos chamados de “não derogáveis”<sup>1</sup>, por jamais serem suscetíveis a medidas de suspensão em situação de guerra, perigo público ou qualquer outra situação de emergência pública. Essa proteção especial relativiza as considerações anteriores, pois não faz muito sentido inserir no Artigo 27, 2 da CADH uma norma puramente programática. Sob essa perspectiva, estamos diante de uma prescrição de que podem ser deduzidas verdadeiras obrigações jurídicas, ou seja, violáveis pelos Estados. Mas como determiná-las?

Portanto, coloca-se, com toda acuidade, a pergunta: o Artigo 19 da CADH foi nada mais de que uma conquista simbólica em certa etapa do processo histórico do reconhecimento internacional dos direitos da criança ou, pelo contrário, possui, até o presente momento, uma “vida (normativa) própria”?

### 3 O artigo 19 no contexto da codificação internacional dos direitos da criança

Sabe-se que, no Direito Internacional, a interpretação histórica de uma norma deve ter pouco peso, a fim de não impedir a evolução dinâmica do seu conteúdo de acordo com as realidades e necessidades contemporâneas da sociedade internacional<sup>2</sup>. Essa regra geral vale ainda mais para tratados de direitos humanos que são considerados “instrumentos vivos” destinados a serem interpretados *pro homine*, razão pela qual os interesses nacionais dos Estados soberanos pouco importam<sup>3</sup>.

Mesmo assim, trata-se de um exercício importante para entender melhor o mérito histórico do Artigo 19 da CADH no contexto do processo do reconhecimento e da codificação internacional dos direitos da criança, pois ela nos conscientiza das conquistas que precisam ser valorizadas e honradas com o devido respeito - inclusive quando parecem ser pouco notáveis, como, *prima facie*, no caso do Artigo 19 da CADH.

A seguir, a análise é dividida, para fins didáticos, em dois períodos: o reconhecimento internacional dos direitos da criança *antes* e *depois* do advento do Pacto de São José, de 1969. Objetiva-se mostrar até que ponto o Artigo 19, no ano da sua adoção, trouxe efetivo progresso em comparação à situação normativa anterior, para depois aferir se obteve relevância prática no decorrer dos anos subsequentes, relevância esta de que talvez, até hoje, continue a gozar.

#### 3.1 Antes do advento da CADH

É pouco lembrado o fato de que o primeiro documento de direitos humanos adotado por uma organização intergovernamental foi a Declaração dos Direitos da Criança, de 26 de setembro de 1924. Mais conhecida como “Declaração de Genebra”, o texto na época aprovado pela Assembleia da Liga das Nações foi ainda bastante sucinto, consistindo em somente cinco princípios, associados a cinco direitos de garantia. Mesmo assim, tratou-se de um documento-chave no processo do reconhecimento dos direitos da criança, pois serviu como fonte inspiradora daqueles instrumentos que surgiram após a Segunda Guerra Mundial (SGM), quando o moderno sistema internacional de proteção aos direitos humanos começou a se constituir<sup>4</sup>. A declaração prevê, por exemplo, que à criança devem ser concedidos os meios necessários para o seu desenvolvimento normal, tanto material como espiritual, bem como que todo órfão ou abandonado deve ser protegido e abrigado. No período pós-Primeira Guerra Mundial, em que se considerava crianças como uma espécie de posse dos adultos, tal reconhecimento foi um avanço importante, embora basicamente restrito à sua condição de dependentes<sup>5</sup>.

Após a SGM, a sucessora da Liga, a Organização das Nações Unidas (ONU), logo mostrou interesse em aprovar uma versão rebulida e mais extensa da Declaração de Genebra<sup>6</sup>. Todavia, essa pretensão somente iria

<sup>4</sup> VERHELLEN, Eugeen. The Convention on the Rights of the Child: Reflections from a historical, social policy and educational perspective. In: VANDENHOLE, Wouter et al. (ed.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*. New York: Routledge, 2015. p. 43-48.

<sup>5</sup> MOODY, Zoe. The United Nations Declaration of the Rights of the Child (1959): Genesis, transformation and dissemination of a treaty (re)constituting a transnational cause. *Prospect*, v. 45, p. 15-29, 2015. p. 18.

<sup>6</sup> KUPER, Jenny. *International Law Concerning Child Civilians in Armed Conflict*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 42.

<sup>1</sup> KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg. *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 145.

<sup>2</sup> GARDINER, Richard. *Treaty Interpretation*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 347; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *The Law of Treaties. A Comprehensive Study of the 1969 Convention and Beyond*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016. p. 263.

<sup>3</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 111.

se materializar em 1959. Antes foram adotadas duas importantes declarações “genéricas” de direitos humanos – documentos não vinculantes naquela época<sup>7</sup>, promovendo a proteção de todas as pessoas, independentemente da sua idade, por exemplo, por reconhecer um direito de todo indivíduo a uma vida digna e ao tratamento humano. Contudo, ambos já fazem menção explícita de alguns direitos da criança, senão vejamos.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 2 de maio de 1948, já reconhece que “toda criança tem direito à proteção, cuidados e auxílios especiais” (Artigo VII). No entanto, ainda adere a uma noção estritamente assistencialista dos direitos humanos da criança. O fato de que é considerada mais como objeto de proteção e menos como detentora de direitos próprios é bem ilustrado pelo Art. XXX, o qual estabelece que “[t]oda pessoa tem o dever de auxiliar, alimentar, educar e amparar os seus filhos menores de idade, e os filhos têm o dever de honrar sempre os seus pais e de auxiliar, alimentar e amparar sempre que precisarem”.

A Declaração Americana foi logo seguida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro 1948 pela Assembleia Geral da ONU. O seu Artigo XXV (2) trata da proteção à maternidade e à infância, reconhecendo a elas o “direito a cuidados e assistência especiais”. Outrossim, ao dispor que os filhos havidos “dentro ou fora da instituição do matrimônio gozarão da mesma proteção social”, aspira inibir qualquer designação discriminatória relativamente à origem filial, num desdobramento lógico do próprio direito à igualdade.

Diante desse quadro, surpreende a não incorporação de uma norma protetora semelhante (ou até mais abrangente e específica) no primeiro tratado internacional de direitos humanos pós-SGM, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais, de 4 de novembro de 1950. Todavia, é preciso lembrar que o propósito dessa Convenção residiu, ao menos inicialmente, na garantia de direitos civis e políticos<sup>8</sup>. Por essa razão, aborda os direitos da criança sob uma perspectiva basicamente limitada às garantias

da chamada “primeira geração” dos direitos humanos, exigindo, por exemplo, que a detenção legal de um menor tenha o “propósito de educar sob vigilância” (Art. 5º 1, d). No mais, prevê no artigo subsequente o direito a um processo equitativo e a possibilidade de restrições do princípio da publicidade do processo criminal, quando necessárias à proteção dos “interesses de menores”.

O primeiro documento pós-SGM exclusivamente dedicado aos direitos da criança como grupo de vulneráveis foi a Declaração da ONU dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1959. Referenciando a Declaração de 1924 e reiterando que “a Humanidade deve à criança o melhor que tem para dar”, rompe definitivamente com a perspectiva da infância como objeto de proteção ou manipulação por adultos, evitando qualquer adjetivação do infante, com base na sua situação específica de vulnerabilidade socioeconômica. Muitos mais, vê a criança como sujeito ativo de direitos próprios<sup>9</sup>.

Consistindo em dez princípios, a Declaração de 1959 erigiu a doutrina da proteção integral, também conhecida como *doctrine of comprehensive protection*<sup>10</sup>, como abordagem garantista de direitos específicos da criança. Esses direitos estão embasados nos princípios de não discriminação, da “proteção especial” e do “superior interesse da criança” (*best interest of the child*) e assegurados pelo direito da criança a um nome e a uma nacionalidade (Artigos 1º a 3º), podendo ser considerados como âncora do direito da criança “a ter direitos”. Destarte, superou-se a percepção da criança como mero objeto de intervenção por parte do Estado quando em situação de risco, abandono, alienação ou delinquência – a antiga doutrina da situação irregular<sup>11</sup>.

No entanto, cumpre ressaltar que a Declaração de 1959 é essencialmente voltada aos direitos econômicos,

<sup>7</sup> No Direito Internacional Público, documentos originalmente não vinculantes podem ser transformados em direito costumeiro. Ver para detalhes: THIRLWAY, Hugh. Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues. *Leiden Journal of International Law*, v. 28, n. 3, p. 495-506, 2015.

<sup>8</sup> WILLIAMS, Andrew. The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: Confronting a Heresy. *European Journal of International Law*, v. 24, n. 4, p. 1157-1185, 2013. p. 1.172.

<sup>9</sup> GATES, Crystal J. Working Toward a Global Discourse on Children Rights: The Problem of Unaccompanied Children and the International Response to Their Plight. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 7, n. 1, 299-334, p. 303, 1999.

<sup>10</sup> MORLACHETTI, Alejandro. *Comprehensive national child protection systems*. Legal basis and current practice in Latin America and the Caribbean. Santiago/Chile: UN, 2013. p. 12.

<sup>11</sup> GDHeE – Grupo de Direitos Humanos e Empresas da Direito GV. *O direito à proteção integral das crianças e dos adolescentes no contexto de grandes empreendimentos: papéis e responsabilidades das empresas*. FGV, 4 de dezembro de 2013. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18797/GDHeE\\_Jerez%3B%20Almeida%3B%20Scabin%3B%20Neiva%3B%20Poppovic%3B%20Vieira%3B%20Brezighello.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18797/GDHeE_Jerez%3B%20Almeida%3B%20Scabin%3B%20Neiva%3B%20Poppovic%3B%20Vieira%3B%20Brezighello.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 05 jul. 2019.

sociais e culturais da criança, negligenciando, assim, quanto aos seus direitos civis e políticos. Prevaleceu, por enquanto, a opinião que estes direitos já foram reconhecidos nos supracitados instrumentos genéricos. A pergunta sobre essas garantias terem oferecido proteção adequada e satisfatória às crianças foi, porém, objeto de várias controvérsias de difícil pacificação no plano global<sup>12</sup>, sendo exemplos os limites da liberdade religiosa da criança e sua liberdade de expressão.

Tendo a qualidade de uma resolução da Assembleia Geral da ONU, a Declaração de 1959 não criou obrigações internacionais quanto à sua implementação, o que logo culminou na proposta de usá-la como base para negociar uma convenção universal sobre os direitos da criança. Porém, não houve consenso suficiente, razão pela qual a proposta ficou engavetada por quase vinte anos<sup>13</sup>.

O primeiro tratado universal (da ONU) de direitos humanos foi a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 7 de março de 1966. Ela foi logo seguida pelos dois Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), aprovados, respectivamente, em 16 e 19 de dezembro daquele ano. Em ambas as convenções foram incorporadas normas tratando especificamente de crianças, muitas vezes já conhecidas de outros instrumentos internacionais.

O PIDCP segue o exemplo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por mencionar os interesses de menores no contexto do direito a um processo equitativo (Art. 14, 1). No entanto, vai além dela, ao prever que os Estados, em casos de divórcio, “deverão adotar as disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos” (Art. 23, 4). Ademais, o Pacto abriga um dispositivo exclusivamente reservado aos direitos da criança, qual seja, o Artigo 24, que contém no seu primeiro inciso o direito “às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade do Estado”, seguido pelo direito ao registro do nome imediatamente após nascimento e à aquisição de uma nacionalidade. Percebe-se, portanto, que o item

1 do Artigo 24 do PIDCP inspirou o teor do posterior Artigo 19 da CADH, enquanto os outros incisos incorporam o Artigo 3º da Declaração de 1959.

Por sua vez, o PIDESC contém referências específicas aos direitos da criança nos seus Artigos 10 e 12. O Art. 10 (3) dispõe que:

Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.

No entanto, os dois Pactos não definem os conceitos de criança, adolescente ou menor. O PIDESC se contenta em obrigar os Estados-partes a estabelecer limite de idade até o qual fique proibido o trabalho infantil. Determina, ainda, a sua responsabilidade geral “pela diminuição [...] da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento” das crianças, conforme Artigo 12 (2,a).

A CADH foi aprovada três anos após os dois Pactos e garante, em primeiro lugar, de forma semelhante à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, direitos civis e políticos. Entretanto, no que se refere à proteção dos interesses de menores em processos criminais, aborda essa problemática de forma mais específica, em virtude do Artigo 10 do PIDCP, por prever que “menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento” (Art. 5º (5) CADH). Outrossim, beneficia-se do progresso alcançado pelo PIDCP por repetir quase literalmente que, em caso de dissolução de um casamento, “serão adotadas disposições que asseguram a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos” (Art. 17 (4) CADH).

Enquanto a CADH carece de um reconhecimento específico do direito à criança a um nome e uma nacionalidade, contém garantias genéricas ao lado do Artigo 19, que exige, “medidas de proteção que a sua condição de menor requer”. Essas palavras formam o teor de uma norma autônoma, cujo significado transversal não foi restrito às garantias reconhecidas na própria CADH, podendo até ser entendida como espécie de cláusula de abertura, que possibilita o ingresso dos direitos da criança já ou ainda a serem reconhecidos em outros do-

<sup>12</sup> TOBIN, John. *The UN Convention on the Right of the Child: A Commentary*. Oxford: University Press, 2013. p. 6.

<sup>13</sup> DETTRICK, Sharon. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999. p. 14.

cumentos internacionais, inclusive os econômicos, sociais e culturais.

De qualquer modo, em 1969, ainda não se sabia como o Artigo 19 seria futuramente interpretado pelos órgãos de monitoramento. Como visto, foi de certa forma indicativa para esse exercício a inserção do Artigo 19 no rol dos direitos inderrogáveis em situações de emergência pública. Para tanto, não havia precedentes. De fato, a CADH é, até os presentes dias, o único tratado de direitos humanos que se posicionou nesse sentido, razão pela qual o Artigo 19 pode ser entendido como apelo aos órgãos de monitoramento de tomarem uma atitude mais decisiva em favor desse grupo de vulneráveis.

### 3.2 Depois da CADH

É importante lembrar que, em 1969, os direitos da criança ainda se encontravam *in status nascendi*. Na época, a sociedade internacional ainda estava longe de um consenso maior sobre essas garantias, hoje consideradas formadoras de um subsistema do Direito Internacional de Direitos Humanos.

Houve, sim, já várias convenções setoriais, sobretudo as de Haia e da OIT<sup>14</sup>, abordando aspectos importantes da proteção da criança contra abusos, como sua adoção ilegal e exploração econômica. Mas, a Convenção n.º 138 da OIT sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego, que trouxe obrigações mais específicas acerca do enfrentamento do trabalho infantil, hoje concretizadas por vários tratados internacionais, somente foi adotada em 1973. Outrossim, apenas em 1978, quase vinte anos após adoção da Declaração da ONU sobre os Direitos da Criança, começaram as negociações a uma convenção universal sobre essa matéria, documento este que foi concluído dez anos mais tarde.

Hoje, a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), de 20 de novembro de 1989, é o tratado de direitos humanos mais ratificado do mundo, faltando somente os EUA, bem como um dos mais abrangentes, pois contém tanto direitos civis e políticos quanto econômicos, sociais e culturais, em particular, aqueles mesmos já previstos pela Declaração de 1959. Ademais, a CDC estipula direitos completamente novos, especi-

ficamente voltados para a sobrevivência, participação e a proteção da criança, bem como para seu desenvolvimento e empoderamento. Todos foram embasados no consenso histórico<sup>15</sup> de que “considera-se como criança todo o ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes” (Art. 1º). Optou-se, portanto, por uma definição objetiva, vinculada à idade da criança.

Outro avanço fundamental foi o reconhecimento do princípio “do superior interesse da criança” (Artigo 3º) como parâmetro para resolver conflitos entre os direitos e as responsabilidades dos seus tutores e do Estado. Em resumo, a CDC afirma a criança como verdadeiro sujeito ativo de direitos próprios e, por essa mesma razão, trata-se de outra conquista histórica, abordando uma multidão de assuntos sobre os quais o Pacto de São José não se manifesta.

Em 1988, ou seja, pouco antes do advento da CDC, a CADH foi complementada pelo Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador). Curiosamente, este tratado contém dispositivo similar ao Artigo 19, que é também intitulado “Direitos da criança” (Artigo 16). Mais interessante ainda, sua primeira frase repete quase literalmente o teor do Artigo 19 da CADH, criando, destarte, uma ponte entre as duas normas, reforçada pelo Artigo 26 do CADH, o único do Capítulo III sobre “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”: nele, os Estados-partes se comprometem a progressivamente efetivar as garantias a serem concretizadas pelo Protocolo de 1988, que, aliás, é criticado por promover uma visão excessivamente tutelar, hoje considerada incompatível com os princípios basilares do Direito Internacional da Criança, em especial, a CDC<sup>16</sup>. A despeito dessa controvérsia, a CDC logo se tornou inegavelmente a referência mais importante quanto aos direitos da criança, consolidando esse novo subsistema do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esperava-se que suas normas influenciassem também na interpretação do Artigo 19 da CADH<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Art. 19. p. 151.

<sup>16</sup> ALSTON, Philip; TOBIN, John. *Laying the foundations for children's rights*. An independent study of some key legal and institutional aspects of the impact of the Convention on the Rights of the Child. Florence: UNICEF, 2005. p. 14.

<sup>17</sup> O processo da codificação dos direitos da criança não parou

<sup>14</sup> Ver BUCK, Trevor. *International Child Law*. 3ª ed. New York: Routledge, 2014. p. 240-256, 283-326.

## 4 A interpretação do artigo 19 pela comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Diante desse pano de fundo, pergunta-se qual o destino dado para Artigo 19 pelos seus principais intérpretes, a ComIADH e CorteIADH. Será que sua brevidade e vagueza as fizeram adotar uma postura hesitante ou até reservada, razão pela qual seu atual significado precisa ser considerado como marginal e simbólico? Ou, ao contrário, foi designada ao Artigo 19 uma função específica, com contornos relativamente claros, possibilitando a identificação de violações do seu conteúdo e justificando atribuir-lhe o *status* de norma-chave na proteção regional dos direitos da criança?

### 4.1 Primeiras referências ao Artigo 19

Como se sabe, a CADH entrou em vigor somente em 1978, após o depósito do décimo primeiro diploma de ratificação. Com isso, a Corte foi estabelecida como supremo órgão judicial do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, possuindo competência consultiva (emissão de pareceres) e contenciosa (litigiosa), sendo a última condicionada à aceitação por declaração especial (Artigo 62 CADH) e à transferência do caso pela Comissão, após o esgotamento do procedimento que cabe a ela<sup>18</sup>.

A Comissão, por sua vez, já estava funcionando desde 1959 como órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), autorizada para, entre outras atribuições, emitir relatórios e responder petições individuais embaixadas na Declaração Americana de 1948, competência esta que continua a ser exercida, até o presente, em relação aqueles Estados-membros da OEA que ainda não ratificaram a CADH<sup>19</sup>.

---

por aí. Foram adotadas, nos anos posteriores à CADH, várias outras convenções internacionais que abordam problemas específicos dela. Consequência disso é que esse subsistema é hoje marcado por grande densidade normativa que, infelizmente, não pode ser retratada de modo exaustivo na presente contribuição. Veja para uma visão panorâmica: BUCK, Trevor. *International Child Law*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Routledge, 2014.

<sup>18</sup> PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 5.

<sup>19</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Instituições e Procedimentos. In: PETERKE, Sven (org.). *Manual Prático de Direitos Hu-*

Em virtude dessa existência anterior e autônoma à CADH, certos direitos da criança foram tematizados pela Comissão já nos anos 1960<sup>20</sup>, mas, logicamente, ainda sem referência ao Artigo 19, o que ocorreu pela primeira vez no seu relatório para os anos 1984/1985<sup>21</sup>. No entanto, não houve verdadeira análise do seu conteúdo, menos ainda esforços para determinar sua violabilidade e exigibilidade. Importante lembrar que, nesse momento histórico, ainda se esperava tanto pela primeira sentença da Corte, enfim, proferida, em 1988<sup>22</sup>, quanto pela aprovação da CDC.

Essa postura passiva e, de certo modo, hesitante da Comissão passou por mudanças maiores após a entrada em vigor da CDC, em 1990, que surtiu, em todo o mundo, numa maior conscientização acerca da existência e da importância dessas garantias – fato explicitamente observado pela ComIADH já no seu Relatório Anual de 1991, em que também acenou que a CDC precisava ser entendida como documento-chave para a interpretação regional dos direitos da criança<sup>23</sup>. Curiosamente, a própria CADH oferece uma “janela” para dialogar como a CDC: seu Artigo 29 veda “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos [...] de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.

Não demorou muito e a Comissão começou a referenciar a CDC e determinar violações do Artigo 19, como ocorreu em “*Ms. X vs. Argentina*”, de 15 de outubro de 1996. O caso trata, entre outros assuntos, do exame vaginal da filha da senhora X, de 13 anos de idade, por pessoal penitenciário na ocasião de uma visita ao pai preso<sup>24</sup>. Conceitualmente, porém, a Comissão ainda

---

*manos Internacionais*. Brasília: ESMPU, 2010. Cap. 5, p. 191-203. p. 193.

<sup>20</sup> Veja, p.ex., Inter-American Commission on Human Rights. *Report on the Situation of Political Prisoners and their Families in Cuba*. OEA/Ser.L/II.7/ Doc. 4, May 17, 1963, Chap. IV; Inter-American Commission on Human Rights. *Report on the Procedures of the Inter-American Commission on Human Rights in the Dominican Republic*. OEA/Ser.L/V/II.13, Doc. 14 rev., October 15, 1965, Chap. IV; Inter-American Commission on Human Rights. *Report on the Human Rights Situation in Haiti*. OEA/Ser.L/V/II.21, Doc. 6 rev. 21, May 1969, Chap. II.

<sup>21</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985*, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev. 1. 1985.

<sup>22</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Velásquez Rodríguez v. Honduras (Merits)*. 29 July 1988. Ser. C, No. 4.

<sup>23</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Annual Report 1991*. OEA/Ser.L/V/II.81, Doc. 6 rev. 1, 14 February 1992, Chap. VI.

<sup>24</sup> Inter-American Commission on Human Rights. Case 10.506

se restringiu a enfatizar de modo abstrato o dever do Estado de tomar cuidados especiais para garantir os direitos da criança e seu bem-estar.

#### 4.2 A fundamentação dogmática, iniciada em 1999

Assim, passaram-se praticamente 20 (vinte) anos desde a entrada em vigor da CADH até seus órgãos de monitoramento começarem a se posicionar mais firmemente sobre a interpretação do Artigo 19. O ano 1999 foi, de certa forma, decisivo nesse processo, pois foram proferidas duas importantes decisões sobre “crianças de rua”.

O primeiro julgamento foi proferido pela ComIADH, em 10 de março de 1999, logo após nomeação do seu primeiro relator sobre os direitos da criança, o brasileiro Hélio Bicudo (1998-2001). Neste caso, conhecido como “*Detained Minors v. Honduras*”, “crianças de rua” foram arbitrariamente detidas e encarceradas com adultos, resultando em diversos abusos, entre eles, sexuais<sup>25</sup>. Como se tratavam de flagrantes violações ao Artigo 5º da CADH (“Direito à Integridade Pessoal”), a Comissão sublinhou a proteção especial oferecida pelo Artigo 19 como garantia não derogável<sup>26</sup>. Mesmo tendo evitado um posicionamento referente à violação da prescrição, o caso é dogmaticamente precioso, porque foi afirmado pela Comissão que:

Para uma interpretação das obrigações de um Estado em relação aos menores, além das disposições da Convenção Americana, a Comissão considera importante referir-se a outros instrumentos internacionais que contêm regras ainda mais específicas sobre a proteção das crianças. Esses instrumentos incluem a Convenção sobre os Direitos da Criança e as diversas declarações das Nações Unidas sobre o assunto. Essa combinação dos sistemas regionais e universal de direitos humanos para fins de interpretação da Convenção baseia-se no artigo 29 da Convenção Americana e na prática consistente da Corte e da Comissão nessa esfera<sup>27</sup>.

(*Ms. X vs. Argentina*). Report No. 38/96, 15 October 1996. paras 102 e 105.

<sup>25</sup> Inter-American Commission on Human Rights. Case 11.491 (*Minors in Detention vs. Honduras*). Report No. 41/99, 10 March 1999.

<sup>26</sup> Inter-American Commission on Human Rights. Case 11.491 (*Minors in Detention vs. Honduras*), Report No. 41/99, 10 March 1999. paras. 69-70.

<sup>27</sup> Inter-American Commission on Human Rights. Case 11. (*Minors in Detention vs. Honduras*), Report No. 41/99, 10 March 1999. para. 72: “For an interpretation of a State’s obligations vis-a-vis mi-

Destarte, a ComIADH não somente defendeu uma interpretação ampla do Artigo 19 da CADH, mas também a aplicação do conceito de *corpus juris* a essa norma, o qual possui importância estratégica na jurisprudência dos dois órgãos de fiscalização, sendo desenvolvido pela CorteIADH<sup>28</sup> com base no Artigo 29, ao considerar a evolução dinâmica do Direito Internacional dos Direitos Humanos e optar por uma visão holística, não restrita ao sistema interamericano. Parte-se do reconhecimento da interdependência dos sistemas universal e regionais de proteção aos direitos humanos, com a análise dos instrumentos pertinentes para determinar o atual conteúdo de uma garantia de direitos humanos. Englobando tanto documentos de *hard law* (convenções) como de *soft law* (declarações), trata-se de um método para identificar obrigações a serem cumpridas pelos Estados<sup>29</sup>.

A extensão desse conceito aos direitos da criança foi ratificada pela própria Corte, em 19 de novembro de 1999, no caso “*Street Children (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*”<sup>30</sup>, o qual versa sobre “crianças de rua” abusadas e clandestinamente detidas pelas forças de segurança daquele país. Na oportunidade, a Comissão exigiu a condenação do Estado por violação do Artigo 19 e apontou uma ampla gama de obrigações dele decorrentes, inclusive de natureza social e econômica<sup>31</sup>.

Já que foi o primeiro caso submetido à Corte com tal alegação, os juízes resolveram se aproximar do Artigo 19 por inicialmente esclarecer seu âmbito de proteção pessoal, uma vez que algumas das “crianças de rua” já tinham mais de 18 anos de idade. Perguntou-se, portan-

nors, in addition to the provision of the American Convention, the Commission considers it important to refer to other international instruments that contain even more specific rules regarding the protection of children. Those instruments include the Convention on the Rights of the Child and the various United Nations declarations on the subject. This combination of the regional and universal human rights systems for purposes of interpreting the Convention is based on Article 29 of the American Convention and on the consistent practice of the Court and of the Commission in this sphere”.

<sup>28</sup> Ver, p.ex.: Inter-American Court of Human Rights. *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*. Advisory Opinion No. 16/99, 1 October 1999. para. 115.

<sup>29</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Ed., 1999. p. 185.

<sup>30</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63.

<sup>31</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63. para. 185.

to, qual o conceito da criança contido nessa prescrição. Como o Artigo 19 não se manifesta sobre o assunto, os juízes optaram por aproveitar a definição objetiva oferecida pelo Art. 1º da CDC, ratificada pela Guatemala e, como visto, exprimindo um consenso internacional<sup>32</sup>.

A seguir, os juízes observaram uma dupla vitimização das “crianças de rua” pelo Estado: primeiro, pela omissão de

impedi-los de viver na miséria, privando-os assim das condições mínimas para uma vida digna e impedindo-os do “desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade”, embora toda criança tenha o direito de abrigar um projeto de vida que deve ser cuidado e incentivado pelas autoridades públicas para que possa desenvolver este projeto para seu benefício pessoal e da sociedade a que pertence<sup>33</sup>[...],

segundo, pelas agressões físicas sofridas por seus agentes de segurança.

Destarte, a Corte afirmou a necessidade de adotar uma visão multidimensional dos direitos da criança, por meio do reconhecimento da sua dignidade e seu direito ao desenvolvimento, tendo como faces positivas certas condições socioeconômicas que a possibilitam ter uma vida suficientemente autodeterminada. Ao estabelecer as obrigações que decorrem do Artigo 19, a Corte observou que

Tanto a Convenção Americana quanto a Convenção sobre os Direitos da Criança fazem parte de um *corpus juris* internacional abrangente para a proteção da criança que deve ajudar a Corte a estabelecer o conteúdo e o alcance da disposição geral estabelecida no artigo 19 da Convenção Americana<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63. para. 188.

<sup>33</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63. para. 191: “prevent them from living in misery, thus depriving them of the minimum conditions for a dignified life and preventing them from the “full and harmonious development of their personality”, even though every child has the right to harbor a project of life that should be tended and encouraged by the public authorities so that it may develop this project for its personal benefit and that of the society to which it belongs”.

<sup>34</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63. para. 194: “Both the American Convention and the Convention on the Rights of the Child form part of a very comprehensive international *corpus juris* for the protection of the child that should help this Court establish the content and scope of the general provision established in Article 19 of the American Convention”.

A seguir, citou diversas garantias da CDC, concluindo que elas permitiam definir o escopo das “medidas de proteção” exigidas pelo Artigo 19, a partir “de ângulos diferentes”. Dessa forma, a Corte deixou clara a sua pretensão de tratar a norma como espécie de cláusula de abertura para o ingresso de direitos que não constam explicitamente na CADH, mas pertencem ao *corpus juris* que evoluiu no decorrer dos anos após a sua entrada em vigor, acrescentando ainda:

Entre eles, devemos enfatizar aqueles que se referem à não-discriminação, assistência especial para crianças privadas de seu ambiente familiar, a garantia de sobrevivência e desenvolvimento da criança, o direito a um padrão de vida adequado e a reabilitação social de todas as crianças. que são abandonados ou explorados<sup>35</sup>.

Em resumo, a Corte confirmou a interpretação adotada pela Comissão de que é, sim, possível deduzir obrigações do Artigo 19 violáveis pelos Estados. O método que serve para determinar tais deveres, à luz de outros documentos internacionais sobre a matéria, é análise do *corpus juris* pertinente, que, no caso dos direitos da criança, tem como *standard* internacional a CDC, a qual, por sua vez, adere ao princípio da indivisibilidade dos direitos humanos. Diante desse quadro, a Corte considerou como legítimo e necessário examinar violações de garantias da chamada “2ª geração”, que, embora não previstas em espécie pela CADH, tem como “ponte” o seu Artigo 26. Essa ponte é reforçada pelo fato de que a primeira frase do Artigo 16 do Protocolo de São Salvador, de 1988, repete quase que literalmente o teor do Artigo 19 para, depois, acrescentar alguns direitos econômicos, sociais e culturais, como, por exemplo, o direito à educação.

### 4.3 A Opinião Consultiva nº 17/2002 e sua implementação

O próximo passo que serviu para consolidar os fundamentos dogmáticos estabelecidos em 1999 foi a Opinião Consultiva nº 17/2002 sobre a “Condição Ju-

<sup>35</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63. para. 196: “Among them, we should emphasize those that refer to non-discrimination, special assistance for children deprived of their family environment, the guarantee of survival and development of the child, the right to an adequate standard of living, and the social rehabilitation of all children who are abandoned or exploited”.

rídica e os Direitos Humanos da Criança”.<sup>36</sup> No parecer solicitado pela Comissão, a Corte não somente se pronunciou sobre as implicações do Artigo 19 para a interpretação das garantias judiciais que protegem crianças delinquentes, mas reafirmou que o conceito de criança a ser seguido no sistema interamericano corresponde aquele contido na CDC, razão pela qual não há necessidade de distinção entre crianças, menores, adolescentes etc., como sugerido por algumas legislações nacionais. Ademais, os juízes conceituaram o superior (melhor) interesse da criança como princípio regulador a ser aplicado em todos os casos envolvendo esse grupo vulnerável, sendo

baseado na própria dignidade do ser humano, nas características das próprias crianças e na necessidade de promover seu desenvolvimento, fazendo pleno uso de seu potencial, bem como sobre a natureza e o alcance da Convenção dos Direitos da Criança<sup>37</sup>.

Destarte, a Corte concluiu, outra vez, sobre o direito da criança a viver em condições dignas, ou seja, socioeconomicamente adequadas para garantir-lhe o pleno desenvolvimento. Curiosamente, a Corte se embasou no direito à vida como principal “âncora” na CADH ao identificar obrigações de agir por parte dos seus Estados-signatários, ao invés de referenciar os Artigos 26 e 29 para justificar a análise de direitos econômicos, sociais e culturais. Observou, nesse contexto, que a realização do direito à educação era indispensável para uma vida digna e prevenir a exposição de criança a situações precárias. Assim, ofereceu um caminho dogmático aparentemente divergente da jurisprudência anterior para adotar uma visão holística dos direitos da criança. Os questionamentos provocados por esse posicionamento foram dirimidos pela Corte em “*Juvenile Reeducation Institute v. Paraguay*”, de 02 de setembro de 2004<sup>38</sup>, em que tratou de menores presos em condições de superlotação, insegurança e salubridade, além de vários outros problemas muito sérios, mas até hoje comuns nos sis-

temas penitenciários na América. Nesse caso, a Corte reafirmou que

O exame do possível descumprimento por parte do Estado de suas obrigações nos termos do artigo 19 [...] deve levar em conta que as medidas de que esta disposição fala vão muito além da esfera dos direitos estritamente civis e políticos. As medidas [...] englobam aspectos econômicos, sociais e culturais que dizem respeito, antes de tudo, ao direito da criança à vida e direito ao tratamento humano<sup>39</sup>.

De fato, não há nenhuma inconsistência em tratar o direito à vida junto com o direito ao tratamento humano, como garantias cuja realização exige mais do que uma atitude passiva do Estado<sup>40</sup>. Embora sejam classificadas por parte da doutrina como pertencentes à “1ª geração”, tratam-se de direitos multidimensionais e de uma importância tão elementar que os vincula, necessariamente, aos direitos da “2ª geração”, que, conforme essa criticada classificação, é composta por direitos de prestação<sup>41</sup>. Quanto aos direitos da criança, o Artigo 19 sublinha essa interpretação multidimensional por requerer dos Estados “medidas de proteção” a seu favor. Tratando-se de uma cláusula de abertura para deixar ingressar aspectos econômicos, sociais e culturais de forma dinâmica, com previsto pelo também pelo artigo 26 da CADH, a Corte não hesitou em concluir que o Artigo 19 possibilita “importar” na CADH o direito à educação, previsto no Artigo 13 do Protocolo de São Salvador<sup>42</sup>.

Em resumo, a Corte não trata os dois caminhos dogmáticos indicados por sua jurisprudência como alternativos, mas complementares, dando, assim, mais robustez à sua argumentação. Esse fato foi enfatizado em 2005,

<sup>36</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Legal Status and Human Rights of the Child*. Advisory Opinion OC-17/2002, 28 August 2002. Ser. A, No. 7.

<sup>37</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Legal Status and Human Rights of the Child*. Advisory Opinion OC-17/2002, 28 August 2002. Ser. A, No. 7. para. 56: “based on the very dignity of the human being, on the characteristics of children themselves, and on the need to foster their development, making full use of their potential, as well as on the nature and scope of the Convention of the Rights of the Child”.

<sup>38</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Case of the “Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2 September 2004. Ser. C, No. 112.

<sup>39</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Case of the “Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2 September 2004. Ser. C, No. 112. para. 149: “The examination of the State’s possible failure to comply with its obligations under Article 19 [...] should take into account that the measures of which this provision speaks go well beyond the sphere of strictly civil and political rights. The measures [...] encompass economic, social and cultural aspects that pertain, first and foremost, to the children’s right to life and right to human treatment”.

<sup>40</sup> BURGOGUE-LARSEN, Laurence. *The Rights of the Child*. In: BURGOGUE-Larsen, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya A. *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1999. Chap. 16. p. 400.

<sup>41</sup> Ver TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights. Between Idealism and Realism*. 3<sup>rd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 136.

<sup>42</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Case of the “Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2 September 2004. Ser. C, No. 112. para. 255.

no caso “*Girls Yean and Bosico vs. República Dominicana*”<sup>43</sup>, que adere, no sistema interamericano, unicamente à CADH. Nele, os juízes constataram que

[...] de acordo com o direito da criança à proteção especial consagrada no artigo 19 da Convenção Americana, interpretada à luz da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Protocolo Adicional [...] para assegurar o desenvolvimento progressivo contido no Artigo 26 da Convenção Americana [...], o Estado deve oferecer educação primária gratuita a todas as crianças em um ambiente apropriado e nas condições necessárias para garantir seu pleno desenvolvimento intelectual<sup>44</sup>.

## 5 Considerações finais

Estamos diante uma história bonita e talvez pouca esperada por alguns: o Artigo 19 da CADH, *prima facie* sendo uma norma de irritante brevidade e vagueza, foi transformado sucessivamente pelos dois órgãos de monitoramento do sistema interamericano de direitos humanos de um broto, com futuro inseguro, em timbó sólido, com ramificações até no sistema universal dos direitos humanos. Quando adotada em 1969, essa impressionante evolução não foi garantida e talvez nem mesmo prevista pelos governos americanos. Mas, a sua construção não só é esteticamente bonita, mas também dogmaticamente robusta, pois decorre da própria “arquitetura” e sistemática da CADH, em particular, quando interpretamos o Artigo 19 *pro filiiis* à luz das suas outras garantias e normas de interpretação.

Importante destacar que foram as próprias prescrições da CADH, elaboradas e aceitas por seus Estados-partes, que fizeram a Corte desenvolver o conceito de *corpus juris* e estendê-los aos direitos da criança, os quais ganharam uma nova dinâmica com o advento da CDC de 1989, que é, hoje, o tratado de direitos humanos mais

ratificado do mundo. O embasamento desse acordo nos princípios da inviolabilidade e do superior interesse da criança torna consistente a visão holística e multidimensional dessas garantias, adotada em 1999 pela ComIA-DH e CorteIDH. É também legitimada pelo Artigo 26 da CADH, o qual trata do desenvolvimento progressivo das condições de vida, através do reconhecimento e da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A fundamentação adicional do direito da criança a viver em condições adequadas pelos direitos à vida e ao tratamento digno como garantias multidimensionais não é nada mais do que outra consideração dogmaticamente correta para justificar o que não deve ser criticado como “ativismo judicial”. Essa crítica não procede, mas, às vezes, pode se reputar, simplesmente, à falta de conhecimento da história aqui contada para fins didáticos e que, aliás, continua a ser escrita<sup>45</sup>. Como não há também dúvidas de que a interpretação dada a esse Artigo taciturno atende ao superior interesse da criança, é preciso concluir que tanto a Comissão como a Corte cumpriram os papéis designados a elas, por levar a sério os direitos de um grupo vulnerável que, até os anos 1960, foi marginalizado pela doutrina da situação irregular.

## Referências

ALSTON, Philip; TOBIN, John. *Laying the foundations for children's rights*. An independent study of some key legal and institutional aspects of the impact of the Convention on the Rights of the Child. Florence: UNICEF, 2005.

BUCK, Trevor. *International Child Law*. New York: Routledge, 2014.

BURGOGUE-LARSEN, Laurence. The Rights of the Child. In: BURGOGUE-Larsen, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya A. *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 393-410.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS

<sup>43</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 8 September 2005. Ser. C, No. 130.

<sup>44</sup> Inter-American Court of Human Rights. *Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 8 September 2005. Ser. C, No. 130. para. 185: “according to the child’s right to special protection embodied in Article 19 of the American Convention, interpreted in the light of the Convention on the Rights of the Child and the Additional Protocol [...] in relation to ensure progressive development contained in Article 26 of the American Convention, the State must provide free primary education to all children in an appropriate environment and in the conditions necessary to ensure their full intellectual development”.

<sup>45</sup> Ver, p. ex., INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*. Advisory Opinion OC-21/13, 19 August 2014.

- HUMANOS. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985*, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev. 1. 1985.
- DE'TTRICK, Sharon. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. The Hague et al.: Martinus Nijhoff Publishers, 1999.
- GARDINER, Richard. *Treaty Interpretation*. 2.<sup>nd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2017
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Instituições e Procedimentos. In: PETERKE, Sven (org.). *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Brasília: ESM-PU, 2010. p. 191-203.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GATES, Crystal J. Working Toward a Global Discourse on Children Rights: The Problem of Unaccompanied Children and the International Response to Their Plight. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 7, n. 1, p. 299-334, 1999.
- GDHeE – Grupo de Direitos Humanos e Empresas da Direito GV. *O direito à proteção integral das crianças e dos adolescentes no contexto de grandes empreendimentos: papéis e responsabilidades das empresas*. FGV, 4 de dezembro de 2013. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18797/GDHeE\\_Jerez%3B%20Almeida%3B%20Scabin%3B%20Neiva%3B%20Poppovic%3B%20Vieira%3B%20Brezighello.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18797/GDHeE_Jerez%3B%20Almeida%3B%20Scabin%3B%20Neiva%3B%20Poppovic%3B%20Vieira%3B%20Brezighello.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 05 jul. 2019.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Report on the Situation of Political Prisoners and their Families in Cuba*. OEA/Ser.L/II.7/ Doc. 4, May 17, 1963.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Report on the Procedures of the Inter-American Commission on Human Rights in the Dominican Republic*. OEA/Ser.L/V/II.13, Doc. 14 rev., October 15, 1965.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Report on the Human Rights Situation in Haiti*. OEA/Ser.L/V/II.21, Doc. 6 rev. 21, May 1969.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Annual Report 1991*, OEA/Ser.L/V/II.81, Doc. 6 rev. 1, 14 February 1992.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Case 10.506 (Ms. X vs. Argentina)*. Report No. 38/96, 15 October 1996.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Case 11.491 (Minors in Detention vs. Honduras)*. Report No. 41/99, 10 March 1999. Disponível em: Inter-American Court of Human Rights. *Velásquez Rodríguez v. Honduras (Merits)*. 29 July 1988. Ser. C, No. 4.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*. Advisory Opinion No. 16/99, 1 October 1999.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case) (Merits)*. 19 November 1999. Ser. C, No. 63.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Legal Status and Human Rights of the Child*. Advisory Opinion OC-17/2002, 28 August 2002. Ser. A, No. 7.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Case of the "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*. 2 September 2004. Ser. C, No. 112.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*. 8 September 2005. Ser. C, No. 130.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*. Advisory Opinion OC-21/13, 19 August 2014.
- KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg. *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- KUPER, Jenny. *International Law Concerning Child Civilians in Armed Conflict*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- MAHOOD, Linda. *Feminism and Voluntary Action: Eglantyne Jebb and Save the Children, 1876-1928*. New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *The Law of Treaties. A Comprehensive Study of the 1969 Convention and Beyond*. Rio de Janeiro, GEN/Forense, 2016.

MOODY, Zoe. The United Nations Declaration of the Rights of the Child (1959): Genesis, transformation and dissemination of a treaty (re)constituting a transnational cause. *Prospect*, v. 45, p. 15-29, 2015.

MORLACHETTI, Alejandro. *Comprehensive national child protection systems*. Legal basis and current practice in Latin America and the Caribbean. Santiago/Chile: UN, 2013.

PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THIRLWAY, Hugh. Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues. *Leiden Journal of International Law*, v. 28, n. 3, p. 495-506, 2015.

TOBIN, John. *The UN Convention on the Right of the Child: A Commentary*. Oxford University Press, 2013.

TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights. Between Idealism and Realism*. 3<sup>rd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Ed., 1999.

VAN BUEREN, Geraldine. *The International Law on the Rights of the Child*. The Hague: Kluwer Law International, 1998.

VERHELLEN, Eugeen. The Convention on the Rights of the Child: Reflections from a historical, social policy and educational perspective. In: VANDENHOLE, Wouter *et al.* (ed.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*. New York: Routledge, 2015. p. 43-59.

WILLIAMS, Andrew. The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: Confronting a Heresy. *European Journal of International Law*, v. 24, n. 4, p. 1157-1185, 2013.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Empresas e direitos humanos:**  
compartilhando valor e  
responsabilidades

**Business and human rights:**  
shared value and responsibilities

Melina Girardi Fachin

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades\*

## Business and human rights: shared value and responsibilities

Melina Girardi Fachin\*

### Resumo

O objetivo do presente artigo é fixar as premissas teóricas e os fundamentos que sustentam a responsabilidade das empresas pelos direitos humanos, forte na ideia de valor compartilhado elaborada por Porter e Kramer. Ao mesmo tempo que se busca a aferição de vantagem econômica às empresas criam-se benefícios para suprir necessidades sociais. A empreitada foi levada a cabo a partir de levantamento teórico, baseado em doutrina e documentos normativos internos e internacionais, dialogando com exemplos e *business cases*. A presente reflexão partiu a partir de três singelas, porém importantes perguntas sobre a temática: quais direitos? quais empresas? e por que desta vinculação? As respostas apontaram para a integralidade dos direitos e universalidade dos atores do mundo empresarial, todavia não em sentido homogêneo, mas ressaltando as singularidades das totalidades. Do ponto do fundamento – o porquê – de trazer responsabilidades compartilhadas entre Estados e empresas em matéria de direitos humanos aportou-se numa tríade que perpassa pela justificativa ética, normativa e econômica, calcada sobretudo na ideia do valor compartilhado. Ao final, à guisa de conclusão, três desafios são colocados para melhor compreensão da temática, a saber: superação da ideia do Estado como único responsável; superação do antagonismo entre o mundo empresarial e a sociedade; e superação da ideia do individualismo responsivo pela responsabilidade coletiva. Ainda que o tema não seja original, a abordagem a partir das perguntas e premissas essenciais, elencando tais desafios, vinculando-se à ideia de valor compartilhado, oferecem contribuição nova sobre o tema.

**Palavras-chave:** Empresas e direitos humanos. Valor compartilhado. Responsabilidade social corporativa. Responsabilidade coletiva.

### Abstract

The aim of this paper is to set the theoretical premises and foundations that underpin the themes of business and human rights, strong in the idea of shared value elaborated by Porter and Kramer. The analysis was carried out from a theoretical research, based on doctrine and internal and international normative documents, dialoguing with examples and *business cases*. This article started from three simple but important questions on the subject: which rights? which corporations? and why this attachment? The answers

\* Recebido em 01/08/2019  
Aprovado em 20/09/2019

\*\* Pós-Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutora e Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Visiting Researcher na Harvard Law School. Professora dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (NESIDH-UFPR). Email: melinafachin@gmail.com

pointed to the integrality of the rights and universality of the actors of the entrepreneurial world, however not in a homogeneous sense, but emphasizing the singularities of the totalities. To respond why bringing shared responsibilities between business and human rights, a triad of ethical, normative and economic justification arose, based mainly on shared value. To conclude, three challenges are posed for a better understanding of the theme, namely: overcoming the idea of the state as sole responsible; overcoming the antagonism between the business and society; and overcoming the idea of responsive individualism, ascending the collective responsibility. Although the theme is not original, the paper's approach based on the essential questions and foundations, identifying these challenges and linking to the idea of shared value, offers an original contribution on the theme.

**Keywords:** Business and human rights. Shared value. Corporate social responsibility. Collective responsibility.

## 1 À guisa de introdução

A premissa da qual a presente reflexão parte é a necessidade da abertura da agenda dos direitos humanos para novos atores do ramo empresarial. Tradicionalmente as obrigações de direitos humanos foram pensadas contra o Estado, em especial no âmbito internacional.

Aprioristicamente reproduz-se a compreensão de que os direitos humanos se colocariam *em face* ou *por meio* do Estado. Entretanto, pela complexidade das relações sociais contemporâneas, na projeção inclusive de múltiplos espaços públicos não estatais, é necessário pensar estes direitos também em outras relações que não aquelas envolvendo agentes estatais.

Apesar de, no contexto presente, os Estados prosseguirem sendo vinculados diretamente aos direitos humanos, é necessário agregar, ao lado das responsabilidades estatais, aquelas advindas da seara privada. Isto porque o público e o Estatal hoje não encontram mais plena identidade.

O denominado Estado Pós-Social experimenta, não sem críticas<sup>1</sup>, um alargamento do campo de ação públi-

ca: por um lado, há a exigência de uma regulação pública da economia com maior volume e especialização; por outro, há um incremento nas responsabilidades de garantia dos bens e serviços outrora prestados diretamente pela Administração Pública.

Com o alargamento da função pública, exercida agora também por agentes privados, faz-se mister lançar luz às responsabilidades diversas vindas daquilo que juridicamente podemos chamar de *função social* da atividade empresária<sup>2</sup> que encontra pouso na ideia de responsabilidade social corporativa<sup>3</sup>. Assim, desempenhar a atividade empresarial – ainda mais em países com um contexto social bastante vulnerável como é o caso do Brasil<sup>4</sup> – projeta-se para além do próprio negócio, tendo um valor relevante *na* comunidade e *para com* a comunidade.

Nesse sentido, quem empreende não explora apenas o seu objeto empresarial e não presta contas apenas àqueles ligados diretamente ao seu mercado; amplia-se a visão a fim de incluir nestes cuidados os “*shareholders como destinatários*”<sup>5</sup>. Avulta um dever de cuidado e prote-

<sup>2</sup> “A função social da empresa é importante princípio e vetor para o exercício da atividade econômica, tendo em vista que o seu sentido advém da articulação entre os diversos princípios da ordem econômica constitucional. Longe de ser mera norma interpretativa e integrativa, traduz-se igualmente em abstenções e mesmo em deveres positivos que orientam a atividade empresarial, de maneira a contemplar, além dos interesses dos sócios, os interesses dos diversos sujeitos envolvidos e afetados pelas empresas, como é o caso dos trabalhadores, dos consumidores, dos concorrentes, do poder público e da comunidade como um todo. Dessa maneira, a função social da empresa contém também uma essencial função sistematizadora do ordenamento jurídico, sendo adensada por intermédio de normas jurídicas que têm por objetivo compatibilizar os diversos interesses envolvidos na atividade econômica ao mesmo tempo em que se busca a preservação da empresa e da atividade lucrativa que assim a qualifica”. (FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. In: PUCSP. *Enciclopédia jurídica*. Tomo direito comercial. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>. Acesso em: jul. 2019.)

<sup>3</sup> A responsabilidade social corporativa tem como marco, em 1953, a obra de Bowen: *Social Responsibilities of the Businessman*. O conceito é voltado à afirmação do dever de boa conduta das empresas, o que decorre de uma espécie de contrato que elas têm com a sociedade. (BOWEN, Howard G. *Social responsibilities of the businessman*. Estados Unidos: Iowa State University, 2013.)

<sup>4</sup> “[...] vivemos num país injusto, com índices intoleráveis de desigualdade social, em que a opressão é capilar e onipresente. Neste quadro, o reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais pode servir como importante instrumento para moldar, de acordo com parâmetros de justiça substancial, extraídos da Constituição, a miríade de relações assimétricas travadas na sociedade.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 284.)

<sup>5</sup> FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. In: PUCSP. *Enciclo-*

<sup>1</sup> PALMER, Tom G. *After the welfare state*. Ottawa: Jameson Books, 2012.

ção maximizado do qual nascem as *shared responsibilities*<sup>6</sup> que somam responsabilidade pública e privada em relação à proteção dos direitos humanos.

O tema traz à baila o que a filósofa alemã Hannah Arendt descreveu como “*responsabilidade coletiva*”<sup>7</sup>. A despeito da complexidade do pensamento da referida autora, toma-se por empréstimo tal categoria para fixar a premissa de que há uma responsabilidade social pelo que é feito em nome e/ou em defesa da sociedade.

Não é diferente na atividade empresarial. O desenvolvimento das ações – e também o comportamento omissivo – gera consequências para inúmeras pessoas afetadas que não fazem parte diretamente do empreendimento. Vários exemplos da realidade podem ser trazidos à baila. Do ponto de vista histórico, destaca-se a colaboração privada aos regimes ditatoriais na América Latina durante as décadas de 1960 e 1970.<sup>8</sup> Do ponto de vista atual, os sucessivos desastres ambientais reforçam a atualidade e relevância da temática<sup>9</sup>.

---

*pédia jurídica*. Tomo direito comercial. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>. Acesso em: jul. 2019.

<sup>6</sup> “é essencial que a cooperação internacional seja concebida não como mera caridade ou generosidade, mas como solidariedade, no marco do princípio de responsabilidades compartilhadas (*shared responsibilities*) na ordem global”. (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 196).

<sup>7</sup> A reflexão se faz presente na obra da autora ao refletir sobre eventual culpa coletiva dos acontecimentos do povo alemão em relação à barbárie nazista. (ARENDR, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo* (ensaios). São Paulo: Cia das Letras; Belo Horizonte: EdUFMG, 2008.)

<sup>8</sup> Em 1972, denúncias contra a empresa estadunidense *International Telephone and Telegraph Company* (ITT) por envolvimento no golpe militar chileno conjuntamente com tratativas junto com a agência de inteligência estadunidense, visando bloquear a eleição de Salvador Allende no Chile – pois este tinha como proposta nacionalizar a cota de 60% que possuía a empresa no Chile – deu-se passo emblemático em relação à denúncia da atuação de empresas multinacionais. *In: SUBCOMMITTEE ON MULTINATIONAL CORPORATIONS. The International Telephone and Telegraph Company and Chile, 1970-7: report to the Committee on Foreign Relations United States Senate*. Washington: U. S. Government Printing Office, 1973. p. 1.

<sup>9</sup> A título ilustrativo: “Apenas 12 segundos foram suficientes para devastar Mariana com a lama tóxica contendo vários metais pesados, tais como arsênio e lítio. Houve desalojamento das populações, destruição de casas, edificações, pontes, ruas, áreas agrícolas e pastos, áreas de preservação e vegetação nativa de Mata Atlântica. A energia elétrica foi interrompida pelas hidrelétricas atingidas (Candonga, Aimorés e Mascarenhas) bem como o abastecimento de água, a pesca, o turismo, atividades escolares, dentre outras. O meio ambiente sofreu com mortandade de biodiversidade aquática e fauna terrestre, assoreamento dos cursos d’água e alteração dos padrões de qualidade da água doce, salobra e salgada [...]” (SALDANHA, Jania Maria Lopes; BOHRZ, Clara Rossato. Dupla influência

Se o passado remonta à ética da irresponsabilidade, calcada apenas na busca do lucro e as consequências sociais negativas vistas como efeitos colaterais inevitáveis da atividade, a partir da década de 1990, ao menos do ponto de vista normativo, a relação entre direitos humanos e empresas se estreitou. Eis o diagnóstico desta viragem paradigmática: “as oil, gas and mining companies expanded into increasingly difficult áreas, and the practice of offshore production in clothing and footwear drew attention to poor working conditions in global supply chains”<sup>10</sup>.

Nesse contexto, na arena empresarial, ao lado da legítima busca por lucro, emergem outros valores e preocupações em torno dos direitos humanos e de sua responsabilidade coletiva. O tema, que não é portanto novo, não tem passado despercebido tanto no contexto interno quanto no contexto internacional que tem adotado, em maior ou menor grau, *standarts* privados de proteção e responsabilização. No âmbito internacional, por todos, citem-se os princípios Ruggie<sup>11</sup> e no âmbito interno o recente Decreto-lei nº 9.517 de 21 de novembro de 2018 que estabelece as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos – ambos abaixo melhor explicitados. O objetivo do presente artigo é explorá-los à luz da perspectiva de gênero e diversidade.

O que se busca no presente artigo é dar um novo olhar – em especial a partir da ideia de valor e responsabilidade compartilhada – ao tema. Para tanto, na primeira parte do escrito fixar-se-ão as premissas teóricas das quais partimos para falar em responsabilização das empresas por direitos humanos. Qual atividade empresarial e os fundamentos de sua responsabilidade figuram a pauta temática na primeira seção. Já na segunda parte expor-se-ão os três desafios que, não únicos, mas de modo proeminente, desafiam o tema, a saber: supe-

---

e dupla projeção entre o local e o global: o “caso Mariana” e a (ir) responsabilidade social das empresas de mineração. *Homa Pública*, v. 02, n. 02, p. 159, 2018. Disponível em: <http://homacdh.com/journal/2018/10/11/dupla-influencia-e-dupla-projecao-entre-global-e-local-o-caso-mariana-e-a-irresponsabilidade-social-das-empresas-de-mineracao/>. Acesso em: jul. 2019.)

<sup>10</sup> UNITED NATIONS. *The UN “Protect, Respect and Remedy” framework for business and human rights*. September 2010. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf>. Acesso em: nov. 2018.

<sup>11</sup> UNITED NATIONS. Human Rights Office of the High Commissioner. *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” framework*. (A/HRC/17/31, 21 March 2011).

ração do antagonismo entre o mundo empresarial e a sociedade; superação da ideia do Estado como único responsável e superação do individualismo na ética da responsabilidade. Ao longo do artigo, como auxílio de fundamentação, as *shared responsibilities* serão pensadas a partir de exemplos concretos vindos do próprio mercado (*business cases*). Tudo com base na revisão da bibliografia florescente sobre o tema que se avoluma na área.

## 2 Premissas subjacentes

Tratar da temática acerca de empresas e direitos humanos leva a uma primeira importante definição dos polos envolvidos nesta equação, ou seja: de quais direitos se trata e de quais empresas se trata? Eis o que se pretende aclarar, como premissa da discussão sobre a temática, nesta estação do artigo.

### 2.1 Quais direitos?

A pergunta acima estampada tem como resposta aquela que aponta para a universalidade dos direitos. Ou seja, todos os direitos são passíveis de responsabilização por entes privados. Neste influxo, parte-se de uma visão integral e integrada de todos os direitos.

Apreendem-se os direitos sem hierarquizá-los, estabelecendo igualdade no tratamento jurídico de ambos, reconhecendo necessariamente a imbricação existente entre todos visto que a garantia de uma categoria de direitos é condição para a observância das demais – liberdade e igualdade são faces da mesma moeda<sup>12</sup>.

Obviamente que os direitos humanos – sejam eles civis e políticos, sejam econômicos, sociais, culturais e, mais recentemente, ambientais – possuem diferenças, todavia, a visão integral dos direitos humanos assume tais diferenças para promoção de direitos, sua relação dialética de complementaridade.<sup>13</sup> Nesta esteira erguem-

<sup>12</sup> A respeito dessa conexão, Flávia Piovesan assevera: “Não há mais como cogitar a liberdade dissociada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social dissociada da igualdade”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 210).

<sup>13</sup> Eis a lúcida visão de Karel Vasak, registrada há quase meio século, nesse sentido: “human rights, cultural rights have a rather curious status: They are associated either with civil and political rights (and thus, as we have seen, are considered as ‘negative’) or with economic and social rights (and are considered as ‘positive’). They sometimes

– se as lições de Amartya Sen, para quem “a privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social e de liberdade política, assim como a privação da liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica”<sup>14</sup>.

Eis aí a razão pela qual não se pode compactuar com a visão sectária e fragmentada de gerações ou dimensões de direitos que, por sua vez, coloca-os em diferentes patamares de exigibilidade e realização. A análise geracional ou dimensional, extremamente difundida na doutrina, leva à compartimentalização arbitrária<sup>15</sup> dos direitos humanos que, pelas consequências daí derivadas supra explicitadas, rompem com a visão integral e complementar da concepção contemporânea de direitos humanos.

Essa visão integrada dos direitos – sem distinção categorial – ativa o sentido da corresponsabilidade, reforçando juridicamente a tutela e aplicabilidade destes

---

appear in both categories of human rights in documents produced by the same Organization. They are always defined juridically as individual rights, whereas culture is essentially collective in nature, since it should be available to the whole community. In view of the uncertain status of cultural rights, they should be recognized as having a specific nature, since they are at once individual and collective.” (VASAK, Karel. *A 30-year struggle: the sustained effort to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000074816>. Acesso em: jun. 2018).

<sup>14</sup> Prossegue o autor afirmando que “a privação de liberdade econômica, na forma de pobreza extrema, pode tornar a pessoa uma presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade”. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 23).

<sup>15</sup> “Poderia então ser dito que a adscrição de um direito ao catálogo de direitos civis e políticos, ou ao de direitos econômicos, sociais e culturais tem um valor heurístico, ordenador, classificatório; no entanto, uma conceitualização mais rigorosa levaria a admitir um *continuum* de direitos, no qual o espaço de cada direito estaria determinado pelo peso simbólico componente de obrigações positivas ou negativas nele delineadas. Por esse raciocínio, alguns direitos, claramente passíveis de serem caracterizados segundo obrigações negativas do Estado, ficam enquadrados no horizonte dos direitos civis e políticos – caso, por exemplo, da liberdade de pensamento ou da liberdade de expressão sem censura prévia. No outro extremo, alguns direitos que em sua essência se caracterizam por obrigações positivas do Estado estarão contidos no catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais – por exemplo, o direito à moradia. No espaço intermediário entre esses dois extremos há um espectro de direitos que conjugam uma combinação de obrigações positivas e negativas, em graus diversos: identificar se um deles está na categoria dos civis e políticos, ou no grupo dos econômicos, sociais e culturais resulta de uma decisão convencional, mais ou menos arbitrária.” (ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 194, 2005).

aos domínios privados<sup>16</sup>. Isto posto, no âmbito negocial, convém indagar quais entidades particulares são responsáveis pela tutela dos direitos.

## 2.2 Quais empresas?

Do mesmo modo que a resposta acima dada à primeira pergunta, toda a atividade empresarial possui vinculação aos direitos humanos. Todas as empresas são, em maior ou menor medida, responsáveis por respeitar direitos.

Obviamente há uma diferença entre pequenas empresas e grandes corporações trans ou multinacionais. Todavia, isso não impede que todas sejam responsáveis e que compartilhem responsabilidades.

No plano internacional – em matéria de responsabilizações – sobressaem-se as empresas que congregam uma expressiva parcela da circulação do capital internacional – que possuem poder econômico e mesmo político para se contrapor a entes estatais e mesmo organizações internacionais – e flanam ilesas no plano das responsabilidades em termos de direitos humanos.

Na atualidade, as violações provocadas pelo capital empresarial transacional, que circula montas muitas vezes superiores que a receita interna de muitos Estados, restam praticamente intocadas. Enquanto, de um lado, os Estados têm sua soberania esfacelada lentamente, atores não estatais ganham força, modificando inclusive questões territoriais imbricadas à soberania daqueles. Ocorre que, por vezes, tamanho é o poderio econômico das corporações que superam os dos próprios Estados.

À guisa de exemplo, traz-se a classificação feita pela organização Global Justice Now<sup>17</sup> que compara as cifras de negócios das principais empresas com a renda orçamentária dos países. Osa dados são impressionantes: Segundo esta classificação, se a rede norte-americana de supermercados Walmart fosse um Estado, ocuparia o décimo posto.

Ainda, tal *ranking* afirma que as 25 corporações que mais faturam superam o PIB de numerosos países: por exemplo, a Amazon e a Microsoft têm capital maior

que mais que Portugal, a Apple que a Bélgica, a British Petroleum que a Suíça, a Samsung que a Dinamarca, o Santander que a Colômbia, dentre várias outras companhias significativas.<sup>18</sup>

Para além do vultuoso poder econômico, as corporações possuem inúmeros privilégios estabelecidos em tratados bilaterais de investimento, recebendo o direito de processar Estados em cortes arbitrais a partir dos tratados estabelecidas. Agrava-se a situação quando o Estado em jogo é ainda um país em desenvolvimento, pois diante da necessidade de futuros investimentos para fomentar o desenvolvimento interno, ficam reféns destas congregações.<sup>19</sup> De acordo com Bauman: “Com sua base material destruída, sua soberania e independência anuladas, sua classe política apagada, a nação-estado torna-se um mero serviço de segurança para as mega-empresas.”<sup>20</sup>

A cada ano, a ONG Global Exchange divulga uma lista dos “Maiores Criminosos Corporativos”<sup>21</sup> para destacar as piores práticas empresariais em matéria de direitos humanos e direitos dos trabalhadores, destruição ambiental, especulação de guerra, evasão fiscal e outros crimes corporativos de colarinho branco, só para citar alguns.

Os critérios para incluir uma corporação na lista dos piores são, dentre outros: ações que afetam particularmente o sul global; má-fé da corporação; encobrimento ou ignorância dos ilícitos praticados; e oposição social às ações empresariais. A lista das companhias conta com, a título de exemplo: (i) Johnson&Johnson, a maior empresa de *healthcare* do mundo foi listada por colocar amianto em seu pó de talco, além de ocultar efeitos adversos de medicações e implantes; (ii) Monsanto/Bayer, maior vendedora de insumos agrícolas no Brasil, teve seu nome elencado por vender sementes para culturas resistentes a pesticidas (OGMs), tornando os produto-

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 334.

<sup>17</sup> Dados disponíveis no site: [https://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations\\_vs\\_governments\\_final.pdf](https://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf). Acesso em: maio 2019.

<sup>18</sup> Dados disponíveis no site: [https://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations\\_vs\\_governments\\_final.pdf](https://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf). Acesso em: maio 2019.

<sup>19</sup> HOMA. *Tratado sobre direitos humanos e empresas: duas questões principais*. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2015/11/Artigo-Tratado-sobre-Direitos-Humanos-e-Empresas-DuasQuest%C3%20%B5esPrincipais.pdf> [https://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations\\_vs\\_governments\\_final.pdf](https://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf). Acesso em: mar. 2016.

<sup>20</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 64.

<sup>21</sup> Dados disponíveis no site: <https://globalexchange.org/2018/11/23/ten-top-corporate-criminals-of-2018/>. Acesso em: maio 2019.

res cada vez mais dependentes de seus produtos; (iii) Chevron – uma das maiores petrolíferas do mundo – por estar fortemente envolvida com o desmatamento da Amazônia na perfuração do solo na busca por combustíveis fósseis.<sup>22</sup>

Enquanto o sistema garante e promove a atividade empresarial, com economias privadas crescendo desenfreadamente, há carência de mecanismos de proteção dos indivíduos perante tais atividades, reinando a impunidade em matéria de violações de direitos humanos por empresas transnacionais. Portanto, em muito se preocupou em garantir os direitos destas empresas, que constantemente se beneficiaram às custas de atores emergentes e brechas no sistema internacional, sendo ignorados os direitos que deveriam respeitar.<sup>23</sup>

Assim, atualmente não há barreiras suficientes à atuação das corporações, sendo que possuem força suficiente para “abrir mercados, despejar povos inteiros de seus territórios, para assegurar acesso forçado a recursos naturais, liberar experiências com transgênicos, assegurar patentes de produtos e recursos naturais, etc.”<sup>24</sup> Este tem sido um ponto cego dos sistemas de proteção aos direitos humanos internacionais que não conseguem atingir diretamente os grandes agentes empresariais causadores de danos.

Muitas vezes os Estados nem conseguem fazer frente ao poderio empresarial, em especial os países do sul global, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, porque sofrem com a exploração interna das empresas e são condenados pela sua atividade nociva em âmbito internacional. Os efeitos do capital empresarial transnacional são, portanto, incontornáveis, influenciando instâncias governamentais nacionais e internacionais em todos os níveis, sendo que o direito internacional dos direitos humanos não pode se limitar a mera questão formal, ignorando este ponto cego que lhe acomete.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Dados disponíveis no site: <https://globalexchange.org/2018/11/23/ten-top-corporate-criminals-of-2018/>. Acesso em: maio 2019.

<sup>23</sup> CARDIA, Ana Cláudia Ruy. *Empresas, direitos humanos e gênero: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais*. Porto Alegre: Editora Buqui, 2015. p. 13.

<sup>24</sup> PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. *Empresas transnacionais no banco dos réus: violações de direitos humanos e possibilidades de responsabilização*. Curitiba: Terra de Direitos, 2009. p. 12.

<sup>25</sup> HOMA. *Tratado sobre direitos humanos e empresas: duas questões principais*. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2015/11/Artigo-Tratado-sobre-Direitos-Humanos-e-Empresas-DuasQuest%C3%20%20B5esPrincipais.pdf> [https://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations\\_vs\\_governments\\_final.pdf](https://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf). Acesso em: mar. 2016.

Esse é um lado da moeda, mas isso não isenta pequenas e médias empresas que serem responsáveis pela preservação de uma cultura de direitos humanos e diversidade. No plano interno, por exemplo, o decreto 9.517/2018 refere-se diretamente às médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no País, mas também afirma que as microempresas e as empresas de pequeno porte poderão, na medida de suas capacidades, cumprir as diretrizes fixadas.

Se todas as empresas são responsáveis por respeitar direitos humanos, não há razão para excluir as empresas de porte menor. Obviamente, ainda que não e sobressaíam na arena internacional, no plano interno possuem relevo e impacto.

Essa atividade empresarial não pode ficar de fora porque as micro, pequenas e médias empresas formais e informais representam mais de 90% do total de empresas e contribuem, em média, em até 70% do total de empregos e 50% do PIB.<sup>26</sup> Portanto, é fundamental que esta expressiva parcela do setor produtivo tenha consigo a dimensão da responsabilidade que carrega. Não adianta as grandes corporações adotarem códigos de conduta, respeito aos direitos humanos e diversidade se isso não for compartilhado pela maior parte dos empregadores.

Emerge, assim, como fruto da resposta conjugada as duas primeiras perguntas que dão sentido às premissas da presente reflexão que todas as empresas são responsáveis pelo respeito aos direitos humanos compreendidos em sua dimensão holística e integral. Há, ainda, todavia, uma última pergunta que aponta para o fundamento desta afirmação que abaixo segue.

### 2.3 Por quê?

Dentre as várias direções que a presente pergunta pode suscitar, elencam-se três respostas para suportar a razão pelas quais as empresas devem engajar-se na proteção dos direitos humanos.

A primeira resposta aponta para um horizonte ético: porque é a coisa correta a fazer. Do ponto de vista humano, do ponto de vista ético, é o que sustenta o pacto

[globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations\\_vs\\_governments\\_final.pdf](https://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf). Acesso em: mar. 2016.

<sup>26</sup> Dados divulgados pelas Nações Unidas disponíveis em: <https://nacoesunidas.org/no-dia-das-micro-pequenas-e-medias-empresas-onu-reconhece-jovens-empresendedores/>. Acesso em: maio 2019.

social e o próprio funcionamento da sociedade – o respeito e consideração pelo outro, seja ele como for.

Os direitos humanos possuem no seu cerne a antítese da descartabilidade do outro. A concepção contemporânea de direitos humanos exsurge, sobretudo, no plano internacional, como resposta às atrocidades totalitárias<sup>27</sup> que marcaram o segundo grande conflito mundial.

Os regimes totalitários romperam com a associação que se tinha entre pessoa e sujeito merecedor de respeito e tutela. Apenas determinados sujeitos, com características específicas mereciam tutela.<sup>28</sup> O pós-guerra rompeu com esta dissociação, calcado na centralidade da dignidade, afirma que toda pessoa é merecedora de respeito e tutela jurídica pelo simples fato de ser pessoa. A humanidade capacita à proteção porque todos os seres humanos são portadores de dignidade intrínseca que merece guarida.

É um novo paradigma ético e jurídico focado no *direito a ter direitos*.<sup>29</sup> Neste sentido nota-se, no período de reconstrução, a emergência de um discurso consti-

tucional renovado, permeado por valores e princípios – como a dignidade humana – figurando como componentes basilares dos sistemas. Por consequência, ocorre consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir da criação de uma base ético-normativa compartilhada.

A centralidade do princípio da dignidade humana aponta para o reencontro axiológico do direito já que o excesso de formalismo jurídico foi um dos alicerces de legalidade (em sentido estrito) que se tornou instrumento dos horrores do fascismo e do nazismo.

Essa esfera de proteção normativa e institucional dos direitos humanos ganhou contornos mais claros em 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948. Referida Declaração é um documento emblemático na história da universalização desses direitos, uma vez que estabeleceu objetivos comuns aos Estados quanto à tutela da pessoa humana e serviu de inspiração a diversas Constituições democráticas desde então, firmando a concepção contemporânea de direitos humanos, principalmente no que tange à indivisibilidade e universalidade desses direitos.

Todavia, esta justificativa ética ainda infelizmente não tem por si só impulsionado o engajamento. Aí entra em cena a segunda justificativa pela qual empresas devem respeitar os direitos humanos: porque é lei, seja no âmbito interno, seja no plano internacional.

Destaque-se, nessa senda, o **já aludido** decreto 9571/2018 que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. O referido diploma legislativo é na verdade coroamento de todo o trabalho colhido no campo internacional sobre a matéria.

Em 1998 foi criado, no âmbito das Nações Unidas, Grupo de Trabalho sobre Empresa Transnacionais<sup>30</sup>, que após quatro anos encaminhou uma primeira minuta das Normas de Direitos Humanos da ONU que, contudo, não foi aprovada, devido a forte oposição por parte dos representantes da atividade empresarial.<sup>31</sup> In-

<sup>27</sup> O discurso da descartabilidade humana é realçado pela crença nas possibilidades ilimitadas dos sistemas totalitários, conforme alerta Hannah Arendt: “Até agora, a crença, totalitária de que tudo é possível parece ter provado apenas que tudo pode ser destruído. Não obstante, em seu afã de provar que tudo é possível, os regimes totalitários descobriram, sem o saber, que existem crimes que os homens não podem punir nem perdoar. Ao tornar-se possível, o impossível passou a ser o mal absoluto, impunível e imperdoável, que já não podia ser compreendido nem explicado pelos motivos malignos do egoísmo, da ganância, da cobiça, do ressentimento, do desejo do poder e da covardia; e que, portanto, a ira não podia vingar, o amor não podia suportar, a amizade não podia perdoar”. (ARENDETT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989. p. 510).

<sup>28</sup> Sobre a dissociação protetiva entre pessoa e sujeito de direito: “O conceito de direitos humanos, baseado na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas – exceto que ainda eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano.” (ARENDETT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989. p. 333).

<sup>29</sup> “A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião – fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades – mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade. Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los”. (ARENDETT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989. p. 293).

<sup>30</sup> ANISTIA INTERNACIONAL. *As normas de direitos humanos das Nações Unidas para negócios: rumo à responsabilidade legal*. Reino Unido: Amnesty International Publications, 2004. p. 7.

<sup>31</sup> UNITED NATIONS. *The UN “Protect, Respect and Remedy” framework for business and human rights*. Disponível em: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2016.

dicou-se, na mesma oportunidade, necessidade de ter-se representante especial para o tema<sup>32</sup>. Em 2005, Kofi Annan, então secretário geral, nomeou o professor de Harvard John Ruggie como Representante Especial das Nações Unidas para Empresas e Direitos Humanos.

Passada uma década da primeira iniciativa, o Conselho de Direitos Humanos acolheu o *framework* “*Protect, Respect and Remedy*” proposta por Ruggie e fundada em três pilares: i) o dever dos estados de proteger contra violações a direitos humanos por terceiros, incluindo empresas; ii) responsabilidade das empresas de respeitar direitos humanos e iii) maior acesso às vítimas a remédios efetivos, tanto judiciais quanto não judiciais.<sup>33</sup>

O mandato de John Ruggie foi renovado por novo período de três anos, finalizando em junho de 2011, culminando na aprovação dos *Guiding Principles on Business and Human Rights for implementing the UN Protect, Respect and Remedy Framework* – conhecidos como Princípios Ruggie que são parâmetros globais para prevenir o risco do impacto da atividade empresarial nos direitos humanos.

Tais princípios orientadores somam 31 guias, divididos em três títulos: a) O dever do Estado de proteger os direitos humanos; b) A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos e c) Acesso a mecanismos de reparação. O *framework* estabelecido de “Proteger, Respeitar e Reparar” norteia todo o texto.

O objetivo por detrás dos princípios é reforçar a noção de que são os estados responsáveis por monitorar as atividades das empresas atuantes em seu território, entretanto, para realiza-la é necessária a cooperação internacional entre Estados, instituições multilaterais e demais atores do direito internacional.

Insta ressaltar que a natureza dos Princípios Orientadores perante o Direito Internacional se enquadra na categoria de *soft law*, no sentido de que as diretrizes dispostas em seu texto não vinculam os Estados ou as empresas transnacionais que aderirem ao documento.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> OHCHR. *Special representative of the secretary-general of human rights and transnational corporations and other business enterprises*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/SRSGTransCorpIndex.aspx>. Acesso em: 10 nov. 2016.

<sup>33</sup> UNITED NATIONS. *The UN “Protect, Respect and Remedy” framework for business and human rights*. Disponível em: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2016.

<sup>34</sup> CARDIA, Ana Cláudia Ruy. *Empresas, direitos humanos e gênero: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher*

Portanto, a contribuição normativa dos *Guiding Principles* não consiste, porém, em criar novas obrigações jurídicas, mas sim orientar aos Estados sobre a aplicação de normas reconhecidas em tratados internacionais de direitos humanos já existentes e indicação de parâmetros de condutas e políticas para que as empresas não cometam violações de direitos humanos. Orientam, ademais, à adequação da legislação interna na consecução do respeito aos direitos humanos pelas empresas e da responsabilização em âmbito interno por violações desta natureza relacional.

Foi neste sentido que o mencionado decreto brasileiro datado do final do ano passado surgiu. Ele afirma que caberá às empresas, dentre outros: monitorar o respeito à direitos em sua cadeia produtiva (art. 5º, I); educar seus colaboradores em direitos humanos (5º, III); não violar os direitos da sua força de trabalho (art. 6º); dar condições decentes de trabalho (7º); combater a discriminação no ambiente de trabalho promovendo a valorização e o respeito à diversidade independente de gênero, orientação sexual, critério étnico-racial, origem, geracional, religioso, aparência física e de deficiência (art. 8º).

Pugna, nesse influxo, pela erradicação de todas as formas de discriminação no ambiente empresarial com vistas a adotar políticas de metas percentuais crescentes de preenchimento de vagas e de promoção hierárquica para essas pessoas, contempladas a diversidade e a pluralidade, ainda que para o preenchimento dessas vagas seja necessário proporcionar cursos e treinamentos específicos (art. 8º, II); e expressamente dizendo que respeitar a livre orientação sexual, a identidade de gênero e a igualdade de direitos da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais ou transgêneros em âmbito empresarial (art. 8º, IX).

Ainda assim, essa segunda justificativa também nem sempre é suficiente. Seja porque temos uma tolerância ao descumprimento normativo – as chamadas “leis que não pegam” – mas também porque ainda há a falsa ideia de que normas principiológicas **não seriam diretamente aplicáveis ou não produziram** sanções pelo seu desrespeito.

Assim que se não bastasse ser a coisa certa a fazer, ou ser o que a lei dispõe, há ainda mais uma terceira

pelos empresas transnacionais. Porto Alegre: Editora Buqui, 2015. p. 165.

razão pela qual empresas devem respeitar direitos humanos: porque é economicamente atrativo.

A adoção de padrões de direitos humanos é atrativa para o mercado e possui alta potencial de lucratividade. Cada vez mais este é um *asset* que as empresas buscam já que se trata de gerar riqueza e não meramente fazer filantropia uma vez que o mercado consumidor tem se tornado mais exigente e responsivo em relação a estas pautas. Por exemplo, o denominado *Pink Money*, movimenta 150 milhões de reais no Brasil<sup>35</sup>.

Abre-se, portanto, oportunidade de negócio significativa e interessante que tem tornado às empresas atrativo o investimento em padrões de sustentabilidade e direitos humanos. É o que Porter e Kramer rotularam de “valor compartilhado”<sup>36</sup> que “envolve a geração de valor econômico de forma a criar também valor para a sociedade (com o enfrentamento de suas necessidades e desafios).”

A criação de valor compartilhado<sup>37</sup> é promotora de crescimento e dão as cores da nova governança corporativa, fomentando o que se cognomina de responsabilidade social corporativa.

Neste pormenor, convém destacar diferença significativa que há entre os parâmetros do *business and human rights* e a *corporate social responsibility*. Business in human rights possui foco nos aspectos negativos que advêm da atividade empresarial, enquanto que corporate social responsibility é voluntária e facada na prestação positiva.

A responsabilidade corporativa é necessariamente voluntária e surge do encorajamento de atividades guiadas a partir do seu papel social que a atividade empresária desempenha.<sup>38</sup>

De acordo Porter e Kramer, a ideia do valor compartilhado reside, de um lado, no impulsionamento de

negócios que também produzam valor para a sociedade. Na definição dos próprios autores:

A solução está no princípio do valor compartilhado, que envolve a geração de valor econômico de forma a criar também valor para a sociedade (com o enfrentamento de suas necessidades e desafios). É preciso reconectar o sucesso da empresa ao progresso social. Valor compartilhado não é responsabilidade social, filantropia ou mesmo sustentabilidade, mas uma nova forma de obter sucesso econômico. Não é algo na periferia daquilo que a empresa faz, mas no centro. E, a nosso ver, pode desencadear a próxima grande transformação no pensamento administrativo.<sup>39</sup>

Caso digno de nota pelos autores é da Nespresso – marca da suíça Nestlé de capsulas de café. A Nespresso passou a adquirir sua matéria prima (café) de pequenos agricultores, geralmente localizados em áreas subdesenvolvidas marcadas pela baixa produtividade, baixa qualidade e degradação ambiental. Na tentativa de criar valor compartilhado, a Nestle treinou os produtores para melhores práticas agrícolas; proteção das plantas com manejo de fertilizantes e pesticidas; incentivou com prêmio a produção de grãos melhores. Essas ações geraram aumento da renda dos produtores, diminuição do impacto ambiental do cultivo e, também, gerou um melhor café fornecido à empresa que aumenta a sua margem de lucro.<sup>40</sup>

Acerca do retorno econômico desta preocupação social, afirmam Porter e Kramer:

Nem todo lucro é igual — ideia que se perdeu no foco estreito e imediatista do mercado financeiro e em muito do pensamento administrativo. O lucro que envolve um propósito social é uma forma superior de capitalismo — forma que permitirá à sociedade avançar mais rapidamente e, a empresas, crescer ainda mais.<sup>41</sup>

O valor compartilhado tem o potencial de remodelar os negócios, a economia e sua relação com a sociedade.<sup>42</sup> Pela ótica do valor compartilhado, e seu impacto

<sup>35</sup> Dados disponíveis na reportagem: <https://www.istoedinheiro.com.br/noticias/investidores/20130531/poder-pink-money/3262>. Acesso em: maio 2019.

<sup>36</sup> PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. The big idea: creating shared value: how to reinvent capitalism — and unleash a wave of innovation and growth. *Harvard Business Review*, n. 89, 2011.

<sup>37</sup> PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Criação de valor compartilhado. *Harvard Business Review Brasil*, 6 jan. 2011. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/criacao-de-valor-compartilhado/>. Acesso em: jul. 2019.

<sup>38</sup> RAMASASTRY, Anita. Corporate social responsibility versus business and human rights: bridging the gap between responsibility and accountability. *Journal of Human Rights*, Washington, v. 14, n. 2, p. 237-259, 2015. p. 237.

<sup>39</sup> PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Criação de valor compartilhado. *Harvard Business Review Brasil*, 6 jan. 2011. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/criacao-de-valor-compartilhado/>. Acesso em: jul. 2019.

<sup>40</sup> PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. The big idea: creating shared value: how to reinvent capitalism — and unleash a wave of innovation and growth. *Harvard Business Review*, n. 89, 2011.

<sup>41</sup> PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Criação de valor compartilhado. *Harvard Business Review Brasil*, 6 jan. 2011. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/criacao-de-valor-compartilhado/>. Acesso em: jul. 2019.

<sup>42</sup> PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Criação de valor compartilhado. *Harvard Business Review Brasil*, 6 jan. 2011. Disponível

econômico de retorno aos negócios, impulsiona-se o respeito das empresas aos *standarts* de direitos humanos.

Portanto, seja pelo aspecto ético, pelo plano legal ou pelo fator econômico, certo é que o respeito aos direitos humanos é benéfico à atividade empresarial. Não há, então, juízo de valor nas justificativas elencadas que não se excluam. Se puder ser um ganha/ganha – em termos de lucros e direitos humanos, tanto melhor.

### 3 Desafios desta nova realidade: superação

Para levar adiante esta nova lógica de responsabilidade pelos direitos humanos é necessário construir um novo *mindset* de um “capitalismo superior”<sup>43</sup>, na expressão de Porter e Kramer que ao invés de externalidades<sup>44</sup>, veem nas necessidades sociais oportunidades de crescimento e geração de novos negócios e lucro.

Todavia, para tanto faz-se mister enfrentar alguns desafios implicados nesta mudança de apreensão. Aqui elencam-se três principais reptos para tanto, a saber: superação da ideia do Estado como único responsável; superação do antagonismo entre o mundo empresarial e a sociedade; e superação da ideia do individualismo responsivo.

em: <https://hbrbr.uol.com.br/criacao-de-valor-compartilhado/>. Acesso em: jul. 2019.

<sup>43</sup> “O capitalismo é um veículo inigualável para a satisfação das necessidades humanas, o aumento da eficiência, a criação de emprego e a geração de riqueza. Só que uma concepção estreita do capitalismo impediu que a atividade empresarial explorasse todo seu potencial para enfrentar os grandes desafios da sociedade. As oportunidades sempre estiveram aí, mas foram negligenciadas. Uma empresa atuando como empresa, não como um ente filantrópico, é o agente mais forte para lidar com as prementes questões a nossa frente. O momento para uma nova concepção do capitalismo é agora; as necessidades da sociedade são grandes e seguem crescendo. Já clientes, trabalhadores e uma nova geração de jovens estão pedindo que o meio empresarial tome a dianteira.” (PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Criação de valor compartilhado. *Harvard Business Review Brasil*, 6 jan. 2011. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/criacao-de-valor-compartilhado/>. Acesso em: jul. 2019.)

<sup>44</sup> “surgem externalidades quando a empresa gera custos sociais com os quais não precisa arcar, como a poluição. Logo, a sociedade deve impor impostos, normas e sanções para que a empresa “internalize” essas externalidades — crença que influencia muitas políticas públicas.” (PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Criação de valor compartilhado. *Harvard Business Review Brasil*, 6 jan. 2011. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/criacao-de-valor-compartilhado/>. Acesso em: jul. 2019.)

### 3.1 Superação da ideia do Estado como único responsável

As normas de direitos humanos são tradicionalmente lidas como destinadas aos Estados, devido ao fato de terem sido, e até hoje o são, os maiores violadores de direitos humanos, mas isso não deve eximir de se refletir sobre novas e importantes formas de violação.

Por exemplo, no preâmbulo da DUDH consta: “Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais”. A Constituição Brasileira é a norma proeminente do Estado. Resta evidente que a arquitetura internacional está baseada numa perspectiva “estatocêntrica”, ainda que com contornos de soberanias relativizadas e diálogos recíprocos entre as ordens nacionais e internacional.

É o Estado, por meio de seus poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que é visto como o principal cumpridor (ou violador) da agenda dos direitos humanos.

Em matéria de direitos humanos está-se localizado inegavelmente ainda no paradigma estatocêntrico da responsabilidade. Todavia, este quadro não atende mais à complexidade contemporânea das violações de direitos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva nº 18/03, embora não tenha se manifestado acerca da responsabilização internacional das empresas, referiu-se à “eficácia horizontal dos direitos humanos”, imputando aos Estados o dever de assegurar que os atores privados respeitem os direitos humanos.<sup>45</sup>

No plano interno a ideia de eficácia horizontal, ou inter privada, de direitos humanos caminha bem. Ainda que não haja lei absolutamente explícita sobre o assunto – e tal não se faz necessário – a jurisprudência dos Tribunais está recheada de exemplos em que particulares são condenados por violações de direitos humanos.

Na justiça do trabalho, por exemplo, há condenações por violações à funcionários discriminados por seus chefes por razões de raça – o segurança apelidado

<sup>45</sup> INTERAMERICAN COURT H. R. *Judicial condition and rights of the undocumented migrants*. Advisory Opinion OC-18/03, September 17, 2003, paras. 140, 147 and 150.

de “negão”<sup>46</sup>; de gênero – diferença salarial deliberada entre homens e mulheres<sup>47</sup>; de aparência – a cozinheira chamada de “gorda”<sup>48</sup>; por orientação sexual tendo em vista tratamento vexatório no âmbito laboral<sup>49</sup>, só para citar alguns exemplos.

Assim que – ainda com as dificuldades impostas pela cultura que vê na diferença fator de diminuição e não de promoção – juridicamente caminha-se para uma resposta – no Judiciário – de limite ao abuso.

O desafio que se coloca, no plano internacional, é superar a limitação atual do direito internacional para que os indivíduos possam litigar contra empresas transnacionais que provocam massivas violações de direitos humanos em Estados muitas vezes pobres. Nestes casos as vulnerabilidades se somam, porque além das vítimas, os Estados com dificuldades socioeconômicas, reféns do sistema de dominação do capital financeiro internacional, não possuem poder em face das grandes corporações.

O afastamento desta visão do Estado como único responsável leva ao próprio repensar das fronteiras entre o espaço público e privado desenhados e ao segundo desafio posto.

### 3.2 Superação do antagonismo entre o mundo empresarial e a sociedade

Com uma visão bastante moderna da cisão entre público e privado, ainda há o repto de se superar a visão de que cabe às empresas buscar apenas o lucro e que ao Estado – quando muito ao terceiro setor – caberia a solução de problemas sociais.

Não se sustenta mais, ao menos de modo preciso, a distinção<sup>50</sup> entre o jardim e a praça, no dizer de Nelson

Saldanha<sup>51</sup>. Não há mais fronteira aguda que aparte a sociedade dos entes privados. Este tradicional império dos indivíduos, àquele do Estado.

É nesse paradoxal terreno que abrolha a problemática da responsabilidade pelos direitos humanos às empresas. A vinculação dos particulares aos direitos bem demonstra a falácia da dicotomia antagônica entre público e privado, social e empresarial, somam-se em direção à realização das necessidades humanas. Em outras palavras, “público e privado são, na unidade teleológica dos interesses universalizáveis, uma mesma e unia realidade, nascida dos mesmos princípios e votada aos mesmos fins: um é a vida do outro.”<sup>52</sup>

Imputar às empresas a responsabilidade de arcar com demandas sociais é vista como uma externalidade, nos termos acima postos, e corresponderia, na visão capitalista tradicional, em aumento de custos e redução de lucros. Ainda hoje a responsabilidade social corporativa é vista como uma resposta às pressões externas para melhorar a reputação da empresa e são tratados como um gasto necessário e não como uma possibilidade de investimentos.

Faz-se mister superar, portanto, essa ordem de ideias. Não se trata de filantropia ou de custos, mas sim de uma nova forma de encarar a atividade empresária e o próprio lucro. A saber:

O valor compartilhado faz a empresa se concentrar no lucro certo: o lucro que gera — em vez de reduzir — benefícios para a sociedade. O mercado de capitais sem dúvida seguirá fazendo pressão para que empresas deem lucro a curto prazo, e certas empresas certamente seguirão registrando lucro à custa de necessidades da sociedade. Só que esse lucro em geral terá curta duração; oportunidades muito maiores serão perdidas.

O momento para uma visão ampliada da geração de valor chegou. Uma série de fatores, como a crescente conscientização social de trabalhadores e cidadãos e a

frontera entre las dos esferas, la publica y la privada, porque la invasión de la sociedad por el Estado, la abolicion de la esfera privada, es justamente el rasgo más característico de um régimen totalitário. Pero no puede negarse que esa frontera se há ido difuminando, es cada vez menos nítida.” *In*: BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 305.

<sup>51</sup> SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. São Paulo: Edusp, 2003.

<sup>52</sup> PASQUALINI, A. O público e o privado. *In*: SARLET, I. W. (org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 36.

<sup>46</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *ARR-424-71.2010.5.09.001.0016*. Relator Ministro Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Publicado no DJE 164/06/2013.

<sup>47</sup> MUNIZ, Mariana. Juiz do trabalho condena empresa por pagar deliberadamente menos às mulheres. *Jota*. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=/www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/juiz-do-trabalho-condena-empresa-por-pagar-deliberadamente-menos-as-mulheres-09082018.%20Acesso%20em%20agosto%20de%202018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/juiz-do-trabalho-condena-empresa-por-pagar-deliberadamente-menos-as-mulheres-09082018.%20Acesso%20em%20agosto%20de%202018). Acesso em: ago. 2018.

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Mariana. TST condena empresa a indenizar em R\$ 30 mil cozinheira chamada de gorda pela chefe. *Globo*. Economia. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/03/tst-condena-empresa-a-indenizar-em-r-30-mil-cozinheira-chamada-de-gorda-pela-chefe.ghtml>. Acesso em: maio 2019.

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *ARR-424-71.2010.5.09.001.0016*. Relator Ministro Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Publicado no DJE 164/06/2013.

<sup>50</sup> “Nadie en su sano juicio puede pretender la desaparición de la

crescente escassez de recursos naturais, abrirá oportunidades sem precedentes para a geração de valor compartilhado.

Precisamos de uma forma mais sofisticada de capitalismo — forma imbuída de um propósito social. Mas esse propósito não deve surgir da caridade, mas de um entendimento mais profundo da concorrência e criação de valor econômico. Essa próxima evolução do modelo capitalista reconhece novas e melhores maneiras de desenvolver produtos, atender a mercados e erguer empreendimentos produtivos.

Para, entretanto, abraçar esta ideia há que se retornar ao ponto inicial aqui posto da responsabilidade coletiva e a ruptura do individualismo social reinante, herança do projeto (jurídico) moderno.

### 3.2 Retomada da responsabilidade individual e coletiva: EU + UM + UM...<sup>53</sup>

A ideia de que empresas e sociedades conflitem exige a visão de que estas estariam fora da sociedade. Isto decorre na verdade de uma visão individualista que tem na sua origem individualismo metodológico na abordagem da questão.

Nesse sentido, adverte Alexandre Pasqualini:

Indivíduo e sociedade: tais são os dois principais ângulos da geografia humana. Esses dois ângulos são, ao mesmo tempo, as suas duas necessidades (*ananke*). Uma não existe sem a outra. Mas há duas guerras nestas duas fronteiras: a guerra da opressão, que é a preponderância do Estado sobre o indivíduo; a guerra do individualismo, que é a supremacia do indivíduo sobre o Estado. Dois excessos de um único erro: falta de identidade moral entre ambos.<sup>54</sup>

A jornalista Eliane Brum, em coluna recente no jornal *El País*, trouxe a voz do poeta Elio Alves da Silva. Ele era pescador, até o surgimento de Belo Monte e disse à jornalista: “Eu, sozinho, não consigo nada. Mas, se eu for ali e chamar mais um, vai ser eu+um. Aí, esse um chama +um. E aí já é eu+um+um...”<sup>55</sup>

<sup>53</sup> BRUM, Eliane. EU + UM + UM + UM+: a responsabilidade de cada um na luta contra a destruição do Brasil. *El País*. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007\\_146962.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007_146962.html). Acesso em: jul. 2019.

<sup>54</sup> PASQUALINI, A. O público e o privado. In: SARLET, I. W. (org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 36.

<sup>55</sup> BRUM, Eliane. EU + UM + UM + UM+: a responsabilidade de cada um na luta contra a destruição do Brasil. *El País*. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007\\_146962.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007_146962.html). Acesso em: jul. 2019.

O modelo de desenvolvimento econômico e social, calcado no individualismo, trata o +um como algo de menor sentido ou valor. Na expressão de Zygmunt Bauman, “o Estado sabe que estou estatisticamente presente, mas também sabe que eu só conto como um e não tenho capacidade de me somar aos outros.”<sup>56</sup>

Por isso ser mais um não importa, apenas teria relevo para os assuntos daquele um. *Mutatis mutandis* a empresa importaria para ela e não para o seu entorno social e os direitos humanos aí implicados.

Todavia, alerta Brum, “Ser +um é ser junto com o outro, é ser na comunidade, é exercer a solidariedade, é fazer soma para ser mais forte conjugando o coletivo.”<sup>57</sup> Avulta o papel essencial da cooperação, por parte dos Estados, empresas, sociedade e indivíduos, em cumprir com seus deveres, separada e conjuntamente, para alcançar a plena realização desses direitos. Do ponto de vista individual, a Declaração Universal de 1948 já anunciava esta perspectiva em seu artigo 22. ao descrever o somatório do esforço nacional e da cooperação internacional na proteção da dignidade.

Na busca desse mínimo compartilhado importa a advertência de Peter Häberle<sup>58</sup>, no que diz respeito ao contexto coletivo da dignidade da pessoa humana<sup>59</sup>. Rompe-se com a ideia de que a dignidade é inata ao ser humano já que somos com o outro, na relação com o outro, e, portanto, a dignidade surge justamente desta interação, do +um. Nas palavras de Brum, “Ser +um é ser na relação com outro. Ser +um é saber que todos os outros importam.”<sup>60</sup>

<sup>56</sup> BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. *Babel: entre a incerteza e a esperança*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

<sup>57</sup> BRUM, Eliane. EU + UM + UM + UM+: a responsabilidade de cada um na luta contra a destruição do Brasil. *El País*. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007\\_146962.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007_146962.html). Acesso em: jul. 2019.

<sup>58</sup> HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>59</sup> “Há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem (no sentido de uma qualidade inata), na medida que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações da humanidade em seu todo, razão pela qual a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 105).

<sup>60</sup> BRUM, Eliane. EU + UM + UM + UM+: a responsabilidade de cada um na luta contra a destruição do Brasil. *El País*. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007\\_146962.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007_146962.html). Acesso em: jul. 2019.

A superação do individualismo metodológico, a recuperação do valor imprescindível que cada ser humano possui e a capacidade emancipatória da ação coletiva somam-se ao mantra dos direitos humanos que “têm como valor fundante a solidariedade, que, em uma ordem cada vez mais global, invoca o dever de cooperação”<sup>61</sup>.

#### 4 Breves notas conclusivas

Percorrido o singelo percurso proposto ao presente trabalho impende findar. Acaba-se chegando ao paradoxo onde o concluir ganha sabor de começo.

Eis aí a principal conclusão desse parco artigo: ainda principiamos. Está-se no início do desenvolvimento da florescente e instigante temática da responsabilidade das empresas em relação aos direitos humanos.

Os polos desta relação já estão um pouco mais definidos. Toda a atividade empresária, dentro de suas especificidades, é responsável pela realização de toda a miríade de direitos humanos no que for cabível e possível.

A ideia de valor compartilhado é o guia que fundamenta essa nova ordem de ideias já que as empresas, ao perquirir lucro, podem obtê-lo ou maximizá-lo na medida que atendem aos direitos humanos da comunidade e sociedade na qual estão inseridas.

Assim que, para prosseguir em frente na discussão da incidência dos direitos e de sua responsabilidade às corporações empresariais, recolhendo os melhores frutos da doutrina, o trabalho aponta para três desafios principais que servem de bússola diante do porvir incerto:

O primeiro deles é que o Estado não é mais o único responsável pela realização e proteção de tais direitos.

A segunda premissa guia é o papel central que as empresas hoje possuem no contexto social, ainda mais nos vulneráveis, gerando e agregando valor.

Por fim, a derradeira reminiscência toca à superação do individualismo e o reconhecimento da responsabili-

dade pelo outro, que clamam a responsabilidade coletiva pela realização das necessidades humanas.

#### Referências

ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, n. 2, 2005.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

ARENDT, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo (ensaios)*. São Paulo: Cia das Letras; Belo Horizonte: EdUFMG, 2008.

ANISTIA INTERNACIONAL. *As normas de direitos humanos das Nações Unidas para negócios: rumo à responsabilidade legal*. Reino Unido: Amnesty International Publications, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. *Babel: entre a incerteza e a esperança*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOWEN, Howard G. *Social responsibilities of the businessman*. Estados Unidos: Iowa State University, 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *ARR-424-71.2010.5.09.001.0016*. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Publicado no DJE 164/06/2013.

BRUM, Eliane. EU + UM + UM + UM+: a responsabilidade de cada um na luta contra a destruição do Brasil. *El País*. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007\\_146962.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007_146962.html). Acesso em: jul. 2019.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. *Empresas, direitos humanos e gênero: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais*. Porto Alegre: Editora Buquì, 2015.

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. In: PUCSP.

el em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007\\_146962.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/15/politica%20/1557921007_146962.html). Acesso em: jul. 2019.

<sup>61</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 3, n. 2, p. 217, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/%20122.pdf>. Acesso em: abr. 2012.

- Enciclopédia jurídica*. Tomo direito comercial. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbe-te/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>. Acesso em: jul. 2019.
- HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- HOMA. *Tratado sobre direitos humanos e empresas: duas questões principais*. Disponível em: <http://homacdh.com/index.php/pt/documentos/>. Acesso em: mar. 2016.
- INTERAMERICAN COURT H. R. *Judicial condition and rights of the undocumented migrants*. Advisory Opinion OC-18/03, September 17, 2003.
- MUNIZ, Mariana. Juiz do trabalho condena empresa por pagar deliberadamente menos às mulheres. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/>. Acesso em: ago. 2018.
- OHCHR. *Special representative of the secretary-general of human rights and transnational corporations and other business enterprises*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/SRSGTransCorpIndex.aspx>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- OLIVEIRA, Mariana. TST condena empresa a indenizar em R\$ 30 mil cozinheira chamada de gorda pela chefe. *Globo*. Economia. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/03/tst-condena-empresa-a-indenizar-em-r-30-mil-cozinheira-chamada-de-gorda-pela-chefe.ghtml>. Acesso em: maio 2019.
- PALMER, Tom G. *After the welfare state*. Ottawa: Jameson Books, 2012.
- PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 3, n. 2, p. 217, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/%20122.pdf>. Acesso em: abr. 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. The big idea: creating shared value: how to reinvent capitalism — and unleash a wave of innovation and growth. *Harvard Business Review*, n. 89, 2011.
- PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Criação de valor compartilhado. *Harvard Business Review Brasil*, 6 jan. 2011. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/criacao-de-valor-compartilhado/>. Acesso em: jul. 2019.
- PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. *Empresas transnacionais no banco dos réus: violações de direitos humanos e possibilidades de responsabilização*. Curitiba: Terra de Direitos, 2009.
- RAMASASTRY, Anita. Corporate social responsibility versus business and human rights: bridging the gap between responsibility and accountability. *Journal of Human Rights*, Washington, v. 14, n. 2, 2015.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BOHRZ, Clara Rosato. Dupla influência e dupla projeção entre o local e o global: o “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *Homa Pública*, v. 02, n. 02, p. 159, 2018. Disponível em: <http://homacdh.com/journal/pt/edicoes/>. Acesso em: jul. 2019.
- SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. São Paulo: Edusp, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.
- SUBCOMMITTEE ON MULTINATIONAL CORPORATIONS. *The International Telephone and Telegraph Company and Chile, 1970-7: report to the Committee on Foreign Relations United States Senate*. Washington: U. S. Government Printing Office, 1973.
- UNITED NATIONS. The UN “Protect, Respect and Remedy” framework for business and human rights. September 2010. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf>. Acesso em: nov. 2018.

---

UNITED NATIONS. Human Rights Office of the High Commissioner. *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' framework*. (A/HRC/17/31, 21 March 2011).

VASAK, Karel. *A 30-year struggle: the sustained effort to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf#48063>. Acesso em: jun. 2018.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Contemporary responses to  
businesses' negative human  
rights impact**

**Respuestas contemporaneas  
al impacto negativo sobre  
derechos humanos causado por  
empresas**

**Respostas contemporâneas  
ao impacto negativo sobre os  
Direitos Humanos causado pelas  
empresas**

Andres Felipe Lopez

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Contemporary responses to businesses' negative human rights impact\*

## Respuestas contemporáneas al impacto negativo sobre derechos humanos causado por empresas

## Respostas contemporâneas ao impacto negativo sobre os Direitos Humanos causado pelas empresas

Andres Felipe Lopez \*

### Abstract

The article provides a panoramic overview of the factual and legal problems created by transnational business activities that negatively impact human rights around the world, and critically analyzes the strengths and gaps of the various international initiatives created in order to address businesses impact on human rights. The main three international initiatives analyzed are the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, National Action Plans on Business and Human Rights, and the Draft Treaty on Business and Human Rights. The article intends to organize the vast literature on BHR, serve as a departure point for those interested in researching on this sub-area of international human rights law, and to provide critical analysis of the international legal responses created to address these contemporary human rights

**Keywords:** Business and Human Rights. Corporate Accountability. UN Guiding Principles on Business and Human Rights. National Action Plans. Treaty on Business and Human Rights.

### Resumen

Este artículo ofrece una visión panorámica de los problemas facticos y jurídicos creados por las actividades de empresas transnacionales alrededor del mundo, y analiza críticamente las fortalezas y debilidades de las diversas iniciativas internacionales creadas con el propósito de regular el impacto de las empresas sobre los derechos humanos. Las tres iniciativas internacionales en las que se enfoca el artículo son: los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas, planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos, y el borrador de tratado sobre empresa y derechos humanos. El artículo pretende presentar el estado del arte sobre el desarrollo normativo en relación con el problema de derechos huma-

\* Recibido em 01/08/2019  
Aprovado em 20/09/2019

\*\* Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Director del programa de Derecho. Professore de derecho internacional, Universidad de la Sabana. Es doctor en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos), magister en Derecho Internacional y Comparado (LL. M.) de la Universidad de Georgetown (Estados Unidos), especialista en Derecho Administrativo y abogado de la Universidad del Rosario.  
Email: andres.lopez4@unisabana.edu.co

nos transnacional causado por empresas, establecer un putno de partido para aquillos interesado en enseñar o investigar en esta sub-área de los derechos humanos, y analizar críticamente las diversas respuestas jurídicas para enfrentar esta problemática contemporánea de la protección internacional de los derechos humanos.

**Palabras claves:** Empresa y Derechos Humanos. Responsabilidad Empresarial. Principios Rectores de Empresa y Derechos Humanos. Planes de Acción Nacional. Tratado sobre empresa y derechos humanos.

## Resumo

Este artigo oferece uma visão panorâmica dos problemas fatuais e legais criados pelas atividades de empresas transnacionais e analisa criticamente os pontos fortes e fracos das várias iniciativas internacionais criadas com o objetivo de regular o impacto das empresas nos direitos humanos. As três iniciativas internacionais em que o artigo se concentra são: os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, os Planos de Ação Nacionais sobre empresas e direitos humanos e o projeto de tratado sobre empresas e direitos humanos. O artigo tem como objetivo apresentar o estado da arte do desenvolvimento normativo em relação ao problema transnacional de direitos humanos causado pelas empresas, estabelecer um local de festa para os interessados em ensinar ou pesquisar nesta subárea de direitos humanos e analisar criticamente as várias respostas legais para enfrentar esse problema contemporâneo de proteção internacional dos direitos

**Palavras-chave:** Empresas e Direitos Humanos. Responsabilidade das empresas. Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos. Plano de Ação Nacional. Tratdo sobre empresas e Direitos Humanos

## 1 Introduction

The purpose of this article is to analyze the problems of negative human rights impacts caused by corporations and to provide an overview of the current state of the business and human rights field. There is a considerable amount of literature on this topic that has grown in an important way in recent years. This article

provides a general introduction to the business and human rights debate from the perspective of international law and human rights. This means it leaves aside the responsibility of businesses developed in the field of business ethics or other areas of law such as investment law, international trade, or corporate law.

The article firstly explores the factual relationship between businesses and human rights and the reality of the increasingly negative human rights impacts that private business entities are producing around the world, which justifies the endeavor of this research. Questions such as what rights have been violated and in what way and what kind of corporation is responsible for such violations are some of the issues explore in this section. Secondly, the article describes the regulatory problem that transnational corporations (TNCs) have caused and the limits of domestic law to regulate these entities, which explains the need for international law to get involved with what traditionally has been considered creatures of domestic law.

Thirdly, the article briefly describes the state of the business and human rights (BHR) field, summarized into three areas: 1) the United Nations Guiding Principles (UNGPs)<sup>2</sup> as the focal point of the BHR movement, 2) national action plans, and 3) the binding treaty debate. It goes beyond the length of this article to explore other areas of development of the debate about the responsibility of corporations for human rights violations such as 4) transnational human rights litigation, 5) international soft law initiatives such as the OECD Guidelines or the International Labor Organization's Tripartite Declaration, and the growing number of 6) Multi-Stakeholder Initiatives (MSI). The article provides a panoramic view of the relationship between business and human rights as a starting point for those engaged in the field advising governments or corporations or working in NGOs dedicate to this sub area of human rights. Furthermore, this article constitutes a useful tool for law professors and students interested in the intersection of businesses and human rights as a departing point of further debate.

## 2 Business negative impact on human rights and the legal challenge

A six-month research project developed by the Guardian revealed that slaves coming from Burma and other Asian countries have been forced for years to work in Thai fishing boats in the production of shrimps sold by some of the major retailer companies in the world for no pay and under threat of extreme violence.<sup>1</sup> Some of these retailers are Walmart, Costco, Tesco, Aldi, and Carrefour who sell shrimp in the U.S., UK, and other western countries. It is estimated that around 270,000 migrants work in the fishing industry and are kept as property in Thai fishing boats sometimes on the high seas or in Thailand's waters. In fact, the Thai government estimates that around 300,000 people work in the fishing industry but that the majority of them are unregistered migrants who are effectively ghosts to the authorities. The workers are commonly trafficked migrants passing through the Thai borders in very dangerous circumstances and are purchased by boat captains for around \$312 (250 sterling pounds) per person. Survivors who escaped from these vessels recount that they were constantly threatened, chained, malnourished, beaten, and in several occasions, they witnessed extrajudicial killings of their peers at the hands of boat captains.<sup>2</sup>

Like these examples, it is estimated that there are more than 21 million people in the world living under some form of modern slavery, of which 78% are slaves related to forced labor, 22% are sexual victims, and 26% are children.<sup>3</sup> Kevin Bales first used the term modern slavery started in his book *Disposable People: New Slavery in the Global Economy* published in 1999.<sup>4</sup> TNCs participate in modern slavery mainly through their supply

chain that is poorly monitored and that lack due diligence in regard to those from whom they are buying.<sup>5</sup> Moreover, businesses entities directly contribute to modern slavery since slavery itself is a relevant (if not essential) element to some industries such as brick production in Pakistan,<sup>6</sup> shrimp fishing in Thailand, coal mining in Brazil,<sup>7</sup> or cotton production in Egypt.<sup>8</sup> The slavers themselves are “businessmen” with a profit motivation who usually operate along the thin line between legality and illegality. Accordingly, modern slavery is a result of the culture in which profit triumphs human considerations.

Business impact on human rights is not limited to apparel manufacturing, extractive industries nor only to transnational corporations. Businesses of all types including small, large, domestic and international can and do have an impact on human rights.<sup>9</sup> In fact, a study made by the Special Representative of the Secretary-General on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises<sup>10</sup> revealed that the complaints of direct violation of human rights by business entities were presented against eight of the nine main business sectors, excluding only the financial service sector.<sup>11</sup> Nevertheless, since the report was presented there have been several reports of the negative human rights impact of the financial sector,

<sup>1</sup> Kate Hodal & Chris Kelly Felicity Lawrence, *Revealed: Asian slave labour producing prawns for supermarkets in US, UK*, The Guardian, June 10, 2014, <http://www.theguardian.com/global-development/2014/jun/10/supermarket-prawns-thailand-produced-slave-labour> (last visited July 29, 2019).

<sup>2</sup> Kate Hodal & Chris Kelly Felicity Lawrence, *Revealed: Asian slave labour producing prawns for supermarkets in US, UK*, The Guardian, June 10, 2014, <http://www.theguardian.com/global-development/2014/jun/10/supermarket-prawns-thailand-produced-slave-labour> (last visited July 29, 2019).

<sup>3</sup> Bales Kevin, *Disposable people new slavery in the global economy* (2d ed. 2012). See also, *Slavery Today « Free the Slaves*, <http://www.freetheslaves.net/about-slavery/slavery-today/> (last visited Jul 29, 2019).

<sup>4</sup> Bales, *supra* note 30

<sup>5</sup> See *Modern Slavery in Supply Chains*, CORE, <http://corporate-responsibility.org/issues/modern-slavery-bill/> (last visited Jul 29, 2019).

<sup>6</sup> Bales Kevin, *Disposable people new slavery in the global economy* (2d ed. 2012). at.149

<sup>7</sup> Bales Kevin, *Disposable people new slavery in the global economy* (2d ed. 2012). at.149

<sup>8</sup> Human Rights Watch (HRW), *Underaged and Unprotected* (2001), <https://www.hrw.org/report/2001/01/01/underaged-and-unprotected/child-labor-egypts-cotton-fields> (last visited Jul 29, 2019).

<sup>9</sup> Human Rights Watch (HRW), “On the Margins of Profit: Rights at Risk in the Global Economy”, 2008. <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/bhr0208webwcover.pdf>. p.2 (last visited July 29, 2019) [Here in after HRW, *On the Margins of Profit*].

<sup>10</sup> Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporation and Other Business Enterprises, Corporations and Human Rights: *A Survey of The Scope and Patterns of Alleged Corporate-Related Human Rights Abuse* UN. Doc. A/HRC/8/5/Add.2, 2008 (By John Ruggie) [hereinafter Ruggie Report Add.2 2008] p. 23. (Las visited July 29, 2019).

<sup>11</sup> Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporation and Other Business Enterprises, Corporations and Human Rights: *A Survey of The Scope and Patterns of Alleged Corporate-Related Human Rights Abuse* UN. Doc. A/HRC/8/5/Add.2, 2008 (By John Ruggie) [hereinafter Ruggie Report Add.2 2008] p. 23. (Las visited July 29, 2019).

too.<sup>12</sup> Indeed, BanckTrack reports that “Banks can cause human rights violations themselves, such as through discrimination in their hiring or service provision, and they can contribute or be linked to human rights violations through lending or other financial support for the companies responsible.”<sup>13</sup>

Business entities affect – directly and indirectly – almost all human rights recognized in international human rights law: e.g. rights to work, food, clothing, and the freedoms of speech, association, and conscience. However, there has been a special focus on gross human rights violations or crimes against humanity probably because of its severity and the visibility of such violations through transnational litigation.<sup>14</sup> The non-labor rights most cited or allegedly violated were the right to health violated in cases of exposure to pollutants and other toxins; the right to life and personal integrity; and the rights to an adequate standard for living.<sup>15</sup> The third most frequently violated rights were related to communities displaced by extractive projects which included failure to obtain informed consent and inadequate compensation. The victims were composed of workers and communities in equal parts and were primarily product end-users.<sup>16</sup>

Furthermore, corporate human rights violations occurred all over the world. It is not possible to restrict the problem to one country or even to a single continent because modern businesses’ transactions are transnational and involve several jurisdictions. However, there is some geographical concentration of human rights violations and common patterns. According to the Special Representative’s report, the human rights violations

took place in sixteen countries from the four regions with the biggest concentration of developing countries: Africa, Asia - Pacific, and Latin America.<sup>17</sup> Nevertheless, there were also reported violations in North America and Europe but in smaller proportions.<sup>18</sup> An additional geographical aspect of the problem is that the majority of TNCs have been incorporated in developed countries.

This led us to another issue which is the unmatched challenge of regulating businesses’ negative impact on human rights. Traditionally, business entities as creatures of national law were regulated by states that are internationally responsible for protecting every person within their territories or jurisdiction from third persons, including business entities, who would violate the rights of nationals or non-nationals within their territory or jurisdiction.<sup>19</sup> Nevertheless, the globalization phenomenon, the increase of power of business entities, in particular of transnational corporations, and the problem of states with low governance (especially when due to armed conflicts) have rendered traditional approaches to corporate responsibility ineffective and inadequate. Legal systems remain largely national while many large corporations are multinational. As a consequence, “multinational corporations have long outgrown legal structures than govern them, reaching a level of transnationality and economic power that exceeds domestic law’s ability to impose basic human rights norms”.<sup>20</sup> When the problem of businesses’ negative impact on human rights became a transnational problem, national norms were found insufficient.

The problem consists of a lack of regulation, a “governance gap”,<sup>21</sup> between the national norms regulating

<sup>12</sup> United Nations Environment Finance Initiative (UNEPFI), “Banks and Human Rights: A Legal Analysis” <http://www.unepfi.org/publications/social-issues-publications/banks-and-human-rights-a-legal-analysis-2/> (last visited July 29, 2019).

<sup>13</sup> Banktrack, Banks and human rights, [https://www.banktrack.org/campaign/banks\\_and\\_human\\_rights](https://www.banktrack.org/campaign/banks_and_human_rights) (last visited July 29, 2019).

<sup>14</sup> See, *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013) (No. 10-1491).

<sup>15</sup> Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporation and Other Business Enterprises, Corporations and Human Rights: *A Survey of The Scope and Patterns of Alleged Corporate-Related Human Rights Abuse* UN. Doc. A/HRC/8/5/Add.2, 2008 (By John Ruggie) [hereinafter Ruggie Report Add.2 2008] p. 23.

<sup>16</sup> For a complete discussion of the main findings of the updated report: Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporation and Other Business Enterprises, Corporations and Human Rights: *A Survey of The Scope and Patterns of Alleged Corporate-Related Human Rights Abuse* UN. Doc. A/HRC/8/5/Add.2, 2008 (By John Ruggie) [hereinafter Ruggie Report Add.2 2008] p. 22-25.

<sup>17</sup> Ruggie Report “A Survey of The Scope” Add.2 2008 par. 40.

<sup>18</sup> According to Ruggie, in this matter the report “cannot be taken as a conclusive evidence that there are fewer cases of cooperate-related human rights abuse in Europe and Norte America than elsewhere. What it does indicate is that there are far more cases in the Asia- Pacific region, Africa, and Latin America than are not being dealt with effectively through exiting forums, or that such forums don’t exist there in the first place”. Ruggie report Report “A Survey of The Scope” Add.2 2008.

<sup>19</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, adopted Dec. 19, 1966, S. EXEC. Doc. E, 95-2, at 23 (1978), 999 U.N.T.S. 171 [hereinafter ICCPR] art. 2; UN Human Rights Committee (HRC), General comment no. 31, *The Nature of The General Legal Obligation Imposed on States Parties to The Covenant*, par. 10 UN. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.1, 2004.

<sup>20</sup> Stephens Beth, “The Amoral of Profit: Transnational Corporations and Human Rights”, *Berkeley J. Int’l L.* 2002, 20, pp.54-60.

<sup>21</sup> Ruggie Report “A Survey of The Scope” Add.2 2008.

corporate behavior of the home and host country and the inadequacy of international law – tailored traditionally to states – to regulate business entities. Home states norms are limited by rules of jurisdiction and other states' sovereignty, so they cannot be enforced by any entity outside the territorial jurisdiction of the country where the business has been incorporated.<sup>22</sup> Moreover, the host country sometimes lacks 1) adequate norms for regulating transnational business entities; 2) the political will to do so due to benefits governments receive from business entities' negative impacts on human rights; or 3) a sufficient degree of governance due to institutions that are incapable of enforcing existing human rights norms.<sup>23</sup>

National norms, like any other norms, are only as strong as their enforcement capacity. In many countries, even if these standards exist, the state's unwillingness or inability to enforce them leaves a serious legal gap for TNCs that perform activities in those countries. For instance, in Unilever experience, in some States, the legal minimum wage is even lower than the poverty minimum.<sup>24</sup> This situation places business entities in a difficult position even when goodwill is present.

In addition, corporations have learned to evade state power and the constraints of regulations by moving their operations around the world according to criteria of economic efficiency while state regulatory schemes are preeminently domestic and based on national laws and administrative bodies.<sup>25</sup> Similarly, corporate structure, the complex relationship between parents and subsidiaries, and the impossibility of piercing the corporate veil are used as a means of avoiding legal liability. Many cases against corporations in domestic tribunals have been dismissed on these grounds.<sup>26</sup>

Moreover, developing countries have been concerned to integrate their economies into the global economy in a manner that ensures the inflows of new investment capital under the idea that this means development. Consequently, in the race for economic growth, states usually agree to low standards of behavior for multinational corporations since they are the main channels of direct foreign investment.<sup>27</sup>

On the other hand, economic power carries political influence. Corporations play an important role in negotiations over issues related to international trade, patent protection, natural resources regulations, and international and national economic policy. The reality is that governments are coalitions that represent a variety of interests, and corporations are able to use their bargaining skills and economic power to influence national and international politics through lobbying or other means.<sup>28</sup> In the face of the unequal economic and political power between some states and corporations and the insufficiency of domestic legal systems, it seems that international law is the body of law suited for the task. However, even if that is true, we should not be too ready to leave the conversation about domestic law as a means of addressing the corporate human rights problem if we consider the possibility of the extraterritorial effects of domestic norms.

According to the Special Representative John Ruggie, states have adopted two legal ways to regulate issues beyond their territory: domestic measures with extraterritorial implications and the exercise of direct extraterritorial jurisdiction over private actors or activi-

<sup>22</sup> Farah Youseph, "Toward a Multi-Directional Approach to Corporate Accountability", in *Accountability in the Context of Transitional Justice Corporate*, Routledge, 2014. pp. 32-42.

<sup>23</sup> This last is usually the case in conflict zones or post-conflict zones where the risk for new conflicts is high and the institutions are very weak.

<sup>24</sup> Oxfam, "Labour Rights in Unilever's Supply Chain: From Compliance towards Good Practice", 2013 [https://www.unilever.com/Images/rr-unilever-supply-chain-labour-rights-vietnam-310113-en-tcm244-409769\\_en.pdf](https://www.unilever.com/Images/rr-unilever-supply-chain-labour-rights-vietnam-310113-en-tcm244-409769_en.pdf) (last visited July 29, 2019).

<sup>25</sup> Stephens "The Amoralism of Profit", p. 59.

<sup>26</sup> Recently, the UK High Court dismissed a case against Shell by two poor communities in the Niger Delta. The case was dismissed on the grounds of the separation between the parent corporation and the subsidiary. Joe Westby, "An elusive justice—holding parent companies accountable for human rights abuse", open Democracy, 2017, <https://www.opendemocracy.net/openglobalrights/>

[joe-westby/elusive-justice-holding-parent-companies-accountable-for-human-rights-ab](http://joe-westby/elusive-justice-holding-parent-companies-accountable-for-human-rights-ab) (last visited July 29, 2019; Jennifer Zerk, "Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses: Towards a Fairer and More Effective System of Domestic Law Remedies", 2014, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>; Gwynne Skinner, Robert McCorquodale and Oliver De Schutter, "The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business", 2013, <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/58657dfa6a4963597fed598b/1483046398204/The-Third-Pillar-FINAL1.pdf>; Office of the High Commissioner for Human Rights, *Initiative on Enhancing Accountability and Access to Remedy in Cases of Business Involvement in Human Rights Abuses*, 2015 <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/OHCHRstudyondomesticlawremedies.aspx>.

<sup>27</sup> Olivier De Schutter, *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment Agreements*. London: Routledge, 2013.

<sup>28</sup> Stephens "The Amoralism of Profit", p. 58.

ties abroad.<sup>29</sup> Although, the use of direct extraterritorial jurisdiction is often problematic because of the political and legal relevance of territorial sovereignty, state practice has shown that it is becoming more common and accepted to use direct extraterritorial jurisdiction to regulate “criminal activity such as terrorism, money laundering, corruption, grave human rights breaches, and “sex tourism”<sup>30</sup>.

### 3 International legal initiatives on businesses' responsibility for human rights

Different actors and groups have attempted in diverse ways to reduce the “governance gap”<sup>31</sup> and to meet the challenge that business entities present for human rights. Some business sectors have attempted to self-regulate; human rights activists and civil society have brought transnational business entities to civil and criminal courts; international organizations have produced

several guidelines regarding business and human rights, and some states have even tried implementing new norms to regulate their business entities abroad. The result of all these efforts is a multidirectional approach to corporate human rights responsibility through at least five principal avenues: corporate codes of conducts based on self-regulation (or Multi - Stakeholders Initiatives),<sup>32</sup> soft-law initiatives issued by international organizations,<sup>33</sup> extraterritorial regulations,<sup>34</sup> transnational litigation, and contractualization of human rights.<sup>35</sup> Furthermore, there are ongoing debates about the creation of a treaty to regulate business entities' impacts on human rights, but this is still in its earliest phases.<sup>36</sup> None of these initiatives are perfect or complete individually, but together they create a complex matrix that attempts to regulate business entities.

Yet the more initiatives for regulating corporate impact on human rights proliferate and create different standards, the more disarticulated those initiatives become. Most are based on voluntary implementation and weak enforcement mechanisms. And even when legal avenues of enforcement such as contract law, investment law, and civil and criminal litigation are used, these avenues often obtain inadequate reparations for human rights victims, since they were originally designed to protect legal goods different from those protected by human rights law.

<sup>29</sup> UN Guiding Principles p. 7. According to Jennifer Zerk: “Extraterritoriality is not a binary matter: it comprises a range of measures. Indeed, one can imagine a matrix, with two rows and three columns. Its rows would be domestic measures with extraterritorial implications; and direct extraterritorial jurisdiction over actors or activities abroad. Its columns would be public policies for companies (such as CSR and public procurement policies, export credit agency criteria, or consular support); regulation (through corporate law, for instance); and enforcement actions (adjudicating alleged breaches and enforcing judicial and executive decisions). Their combination yields six types of ‘extraterritorial’ form, each in turn offering a range of options.” Jennifer A Zerk, “Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for The Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas”, 2010, pp. 16-18, [https://www.hks.harvard.edu/content/download/67817/1244078/version/1/file/workingpaper\\_59\\_zerk.pdf](https://www.hks.harvard.edu/content/download/67817/1244078/version/1/file/workingpaper_59_zerk.pdf); Surya Deva. “Corporate Code of Conduct Bill 2000: Overcoming Hurdles in Enforcing Human Rights Obligations against Overseas Corporate Hands of Local Corporations International Law and Human Rights.” *Newcastle Law Review* 2004, 8 pp. 87-116.

<sup>30</sup> Zerk, “Extraterritorial Jurisdiction”, p. 5.

<sup>31</sup> “The root cause of the business and human rights predicament today lies in the governance gaps created by globalization - between the scope and impact of economic forces and actors, and the capacity of societies to manage their adverse consequences. These governance gaps provide the permissive environment for wrongful acts by companies of all kinds without adequate sanctioning or reparation. How to narrow and ultimately bridge the gaps in relation to human rights is our fundamental challenge.” Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporation and Other Business Enterprises, Corporations and Human Rights: *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights* par. 3 UN. Doc. A/HRC/8/5, 2008 (By John Ruggie) [Hereinafter Ruggie Report 2008].

<sup>32</sup> Murphy Sean D, “Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level Essays in Honor of Oscar Schachter”, *Colum. J. Transnat'l L.*, 2004, 43, p. 391.

<sup>33</sup> Uche Ewelukwa Ofodile, Sarah Altschuller, Anna Dolize, Michael Fessler, “Corporate Social Responsibility”, *Int'l Law.*, 2012, 46, p. 181; Josep Lozano, and Maria Prandi. “Corporate Social Responsibility and Human Rights” In *Corporate Social Responsibility: The Corporate Governance Of The 21st Century*, Kluwer Law International, 2011. The most relevant initiatives developed by international organizations are the United Nations Global Compact (UN Global Compact), the European Union Green Paper on Corporate Social Responsibility (Green Paper), the OECD “Guidelines for Multinational Enterprises” (OECD Guidelines), and the International Finance Corporation Sustainability Framework (IFC).

<sup>34</sup> Zerk, “Extraterritorial Jurisdiction”, p. 16.

<sup>35</sup> Farah, “Toward a Multi-Directional Approach”, p. 40.

<sup>36</sup> Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Norms on the responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, UN ESCOR, 55th sess, 2 2nd mtg, Agenda Item 4, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 [hereinafter UN Sub-Commission Norms] Office of the U.N. High Commissioner for Human Rights, *Reports and other documents of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/Reports.aspx> (last visited Aug 22, 2017).; Olivier De Schutter, “Towards a New Treaty on Business and Human Rights”, *Business and Human Rights Journal*, 2016, 1, pp. 41-67.

The international community has made several attempts to regulate the conduct of transnational corporations, not only regarding human rights but corporations' ethical behavior and their impact on society more generally. In 1976, the OECD published the Guidelines for Multinational Enterprises,<sup>37</sup> and later in 1977 the ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy.<sup>38</sup> In 2003, the UN Sub commission on Human Rights proposed the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights.<sup>39</sup> This initiative imposed legal obligations on transnational corporations<sup>40</sup> and states, which included periodical reports, implementation of domestic and internal measures, and accountability for human rights violations. However, this proposal was archived due to a lack of international consent. The failure of these initiatives has been attributed to the international community's reluctance to create binding norms directed exclusively for the regulation of corporations, states' concern about the excessive intervention of international law in their domestic affairs, and the concerns raised by the possible negative effects of this regulation on the competitiveness of their corporations.<sup>41</sup>

### 3.1 United Nation Guiding Principles (UNGPs)

In an attempt to coordinate the business and human rights movement, in 2005, the UN Human Rights

Commission established a mandate for a Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises (Special Representative) with the purpose of “identify[ing] and clarify[ing] existing standards and practices” regarding business and human rights.<sup>42</sup> Professor John Ruggie was appointed the Special Representative by the former Secretary General of the United Nation, and in 2007 the Human Rights Council (before the Human Rights Commission) renewed his mandate for an additional year. After this time, one of the main observations of the Special Representative was that there were a number of public and private initiatives regarding business and human rights, but none of the initiatives “had reached sufficient scale to truly move markets; they existed as separate fragments that did not add up to a coherent or complementary system.”<sup>43</sup>

Therefore, in 2008 the Special Representative asked the Council to adopt the “Protect, Respect, and Remedy” framework<sup>44</sup> that he developed as a common ground for all BHR initiatives. The framework establishes a duty of states to protect human rights, a corporate responsibility to respect human rights, and a need to provide effective remedies for victims of human rights abuses by corporations. The Council adopted the framework in Resolution 8/7, extended the Special Representative's mandate until June 2011, and asked him to advance a set of guiding principles that could become the common ground for the business and human rights initiatives.<sup>45</sup>

Consequently, the Special Representative led a multi stakeholder process with the participation of business, academics, governments, human rights organizations, and other international organizations that culminated with the proposal of thirty-one principles that should guide states and corporations with respect to their responsibilities and duties regarding human rights. The United Nation Guiding Principles on Business and Hu-

<sup>37</sup> The OECD guidelines are “Recommendations addressed by governments to multinational enterprises operating in or from adhering countries. They provide non-binding principles and standards for responsible business conduct in a global context consistent with applicable laws and internationally recognized standards” Organization for Economic Co-operation and Development, Guidelines for Multinational Enterprises, <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/> (last visited July 29, 2019).

<sup>38</sup> Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy (MNE Declaration) - 4th Edition, 2017, [http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS\\_094386/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang-en/index.htm) (last visited July 29, 2019).

<sup>39</sup> UN Sub-Commission Norms.

<sup>40</sup> UN Sub-Commission Norms p. 10 “Transnational corporations and other business enterprises shall recognize and respect applicable norms of international law, national laws and regulations, as well as administrative practices, the rule of law, the public interest, development objectives, social, economic and cultural policies including transparency, accountability and prohibition of corruption, and authority of the countries in which the enterprises operate”.

<sup>41</sup> Pini Pavel Miretski & Sascha-Dominik Bachmann, “The UN Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights: A Requiem”, *Deakin L. Rev.*, 2012, 17, p. 5–42.

<sup>42</sup> UN Guiding Principles. [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

<sup>43</sup> UN Guiding Principles. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

<sup>44</sup> UN Guiding Principles. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

<sup>45</sup> UN Guiding Principles. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

man Rights (UNGPs) were endorsed by the UN Human Rights Council on June 2011,<sup>46</sup> and since then, became the main focal point of the business and human rights movement and the different BHR initiatives.<sup>47</sup>

The UNGPs are the result of a “practical consensus” among many but not all the different stakeholders of the business and human rights world about the duty of corporations to respect human rights. The UNGPs form the focal point of the business and human rights initiatives and the guidance for further action, which may be compared to what the Universal Declaration on Human Rights represents for the entire human rights project.<sup>48</sup> A relevant section of human rights advocates and some developing countries have been dissatisfied with the “softness” of the UNGPs, but a second attempt of creating a binding treaty on business and human rights has taken its place.<sup>49</sup>

The thirty-one Guiding Principles are divided into three parts according to the pillars of the “protect, respect, and remedy” framework proposed by the Special Representative: (1) the state duty to protect human rights; (2) the corporate responsibility to respect human rights; and (3) access to effective remedy for victims.<sup>50</sup> Each pillar is composed of two kinds of principles: foundational and operational principles. The former explains the rationale of the responsibility, while the latter specifies the means of implementation.

### 3.1.1 State Duty to Protect

The first pillar is the state duty to *protect* human ri-

ghts of those that are in its territory and/or jurisdiction from third parties, including corporations. The first pillar does not create new international obligations since several international human rights instruments recognize the state’s duty to protect.<sup>51</sup> Accordingly, the language of the UNGPs has barred from deliberation any interpretation of the principles that attempts to expand existing international state obligations.<sup>52</sup> Nevertheless, it is incorrect to think that the principles of the first pillar only restate existing international law. Although the UNGPs help to clarify the state duty to protect with respect to third parties, they differ from existing international law because they establish an additional or higher duty to protect from corporations that have ties to the state.

The UNGPs clarify the scope of the duty to protect by identifying the ways to discharge those obligations through preventive measures (pillar III deals with remedies) such as enforcing existing laws; channeling new laws into particular corporate law norms, so they do not diminish the capacity of corporation to respect human rights;<sup>53</sup> formulating policies that incentivize or encourage businesses to respect human rights;<sup>54</sup> and ensuring coherence among different parts of the state (e.g. human rights office and foreign trade).<sup>55</sup> The UNGPs also

<sup>46</sup> The Guiding Principles have been endorsed by different international initiatives by NGOs and international organizations. The Working Group, created to develop the implementation of the Guiding Principles, have issued several reports on how the Guiding Principle have been embraced in Human Rights Council, Res. 17/4 Adopted by the Human Rights Council: *Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 17th sess., Agenda Item 3, U.N. Doc. A/HRC/RES/17/4, 2011.

<sup>47</sup> UN Guiding Principles. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

<sup>48</sup> Glendon, Mary Ann. *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. New York: Random House, 2003.

<sup>49</sup> Business & Human Rights Resource Centre, Binding Treaty, <https://business-humanrights.org/en/binding-treaty> (last visited July 29, 2019).

<sup>50</sup> UN Guiding Principles. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

<sup>51</sup> “These Guiding Principles are grounded in recognition of: (a) States’ existing obligations to respect, protect and fulfil human rights and fundamental freedoms” UN Guiding, principle 1; Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, opened for signature Mar. 7, 1966, art. 2, S. EXEC. DOC. C, 95-2, at 2 (1978), 660 U.N.T.S. 195 [hereinafter CERD], Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, adopted Dec. 18, 1979, art. 5, 1249 U.N.T.S. 13, 17 [hereinafter CEDAW]; and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted Dec. 10, 1984, art. 1, S. TREATY DOC. No. 100- 20, at 1 (1988), 1465 U.N.T.S. 85, 113-14 [hereinafter Torture Convention].

<sup>52</sup> Hence, the UNGPs is not saying that *all* states are responsible for protecting *all* the internationally recognized human rights of the persons present in their territory or under their jurisdiction from third parties. According to international law, only the states that have ratified human rights treaties or that are not permanent objectors of customary law that impose such obligation are internationally responsible for protecting the human rights recognized in those treaties from third parties abuses.

<sup>53</sup> UN Guiding Principles, principle 1. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

<sup>54</sup> UN Guiding Principles, principles. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

<sup>55</sup> UN Guiding Principles, principle 8. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

specify the situation in which states usually lose their capacity to meet their international obligations when they incorrectly regulate businesses that provide public services,<sup>56</sup> make contracts with them, or celebrate Bilateral Investment Treaties (BITs) which unable states to pursue further action to meet their international obligations.<sup>57</sup>

None of this is new, but it is a clarification of the state duty to protect. However, the operational principles of the second pillar establish that states have special duties of regulation in regard to businesses in accordance with their *closeness* to the state and the nature of their activity.<sup>58</sup> Closeness to the state here is not a justification for corporate responsibility, but a secondary rule that determines a situation in which states' responsibilities increase. In other words, although the states are already responsible for protecting human rights from third parties under existing IHRL, the operational principles allocate a higher responsibility to the state in relation to corporations that have a nexus with the state such as those owned by, controlled by, or that receive support from the state, as well as those that have celebrated contracts with the state or that provide public services by state concession.<sup>59</sup> Thus, there is a gap between existing international law and the UNGPs. Such a gap can be seen as a form of advancing the creation of new international norms, whether by a later treaty or by creating customary international law. This is precisely one of the roles of international soft law: to reach consensus in areas where there was no previous agreement and to start the ongoing process of voluntary commitments that could later be transformed into legal ones.

### 3.1.2 Corporate Responsibility to Respect

The second pillar specifies the corporate responsibility to respect human rights. In contrast with the first pillar, it is debatable if the second pillar gathers existing

international norms because there are no international norms (hard law) *directed* towards corporations, whether in treaties or customary international law. Therefore, it could be argued that the corporate responsibility to respect does not have the same legal status as the norms recognized in the first and third pillars. In fact, Ruggie did not claim legal authority for pillar two; rather he said it was based on social expectations of business and the social license to operate.<sup>60</sup> (See Figure 1)

However, different scholars have argued that although existing international law is not directed towards corporations because traditionally only states are subjects of international law, existing international law places obligations on corporations but does not contemplate a form of implementation or international accountability for those obligations.<sup>61</sup> Moreover, the general duty to respect expressed as a form of limitation to individual rights in the major international human rights instruments applies to every agent in society.<sup>62</sup> There is no reason to sustain that such an obligation does not apply to businesses, in at least a high level of generality that would need further development to be enforced – especially because it is expressed through international law that rises problems of legal personality, among others.

The UNGPs are the first international document in which the corporate responsibility to respect human rights (as an independent duty) has been expressly set forth. According to the Report of the Special Representative, “the corporate responsibility to respect human rights means avoiding the infringement of the rights of others and addressing adverse impacts that may occur”.<sup>63</sup> It has three main features. First, it is independent from the state capacity to regulate or enforce that responsibility; second, it involves all the potential human rights impacts produced by the business activi-

<sup>60</sup> Ruggie Report, “A Survey of The Scope”, Add. 2 2008 par. 55.

<sup>61</sup> Steven R. Ratner, “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility.” *Yale Law Journal*, 2001, 111, pp. 443–546; Bernaz, Nadia. *Business and Human Rights: History, Law and Policy-Bridging the Accountability Gap*. New York, N.Y: Routledge, 2016.

<sup>62</sup> Louis Henkin, *The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets Symposium: The Universal Declaration of Human Rights at 50 and the Challenge of Global Markets—Keynote Address*, 25 *Brook. J. Int'l L.* pp. 17–26, 1999.

<sup>63</sup> Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporation and Other Business Enterprises, *Human Rights and Corporate Law: Trends and Observations from a Cross-National Study conducted by the Special Representative UN. Doc. A/HRC/14/27/Add.2*, 2010 (by John Ruggie) [hereinafter Ruggie Report Add. 2 2010].

<sup>56</sup> UN Guiding Principles, principle 5. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019)

<sup>57</sup> UN Guiding Principles, principle 9. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019)

<sup>58</sup> UN Guiding Principles, principle 4. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019)

<sup>59</sup> UN Guiding Principles, principle 4,5. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019)

ties or through its relations with other actors (supply chains), which means that it covers direct and indirect participation in human rights abuses; and third, its minimum standards are the already existing human rights recognized in the International Bill of Rights (UDHR, ICCPR, ICESCR) and ILO conventions.<sup>64</sup>

The formula of responsibility of corporations adopted in the UNGPs is that corporations have to respect (do not harm) all internationally recognized human rights (as a minimum those recognized in the international bill of human rights and ILO conventions),<sup>65</sup> but the corporate responsibility to respect is specified through the exercise of the due diligence developed by the same corporation.<sup>66</sup> In other words, there is a general principle of responsibility that applies to all corporations regardless of size, activity, or location<sup>67</sup> and with respect to all human rights, but the specification of the responsibility depends on the process of due diligence. Therefore, the due diligence process becomes the central element of corporate responsibility.

The *scope* of the corporate responsibility has been defined as a duty to *respect* in contrast with terms of the much wider, previous language used in the UN Sub-Commission Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations according to which corporations “have the obligation to promote, secure the fulfillment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international as well as national law”.<sup>68</sup> The language of respect is a way to define the minimum standard of corporate responsibility and comes from the language used in international human rights law treaties to specify states’ duties. For instance, Article 2.1 of the ICCPR says that state parties should respect human rights, as does Article 1 of the American Convention.

<sup>64</sup> Ruggie Report Add.2 2010, pp. 57-65. Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A, U.N. Doc. A/810, at 71 (1948) [hereinafter UDHR]. ICCPR. International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, adopted Dec. 16, 1966, art. 11, 993 U.N.T.S. 3, 7 [hereinafter ICESCR]

<sup>65</sup> UN Guiding Principles, commentary to principle 12. [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019)

<sup>66</sup> UN Guiding Principles, commentary to principle 17, 18. [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019)

<sup>67</sup> UN Guiding Principles, commentary to principle 14. [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019)

<sup>68</sup> UN Sub-Commission Norms, A.1

Some scholars have argued that corporations are also bound by the tripartite obligations of respect, protect, and fulfill, which mirrors the international responsibility of the state.<sup>69</sup> However, the UNGPs took a different path and narrowed the scope of corporate responsibility to respect, while keeping the tripartite typology of obligation for states.<sup>70</sup>

The obligation to respect, under the tripartite typology, has been identified as a negative obligation that requires abstention, non-interference, non-violation or non-infringement of another’s human rights. In the words of Asbjorn Edie, “the obligation to respect requires the state, and thereby all its organs and agents, to abstain from doing anything that violates the integrity of the individual or infringes on her or his freedom, including the freedom to use the material resources available... to satisfy its basic need.”<sup>71</sup> Similarly, the Inter-American Court on Human Rights in *Velasquez Rodriguez* defined the obligation to respect found in Article 1 of the American Convention as a negative obligation that is translated into a limitation or restriction to state power,<sup>72</sup> which is complemented by the positive obligations that arise from the obligation to “ensure” included in Article 1.1.

Respect in the UNGPs means, at a minimum “do not harm”. Thus, it would imply that it is mainly a responsibility of abstention or non-interference. However, the UNGPs also imposes a positive duty of due diligence on companies to undertake reasonable efforts to foresee and avoid or mitigate and to remedy human rights violations. Accordingly, the language in the UNGPs is open to a broader interpretation that might imply to international human rights law under the classical tripartite typology because it places positive requirements of actions on corporations. For instance, the corporate responsibility to respect includes the obligation of corporations to develop and implement corporate policies and nationwide human rights risk assessment and to

<sup>69</sup> Jernej Letnar Čeranič, “Human Rights Law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights”; Nicola M. Jägers, in *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability*, p. 76, 2002.

<sup>70</sup> UN Guiding Principles, principle 1. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019)

<sup>71</sup> Asbjorn Eide, *Realization of Social and Economic Rights* 4/24/17 3:22:00 PM: *The Minimum Threshold Approach*, 43 I.C.J. Rev. pp. 40–52, 1989.

<sup>72</sup> *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Judgment of the Inter-Am. CT. H.R. (ser. C) No. 4, 1988

monitor production through the entire supply chain.<sup>73</sup> In addition, as part of the responsibility to respect the UNGPs derive from an obligation to address adverse human rights impacts and offer remedy for violations, which evidently are obligations that require more than abstention.<sup>74</sup> In this sense, as Ruggie himself said in 2008, doing no harm is not merely a passive responsibility.<sup>75</sup> In fact, the primary means of discharging the responsibility to respect is by conducting a due diligence process, which is explained below to imply several proactive measures by the corporation.<sup>76</sup>

Ultimately, the duty to respect is the minimum standard of corporate responsibility, which means that in some circumstances, corporations might have additional obligations to protect human rights such as keeping workers safe in areas affected by conflict or safe from violence in the workplace.<sup>77</sup> Although these circumstances are exceptional, in such cases the corporate responsibility scope extends to an obligation to protect, which, however, makes the distinction between respect and protect unclear.

The UNGPs specify the corporate responsibility to respect according to the relationship of the business institution with the activity in two categories: 1) businesses' *own* activities, and 2) activities *directly linked* with their operations, products, or services, which include all supply chain relationships. According to the UNGPs, the duty to respect requires of corporations five types of actions (positive or negative) divided according to the kind of business relationship with the activity explained above. These actions are to “avoid causing”, “avoid contributing”, “address adverse impacts”, “seek to prevent”, and “seek to mitigate”.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> Justine Nolan & L Taylor, “Corporate Responsibility for Economic, Social and Cultural Rights: Rights in Search of a Remedy?”, in *Journal of Business Ethics* pp. 433–451, 2009.

<sup>74</sup> UN Guiding Principles, principle 13. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019)

<sup>75</sup> Ruggie Report; Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporation and Other Business Enterprises, *Business and human rights: Towards operationalizing the “protect, respect and remedy”* UN. Doc A/HRC/11/13, 2009 [hereinafter Ruggie Report 2009] The 2009 report specified other positive aspects of corporate responsibility to respect rights.

<sup>76</sup> Ruggie Report 2008 par. 56.

<sup>77</sup> Ruggie Report 2009 par. 63–64.

<sup>78</sup> UN Guiding Principles, principle 13. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

Regarding the corporate responsibility when businesses act through their *own activities*, the duty to respect requires that the corporation 1) “avoid causing or contributing to adverse human rights impacts”.<sup>79</sup> Thus, according to the Guiding Principle 13.a, there are two forms of corporate responsibility when businesses act through their own activities. The first is through direct action, which is, being the cause of an adverse human rights impact. The second is indirect, through any form of contribution to an adverse human rights impact committed by a third party. Both of the obligations are obligations to “avoid” which at first glance would indicate a negative obligation or a requirement not to do something. However, as will be explained below, the means of discharging the obligation to avoid requires positive actions mainly through the due diligence process.

The second requirement of the duty to respect is to 2) “seek to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their [the corporation’s] operations, products and services by their business relationships”.<sup>80</sup> This second specification of the duty to respect is a much wider rule of responsibility attribution than the first because it includes all business relationships through the supply chain, and the concrete requirement of action is even vaguer than the requirement to avoid. The requirement to “seek” might indicate that it is a matter of means and not of results. In addition, it is a requirement to “prevent” future adverse human rights impacts and to “mitigate” past adverse human rights. The action of prevention and mitigation is much more than mere avoidance; it is a requirement to do something that could include corporate policies, social programs, and internal mechanisms to provide remedies for victims. In sum, the scope of the responsibility to respect is actually to avoid, address, prevent and mitigate adverse human rights impacts depending on the relationship of the business institutions with the activity (See Figure 2).

The rule of attribution under this first requirement of the duty to respect implies an action on the part of the corporation: causation or contribution. This is diffe-

<sup>79</sup> UN Guiding Principles, principle 13. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

<sup>80</sup> UN Guiding Principles, principle 13. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

rent from the second requirement according to which there might be a violation of the duty to respect without cause or contribution to the harm because omission of prevention or lack of due diligence sufficiently triggers the responsibility. In other words, the direct link to the third party which is a product of a lack of due diligence might be enough to violate the duty to respect. Ruggie has clarified that the word “direct” is intended to narrow the possible business relationships that can trigger corporations’ responsibilities.<sup>81</sup> Also, he clarified that there must not be “mutual commercial benefit” in order for a business relationship be considered a direct linkage.<sup>82</sup>

The remaining problem and most interesting question is: what can be considered the “own activities” of a corporation. Does it mean that it has to be part of its corporate objectives, or does it refer to any kind of activity related to its normal operations? Is securing its assets or part of its own activity? Thus, must adverse human rights impacts, for which corporations are responsible, be part of the process of production, distribution, and selling of its products or services? What would happen to, for instance, banks or financial institutions whose operations or services are limited but whose indirect impact is wide? If a corporation dedicated to food production were to contract guerilla members to protect its assets and in doing so were to cause negative impacts on the community where it does businesses, would it have a direct responsibility even if that contract was not related to its business activity? Might it mean activities carried out or authorized by agents of the corporation? Or is “activity” another way of refer-

ring to actions or decisions while doing businesses, such that there is no limitation of responsibility in accordance with the kind of activities the corporation “owns”?<sup>83</sup> (Figure 1)

### 3.1.3 Effective Remedies

The third pillar of the UNGPs is access to an effective remedy for victims of corporate abuses. This pillar allocates obligations to both states and corporations. The pillar distinguishes between state-based and non-state-based remedial mechanisms, and within state mechanisms, it distinguishes between judicial and non-judicial mechanisms. The relevance of this pillar is that it matches state and corporate responsibility with the right of victims to an effective remedy, and it provides effectiveness criteria to evaluate the plurality of non-judicial remedial mechanisms.<sup>84</sup>

Through the inclusion of this pillar, the UNGPs overcame the debate of voluntarism that has characterized the BHR movement since the 1990s adding legal consequences for corporate noncompliance to the language of responsibility (which is already a way to clarify that respect to human rights law is not a matter of illuminated self-interest or goodwill). The pillar is understood as an extension of the state’s duty to protect from third parties, which is based on existing international law and thus has important legal weight.

There are four mechanisms to implement the UNGPs. Firstly, these principles, especially the responsibility to respect, could be implemented as a matter of corporate governance on the basis of self-regulation and voluntary corporate compliance. Alternatively, they could be implemented through the incorporation of the UNGPs’ substantive standards into other international initiatives as has occurred with the OECD Guidelines or the ISO norms. Secondly, as with all international law systems that have been created, the state is expected to implement these norms through domestic law, in particular through “national action plans”. Third, another path of implementation of the corporate responsibility to respect human rights is through the incorporation of this duty into the jurisprudence of

<sup>81</sup> “In drafting the GPs, I sought to protect against overly broad interpretations: at the extreme, “the CEO is friendly with the Minister thus the Company is connected to everything abusive the government does. Putting the word “directly” before “linked” was intended to stress than any abuse must be linked to the company’s operation, products, or services, not merely to the fact of a relationship itself.” John Ruggie, OECD Workshop Ruggie Letter, 2015, [https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/OECD%20Workshop%20Ruggie%20letter%20-%20Mar%202017\\_0.pdf](https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/OECD%20Workshop%20Ruggie%20letter%20-%20Mar%202017_0.pdf). (last visited April 12, 2019).

<sup>82</sup> “In drafting the GPs, I sought to protect against overly broad interpretations: at the extreme, “the CEO is friendly with the Minister thus the Company is connected to everything abusive the government does. Putting the word “directly” before “linked” was intended to stress than any abuse must be linked to the company’s operation, products, or services, not merely to the fact of a relationship itself.” John Ruggie, OECD Workshop Ruggie Letter, 2015, [https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/OECD%20Workshop%20Ruggie%20letter%20-%20Mar%202017\\_0.pdf](https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/OECD%20Workshop%20Ruggie%20letter%20-%20Mar%202017_0.pdf). (last visited April 12, 2019).

<sup>83</sup> This seems to be a question about the even deeper or more detailed specification of the responsibility depending on the activity of the business. The principle of responsibility is “property”, owned directly, different from the principle “the activity for it was created” or social reason.

<sup>84</sup> UN Guiding Principles. Principle 13. See: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf) (Las visited 01 August. 2019).

other regional human rights tribunals, such as the Inter-American Court on Human Rights. Fourth, the last path of implementation is the development of new international law based on the UNGPs standards through the creation of a treaty or customary international law.

### 3.2 National Action Plans (NAPs)

In 2014, the UN Human Rights Council issued two resolutions to propose different possible ways to implement the UNGPs: National Action Plans (NAPs) and a legal binding treaty.<sup>85</sup> The NAPs “are government-drafted policy documents that articulate state priorities and indicate future actions to support the implementation of legal obligations or policy commitments on a given topic”,<sup>86</sup> which were previously employed in other policy areas including general human rights implementation. After five years of the UNGP endorsement, the NAPs are its most relevant impact as a soft law instrument. Several countries have launched NAPs and several others have initiated the process of consultation and development of their plans. In 2018, a total of thirteen countries have developed NAPs. The first NAP was developed by the UK, the next by the Netherlands in 2013, followed by Denmark, Finland, Lithuania, Sweden, and Norway over the next two years. In 2016, Switzerland, Italy, the USA, and Germany launched their respective NAPs.<sup>87</sup> Colombia was the first Latin-American country that has launched a NAP in 2016.<sup>88</sup>In addition, civil so-

ciety groups,<sup>89</sup>the Working Group,<sup>90</sup>and the UN Global Compact<sup>91</sup>have published draft guidelines for developing NAPs.

The problem of current NAPs is that most of them are largely “declaratory of existing measures and commitments, with few hard promises to take new action.”<sup>92</sup> This is due in part to the nature of NAPs which are only governance tools that help promote convergence between standards where there is no clarity of the legal obligation; they also bring domestic laws, policies, and practices into alignment with international norms (even if they are soft law).<sup>93</sup> In other words, NAP formation is a way of setting goals, promoting dynamic cooperation between different local stakeholders, and working toward stronger commitments, but it does not impose legal obligations on corporations. Because of this, some have argued that NAPs are a waste of resources that could be better invested in advocacy for other forms of implementation such as naming and shaming, reporting, or mandatory due diligence.<sup>94</sup>

On the other hand, some NAPs are a reaffirmation of the corporate duty to respect, which is not only a step forward in the implementation of that duty through domestic law but also a way to demonstrate state practice that could later develop customary international law.<sup>95</sup> In addition, NAPs have been strategically

<sup>85</sup> Human Rights Council, *Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, A/HRC/RES/26/22, 2014 <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/Resolutions-Decisions.aspx>.

<sup>86</sup> Claire Methven O'Brien., *National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool*, 1 Bus. and hum. rights j. Business and Human Rights Journal pp. 117-118, 2016.

<sup>87</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights, *State national action plans*, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx> (last visited July 29, 2019) There are current NAPs processes taking place/being formed in France, Ireland, Belgium, Portugal, Poland, Scotland and Slovenia. Non-European countries that are working on NAPs include Argentina, Australia Azerbaijan, Chile, Guatemala, Greece, Japan, Jordan, Kenya, Malaysia, Mauritius, Mexico, Mozambique, Myanmar, and Thailand.

<sup>88</sup> Consejería de Derechos Humanos, *Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas*, [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA\\_Colombia\\_9dic.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf) (last visited July 29, 2019).

<sup>89</sup> International Corporate Accountability Roundtable & Danish Institute for Human Rights, “National Action Plans on Business and Human Rights: A Toolkit for the Development, Implementation, and Review of State Commitments to Business and Human Rights Frameworks”, 2014, <https://www.icar.ngo/publications/2017/1/4/national-action-plans-on-business-and-human-rights-a-toolkit-for-the-development-implementation-and-review-of-state-commitments-to-business-and-human-rights-frameworks> (last visited April 12, 2019) [Hereinafter ICAR & DIHR, National Action Plans on Business and Human Rights].

<sup>90</sup> Working Group on The Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, version 1.0, [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG\\_%20NAP-Guidance.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_%20NAP-Guidance.pdf) 2014.

<sup>91</sup> UN Global Compact, *Guidance for Global Compact Local Networks on National Action Plans on Business and Human Rights*, <https://www.unglobalcompact.org/library/5151> (last visited July 29, 2019).

<sup>92</sup> O'Brien, “National Action Plans”, p. 118.

<sup>93</sup> O'Brien, “National Action Plans”, p. 117-118.

<sup>94</sup> ICAR & DIHR, National Action Plans on Business and Human Rights; Robert McCorquodale, “Expecting business to respect human rights without incentives or Sanctions UK Human Rights Blog”, <https://ukhumanrightsblog.com/2013/09/04/expecting-business-to-respect-human-rights-without-incentives-or-sanctions-robert-mccorquodale/> 2014. (last visited July 29, 2019).

<sup>95</sup> Government of Sweden, “Action Plan for Business and Hu-

effective in encouraging the business sector's voluntary commitment to the UNGPs.<sup>96</sup>

Beyond NAPs, some examples of other domestic measures created to address negative human rights impacts are the UK Modern Slavery Act which requires every corporation with a total global annual turnover of £36million that performs business (or part of a business) in the UK to produce a slavery and human trafficking statement for each financial year.<sup>97</sup> Others include the Dodd-Frank Act that requires corporations to report on the sources of minerals used in their products that originated from the Democratic Republic of Congo or adjoining countries,<sup>98</sup> or the recent French law that establishes a duty of care obligation for parent and subcontracting companies.<sup>99</sup> These domestic measures are part of the interesting matrix of national and international development in the BHR field based on the UNGPs which also include guidelines, benchmarking, and joint action platforms.<sup>100</sup>

### 3.3 Treaty on BHR

In 2013 in response to the nonconformity of some governments and human rights communities to the “softness” of the UNGPs, Ecuador (with the support of 85 other countries) urged the UN Human Rights Council to consider developing a binding legal instrument on business and human rights.<sup>101</sup> The claimed

to desire a binding law more effective than voluntary mechanisms to overcome businesses' resistance to accountability, an issue commonly presented in the implementation of soft law mechanism such as the UNGPs. At the end of 2013, more than 600 civil society groups joined the call for a legally binding treaty.<sup>102</sup>

John Ruggie has been skeptical of an all-encompassing “silver bullet” treaty that could address all the problems related to negative corporate human rights impacts.<sup>103</sup> Some of his reasons for questioning the treaty path come from the observation that “human rights treaties are least effective in the case of those countries where they are needed most”<sup>104</sup> because those countries are unwilling or unable to enforce their international obligations, which is precisely the regulatory challenge as explained above. Thus, adding another international obligation on host states is either “redundant or irrelevant”.<sup>105</sup> In addition, he argues that any treaty capable of addressing all the national and international issues related with the business and human rights field would have to be at a very high level of abstraction with very little practical use to real people in real places.<sup>106</sup> Moreover, since the treaty would be so abstract, every state would approach enforcement in different ways producing “confusion and conflicting outcomes, not uniform practices.”<sup>107</sup> Ultimately, Ruggie is expressing

man Rights”, <http://www.government.se/contentassets/822dc47952124734b60daf1865e39343/action-plan-for-business-and-human-rights.pdf>. 2015.

<sup>96</sup> United States Council for International Business, Global Business Initiative on Human Rights & UN Global Compact et.al, “Statement on National Action Plans on Business and Human Rights”, Session at the UN Annual Forum on Business and Human Rights, <http://www.global-business-initiative.org/wp-content/uploads/2016/11/NAPs-Statement-Nov-2016.pdf>. 2016.

<sup>97</sup> “UK Modern Slavery Act”, <https://www.gov.uk/government/collections/modern-slavery-bill>, 2015.

<sup>98</sup> Business & Human Rights Resource Centre, “Implementation of US Dodd-Frank Act rule on conflict minerals: Commentaries, guidance, company actions”, <https://business-humanrights.org/en/conflict-peace/conflict-minerals/implementation-of-us-dodd-frank-act-rule-on-conflict-minerals-commentaries-guidance-company-actions> (last visited July 29, 2019).

<sup>99</sup> Lucia Ortiz, “France Adopts Corporate Duty of Care Law, Friends of the Earth International”, <http://www.foei.org/press/france-adopts-corporate-duty-care-law> (last visited July 29, 2019).

<sup>100</sup> World Business Council on Sustainable Development, “Business & Human Rights: From Principles to Action”, <http://www.wbcsd.org/Clusters/Social-Impact/Resources/Business-Human-Rights-From-Principles-to-Action>. 2016.

<sup>101</sup> Business & Human Rights Resource Centre, “Calls for a bind-

ing treaty on business & human rights – perspectives”, 2013 <https://business-humanrights.org/en/calls-for-a-binding-treaty-on-business-human-rights-perspectives> (last visited July 29, 2019).

<sup>102</sup> Cassel Douglass & Ramasastry Anita, *White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights*, 6 Notre Dame J. Int'l Comp. L. 1, p. 10, 2016.

<sup>103</sup> John Ruggie, “Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors”, Inst. for Hum. Rts. & Bus, 2014, <https://www.ihrb.org/other/treaty-on-business-human-rights/quo-vadis-unsolicited-advice-to-business-and-human-rights-treaty-sponsors> (last visited July 29, 2019); John Ruggie, “A Business and Human Rights Treaty? International legalisation As Precision Tools”, Inst. for Hum. Rts. & Bus, 2014, <https://www.ihrb.org/other/treaty-on-business-human-rights/a-business-and-human-rights-treaty-international-legalisation-as-precision> (last visited July 29, 2019).

<sup>104</sup> John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (2013) p. 61.

<sup>105</sup> John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (2013) p. 61.

<sup>106</sup> John Ruggie, “Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors”, Inst. for Hum. Rts. & Bus, 2014, <https://www.ihrb.org/other/treaty-on-business-human-rights/quo-vadis-unsolicited-advice-to-business-and-human-rights-treaty-sponsors> (last visited July 29, 2019).

<sup>107</sup> John Ruggie, “A Business and Human Rights Treaty? International legalisation As Precision Tools”, Inst. for Hum. Rts. & Bus, 2014, <https://www.ihrb.org/other/treaty-on-business-human->

concern about the possibility of states using the treaty negotiation as an excuse not to advance in the implementation of the UNGPs since all their efforts are invested in the treaty negotiation process. His concern arises from the fact that “most states that voted in favor of initiating treaty negotiations have done little if anything to implement and promote the UNGPs within their own countries, regions, or globally”,<sup>108</sup> while the countries opposing the treaty (see below) have done more in this matter, in particular, European countries.

Nevertheless, Ruggie is not at all against a treaty but only against the idea that the treaty is the one and ultimate solution to the corporate problem. He predicts that Ecuador’s proposal might end in one of two ways: either the negotiation takes too long (a decade or more), and ends like previous norms with no real effect, or “they manage to persuade enough developing countries to adopt such a treaty text, but which home countries of most TNCs do not ratify and, therefore, are not bound by”.<sup>109</sup> In order to avoid ending in one of these situations, he suggested that the treaty should not be limited to TNCs, should create an intergovernmental working group that could advance a treaty draft, include all sectors including business in the process, and not stop implementing the UNGP during the treaty negotiation process.<sup>110</sup>

In 2014, the UN Human Rights Council established an Intergovernmental Working Group to elaborate a treaty to regulate the activities of TNCs and other business enterprises. Twenty members of the Council supported the initiative, fourteen states opposed it, and thirteen abstained. The opposing states were mainly European states, the U.S., Japan, and the Republic of Korea.<sup>111</sup> The reasons that motivated the opposition were the unnecessary polarization that this could bring

to the field, the unsuitability of an overacting instrument to face the complexities of business activities, the limitation that the treaty would only bind state parties, the problem of corporate legal personality on international law, and that local businesses would be left outside the treaty according to the resolution.<sup>112</sup>

The spectrum of possibilities in the content of the treaty oscillates between minimal obligations such as public reporting and disclosure and provisions for legal liability that could find effective remedy through civil and/or criminal procedures in national courts or in an international tribunal.<sup>113</sup> Professors Doug Cassel and Anita Ramasastry classified the various treaty options into four categories: treaties mandating national action, treaties establishing international enforcement machinery, treaties that would mandate states to amend their laws to ensure consistency with their duty to protect human rights, and treaties tailored to particular business sectors or specific human rights violations.<sup>114</sup>

Although there are many different treaty options, there are some ideas that might help limit the number of options available. For instance, the range of rights covered by the treaty will increase or decrease based on the kind of duties imposed by the treaty and enforcement mechanisms. The harder or stronger the mechanisms, the fewer rights there are that can be reasonably covered by the treaty. Thus, if any treaty obligations are reporting, planning, or implementing could reasonably cover all the human rights recognized in the International Bill, but a treaty that imposes criminal sanctions to corporations would only be able to cover those rights protected through recognized international crimes.<sup>115</sup>

Furthermore, a treaty that would not contemplate “legally enforceable corporate accountability and access of victims to remedies”<sup>116</sup> will not achieve what the proponents of the treaty (Ecuador and South Africa) seek through this instrument. Therefore, a treaty that im-

rights/a-business-and-human-rights-treaty-international-legalisation-as-precision (last visited July 29, 2019).

<sup>108</sup> John Ruggie, “Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors”, *Inst. for Hum. Rts. & Bus.*, 2014, <https://www.ihrb.org/other/treaty-on-business-human-rights/quo-vadis-unsolicited-advice-to-business-and-human-rights-treaty-sponsors> (last visited July 29, 2019).

<sup>109</sup> John Ruggie, “Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors”, *Inst. for Hum. Rts. & Bus.*, 2014, <https://www.ihrb.org/other/treaty-on-business-human-rights/quo-vadis-unsolicited-advice-to-business-and-human-rights-treaty-sponsors> (last visited July 29, 2019).

<sup>110</sup> Cassel & Ramasastry, “White Paper”, p. 10.

<sup>111</sup> Human Rights Council *Res. 26/9*, U.N. Doc. A/HRC/RES/26/9, ¶ 1 (July 29, 2019).

<sup>112</sup> Statement by the Delegation of the U.S., Explanation of vote on the resolution of the Human Rights Council, *Res. A/HRC/26/L.22/Rev.1* available at: Proposed Working Group Would Undermine Efforts to Implement Guiding Principles on Business and Human Rights, US Mission Geneva, <https://geneva.usmission.gov/2014/06/26/proposed-working-group-would-undermine-efforts-to-implement-guiding-principles-on-business-and-human-rights/> (last visited Aug 24, 2017).

<sup>113</sup> Cassel & Ramasastry, “White Paper”, p. 18-19.

<sup>114</sup> Cassel & Ramasastry, “White Paper”, p. 119.

<sup>115</sup> Cassel & Ramasastry, “White Paper”, p. 42-43.

<sup>116</sup> Cassel & Ramasastry, “White Paper”, p. 25.

ses only non-binding individual petition systems, monitoring bodies, or mere reporting and disclosure obligations would not suffice for this purpose. However, the stronger the sanctions and enforcement mechanism, the harder will it be to find consensus among countries.

In addition, a solution to the problem of abstraction in a framework treaty pointed out by Ruggie might be a combination between a framework treaty and optional protocols tailored to a specific sector or human right or establishing particular enforcement mechanisms. This was the treaty model of the international legal regime on the ozone layer.<sup>117</sup>

Among the different treaty options, Ruggie argues that the most reasonable one would be a treaty that addresses *jus cogens* norms violations or those most serious human rights violations such as crimes against humanity, genocide, forced labor, torture, and extrajudicial killings.<sup>118</sup> This kind of treaty would have a wider level of agreement among international actors since there are good reasons for arguing that existing international law already allocates obligations on non-state actors to respect these “core” norms.<sup>119</sup> Nevertheless, he accepts that such a treaty would not include the broad spectrum of human rights violations in which business entities are involved. The same kind of objection can be applied to those treaties that would create direct liability for recognized international crimes either through national or international prosecution.<sup>120</sup> An alternative solution would be the model embraced by the New Protocol to the African Court of Justice and Human Rights<sup>121</sup> which

expands the list of crimes that corporations can commit and clarifies that legal persons can be directly prosecuted for those crimes.<sup>122</sup> The problem with this model is that it will not obtain the same kind of consensus that the first one could, nor will it even obtain the same legal support since there is still much disagreement about the type of crimes corporations can directly commit under international law.<sup>123</sup>

The most controversial treaty model would be one that directly allocates responsibility to corporations, by which states would accept that all TNCs under their jurisdiction are subjected to some defined obligations with respect to human rights and might be directly liable under such a treaty whether in domestic courts or a new international tribunal. It is controversial because it implies a silent revolution since corporations would be directly bound by international law and not only domestic law. Olivier De Schutter, argues that such a treaty could be conceived by analogy to the ICC statute, except this one would be tailored to serious human rights violations committed by corporations or in which corporations are complicit.<sup>124</sup> Thus, in its scope, that kind of treaty would be very much like the one proposed by Ruggie. This is different from the proposal of the International Commission of Jurists of a treaty that could obligate to pass a national law to require corporations to respect human rights because under this option corporations would not have a direct international obligation, they only have to obey domestic law of the country where they are incorporated.<sup>125</sup>

<sup>117</sup> For a discussion of Framework Treaties. Cassel & Ramasastry, “White Paper”, p. 24-25.

<sup>118</sup> John Ruggie, “A Business and Human Rights Treaty? International legalisation As Precision Tools”, Inst. for Hum. Rts. & Bus, 2014, <https://www.ihrb.org/other/treaty-on-business-human-rights/a-business-and-human-rights-treaty-international-legalisation-as-precision> (last visited July 29, 2019).

<sup>119</sup> Nicola M. Jägers, “Corporate Human Rights Obligations” p. 46, 2002. For instance, in *Doe v. Unocal*, 1997 the United States Court of Appeals of the ninth circuit found responsible Unocal for violating international human rights norms that amount to breaches of *jus cogens* in Myanmar subjecting peasants to a forced labor program as part of a project to build a pipeline to transport natural gas from Myanmar’s coast through the country until Thailand. The Court stated that forced labor is one of the “handful of crimes ... to which the law of nations attributes *individual liability*,” such that state action is not required.

<sup>120</sup> Cassel & Ramasastry, “White Paper”, pp. 26-27; 36-37.

<sup>121</sup> Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 27 June 2014, accessible at <http://www.au.int/en/sites/default/files/PROTOCOL%20ON%20AMENDMENTS%20TO%20THE%20PROTOCOL%20>

[ON%20THE%20AFRICAN%20COURT%20-%20EN\\_0.pdf](#). (Not in force yet).

<sup>122</sup> Cassel & Ramasastry, “White Paper”, p. 36.

<sup>123</sup> Andrew Clapham argues that the lack of jurisdiction to try a corporation does not mean that the corporation does not have a direct legal obligation or that we cannot say that the corporation has breached international law. It means that the obligation must be enforced through different forums, e.g. national domestic courts, international human rights treaty monitoring bodies, or even through mechanism made under non-binding schemes for investigation such as that of the OECD. Andrew Clapham, *Human Rights in The Private Sphere* p. 178, 1993. In United States of America, Court of Appeals for the Second Circuit, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp.2d 289, S.D.N.Y. 2003 the argued that international norms that bind private individuals do not directly apply to corporations but only to their owners or managers.

<sup>124</sup> De Schutter, “Towards a New Treaty”, p. 59.

<sup>125</sup> International Commission of Jurists, “Proposals for Elements of a Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/10/Universal-OEWG-session-2-ICJ-submission-Advocacy-Analysis-brief-2016-ENG.pdf> .2016.

Other different issues that might have to be dealt with in a treaty would be: the scope of corporate reasonability between parent companies and their subsidiaries; the rights and type of business entities covered by the instrument; the clarification of the extraterritorial jurisdiction of state and of the legal standards to determine complicity (e.g. knowledge, purpose test); direct responsibility (e.g. negligence); and the obligation to overcome the corporate veil.<sup>126</sup>

The Intergovernmental Working Group has held four sessions. The last session took place on October 2018. In September 2017, the Chair of the working group issued a document titled “Elements for the draft legally binding instrument” which constitutes the basis for further negotiations to elaborate a treaty on BHR, and a Zero Draft (followed by its draft Optional Protocol) was presented in July 2018.<sup>127</sup>

Some of the elements to highlight of draft legally binding instrument are: 1) it suggests a treaty not only for TNCs but also to regulate other business enterprises (OBE) that can harm human rights; 2) it reaffirms the primary responsibility of the state to protect human rights; 3) the obligations proposed are directed toward states and TNCs independently; 4) one of the main obligations of the state will be to ensure domestic civil, administrative and criminal liability of TNCs regarding human rights abuses, and to adopt legislation to ensure the TNCs adopt and implement due diligence processes; 5) the main obligation directed to TNCs are mainly those set forth in the UNGPs; 6) the term “under the jurisdiction” of the state means not only that a TNC is incorporated in that state but also that is registered, has its headquarters, or has substantive activities in the state concerned;<sup>128</sup> and 7) proposes that states should consider different mechanism of implementation and monitoring of the future treaty obligations including an International Court on Transnational Corporations and Human Rights or create special chambers on existing

international and regional Human Rights Courts dedicated to adjudicating on this issues.<sup>129</sup>

The elements for the draft of a treaty on TNCs and other business enterprises with respect to human rights has various relevant characteristic that are worthy to highlight about the scope of application *rationae personae*, the explicit hierarchy of international law specified in the treaty, the rights covered, the substantial obligation included in the treaty – in particular in regard with o the problematic exercise of national jurisdiction extraterritorially-, and the implementation mechanism of the treaty that includes the possible creation of an international tribunal.

First, the draft treaty is designed in order to include Transnational Corporations and other Business Enterprises regardless of its size, structure, mode of creation or control. What defines the scope of application *rationae personae* is the transnational character of the activity performed by these entities. Although this is a positive sign since it overcomes the complex discussion about the type of business association that should be regulated (e.g. multinationals or transnational) this delimitation of the scope of application of the treaty leaves out national corporations with a very relevant social impact and capacity to elude state control. A reasonable explanation of such limitation is the reaffirmation of the primary duty of the state to regulate, investigate and sanction violations of human rights committed within its territory or jurisdiction, while international law main concern is human rights violations that are transnational in character.

Second, the draft treaty has adopted the formula of the UNGP that includes all recognized human rights rather than specifying the most commonly violated rights or choosing for the option of a treaty that sanctions the most serious or grave human rights violations following the model of the Rome Statute. This is of relevance because, from a realistic point of view, the wider the material scope of the treaty will be, the weaker will have to be the sanctioning mechanisms.

Third, regarding the obligations enshrined in the draft treaty, the drafters have reaffirmed the relevan-

<sup>126</sup> Cassel & Ramasastry, “White Paper”, p. 39-49.

<sup>127</sup> Human Rights Council, *Report on the thirds session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* UN. Doc. A/HRC/26/9 <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>.

<sup>128</sup> Human Rights Council, *Report on the thirds session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* UN. Doc. A/HRC/26/9 <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>.

<sup>129</sup> Human Rights Council, *Report on the thirds session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* UN. Doc. A/HRC/26/9 <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>.

ce of the primary responsibility of States to protect against human rights abuses by third parties including corporations (article 3), while TNCs and OBEs have an independent obligation from the state's obligations to "comply with all applicable laws and respect internationally recognized human rights, wherever they operate, and throughout their supply chains" (article 3.2). The language clearly entails mandatory obligations instead of a guiding principle for private entities. Accordingly, TNCs and OBEs are being treated as subjects (or at least participants) of international law since they can bear international obligations. However, this is not a complete revolution to classic general international law because the implementation mechanism of the obligation remains at the head of the state (article 3.1).

In addition, it must be highlighted that article 3 expands businesses' obligation to respect established in the UNGP to an obligation of using their influence to promote and ensure respect of human rights, which is beyond from the notion of respect previously explained. This could be translated into, for instance, international responsibility of TNCs for their failure to promote a culture of human rights within their organization. From the outset, this seems controversial because of the expansion of the limited and discrete responsibility to respect of the UNGPs.

The model adopted in the draft treaty is to create obligations of internal legislation for states parties in order to enforce TNCs and OBEs' human rights obligations. Some of these legislative or administrative measures include: periodically report, an obligation to perform human rights and environmental impact assessments, include human rights clauses in their procurement contracts, and require corporations to oversee their supply chains to prevent human rights abuses. The process of internalization of international legal standards is a common form of enforcement of international law, and in various ways, an effective form because states and non-state actors are much more willing to obey domestic law than international law itself.<sup>130</sup> For the time being, it would be unreal to expect that international law could allocate international obligations and sanctions to non-state actors without the necessary in-

<sup>130</sup> Harold Hongju Koh, Regarding the idea of internalization as a necessary process of enforcement of international law, *see*, "Why Do Nations Obey International Law Review Essay," *Yale Law Journal*, no. 8 (1997 1996): 2599–2660.

tervention of states.<sup>131</sup>

Fourth, the draft treaty is based on the premise that a hierarchy among international law regimes exists giving prevalence to human rights over international trade or investment law. Moreover, the draft treaty explicitly affirms that states shall take the necessary measures to take "into account the primacy of human rights over pecuniary or other interests of corporations." (article 3.1). This means that not only international law has a hierarchy over other regimes, but that corporations' interest themselves should be subjected to the primacy of human rights.

Fifth, the draft treaty includes a section on the legal liability of TNCs and OBEs which is one of the main differences with the UNGPs because the treaty would not only be a binding instrument, but also one that ascertains corporate legal responsibility for human rights abuses. Legal liability could be criminal, civil or administrative. Regarding criminal responsibility, the draft asserts that states shall create criminal liability or its equivalent for TNCs and OBEs subject to their jurisdiction. However, such criminal liability could not preclude the individual responsibility of those involved in the decision-making process within the corporation. The civil legal liability should be independent of criminal liability and vice versa, and states shall create legislation which precludes TNCs and OBEs to benefit from privileges and immunities granted by international law.<sup>132</sup>

Although the treaty does not contemplate the exercise of extraterritorial jurisdiction to establish legal liability for TNCs and OBEs, it incorporates a wide notion of jurisdiction. Article 7 defines that under the jurisdiction of the state it is included a TNC "which has its center of activity, is registered or domiciled, or is headquartered or has substantial activities in the State concerned, or whose parent or controlling company presents such a connection to the State concerned" (article 7). Accordingly,

<sup>131</sup> The discussion about the possibility of allocate direct international obligations on corporations, and other non-state actors has been a delicate matter subjected to intense academic debate. *See generally*, Carlos Manuel Vásquez, "Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law," *Columbia Journal of Transnational Law*. 433 (2005): 927–59.

<sup>132</sup> The discussion about the possibility of allocate direct international obligations on corporations, and other non-state actors has been a delicate matter subjected to intense academic debate. *See generally*, Carlos Manuel Vásquez, "Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law," *Columbia Journal of Transnational Law*. 433 (2005): 5–6.

the draft treaty extends, and even contradicts, national norms in different states because it extends state jurisdiction over the actions of the subsidiaries of the parent or controlling company which has substantive connections to the state. In addition, the draft treaty established that the rule that grants jurisdiction over the abuses could be either the forum where the harm occurred or where the corporations are incorporated or have a substantial presence.

Ultimately, the draft treaty contemplates the possibility that State parties create an international tribunal or special chambers in existing international or regional Courts devoted to Transnational Corporations and Human Rights. In addition, it encourages international cooperation through the creation of new multilateral or bilateral treaties in order to strengthen mutual cooperation to advance national judicial procedures against corporations.

## 4 Conclusion

This article has shown the complexity of the corporate problem due to the different forms in which corporations can harm human rights, the variety of rights that can be violated, and the insufficiency of domestic law to regulate what traditionally has been a creature of the state. It has also critically described the different attempts of the international community in order to address the governance gap created by globalization and the modern corporate practices that harm human rights.

The UNGPs have become the focus of the BHR movement. Evidence of this is that all other international initiatives such as International Soft law, and Multi Stakeholders Initiatives (MSI)<sup>133</sup>, the NAPs or even the treaty assume as a departure point Ruggie's work whether to differentiate from it or to embrace it.

<sup>133</sup> Multi Stakeholders Initiatives (MSIs) started as codes of conduct specific to corporations or were drafted exclusively by industry. Later these codes of conduct evolved into MSIs that include a wider spectrum of participants and topics. They involve various actors such as workers' representatives, consumer groups, customers, investors, NGOs, businesses, and governments. In recent years they have multiplied, but there is no clear form of categorization or registry. Some MSIs are industry oriented, and others are multi-industry or universal, but all are intended to address the challenges of governance gaps and to enhance dialogue among different stakeholders.

Although the BHR movement is young, it has impressively grown in the past decade. It transverses different legal regimes and exemplifies the complex and sometimes unclear separation between public and private spheres. This article has explored several of the legal and non-legal initiatives that address businesses' responsibility for human rights. However, several other initiatives have been omitted such as non-financial disclosures,<sup>134</sup> contractualization of human rights,<sup>135</sup> international trade and investment law mechanism,<sup>136</sup> possible investigations of corporate managers by the International Criminal Court,<sup>137</sup> and transnational criminal litigation.<sup>138</sup> To describe and explain all these other possible forms of redressing human rights wrongs committed by corporations exceeds the limits of this article.

## Bibliography

ASBJORN Eide. *Realization of Social and Economic Rights: The Minimum Threshold Approach*, 43 I.C.J. Rev. 40–52, 1989.

BERNAZ, Nadia. *Business and Human Rights: History, Law and Policy- Bridging the Accountability Gap*. New York: Routledge, 2016.

<sup>134</sup> Amol Mehra & Sara Blackwell, "The Rise of Non-Financial Disclosure: Reporting on Respect for Human Rights", Dorothee Baumann-Pauly & Justine Nolan, in *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, ed., 2016.

<sup>135</sup> Special Representative to the Secretary-General on Business and Human Rights, *Principles for Responsible Contracts: Integrating the Management of Human Rights Risks into State-Investor Contract Negotiations: Guidance for Negotiators*, U.N. Doc. A/HRC/17/31/Add.3, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31.Add.3.pdf>. 2011.

<sup>136</sup> Ryan Suda, "The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization", in *Transnational Corporations and Human Rights*, p. 73 (ed. Olivier De Schutter, 2006); Sheldon Leader & David M Ong, Global Project Finance, *Human Rights and Sustainable Development*, 2013.

<sup>137</sup> Desislava Stoitchkova, *Towards Corporate Liability In International Criminal Law*, 2010; Cristina Chiomenti, "Corporations and the International Criminal Court" in *Transnational corporations and human rights* 287 (ed. Olivier De Schutter, 2006); Antony Crockett, Marco de Sousa & Jerome Temme, "International Criminal Court to prosecute business and human rights", Herbert Smith Freehills, 2016, <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/international-criminal-court-to-prosecute-business-and-human-rights> (last visited Aug 01, 2019); ICC, "Policy Paper on Case Selection And Prioritization", 2016, [https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915\\_OTP-Policy\\_Case-Selection\\_Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf).

<sup>138</sup> Bernaz, p.284-88.

- UBILLOS BILBAO, Juan María *La Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- CLAPHAM Andrew. *Human Rights in The Private Sphere* 178, 1993.
- SCHUTTER Olivier de. *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment Agreements*. London, Routledge, 2013.
- DESLAVA Stoitchkova. *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, 2010. Chiomenti, "Corporations and the International Criminal Court" in *Transnational corporations and human rights*. Ed. Olivier De Schutter, 2006.
- GLENDON, Mary Ann. *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. New York: Random House, 2003.
- HENKIN, Louis. The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets Symposium: The Universal Declaration of Human Rights at 50 and the Challenge of Global Markets--Keynote Address, 25 *Brook. J. Int'l L.* 17-26, 1999.
- LEADER, Sheldon; ONG, David M. Global Project Finance, *Human Rights and Sustainable Development*, 2013.
- TAGI, Sagafi-nejad; DUNNING John H. *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*. Indiana University Press, 2008.
- AMOL Mehra; BLACKWELL Sara. The Rise of Non-Financial Disclosure: Reporting on Respect for Human Rights. Dorothee Baumann-Pauly & Justine Nolan. *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, 2016.
- CHIOMENTI, Cristina. Corporations and the International Criminal Court. *Transnational corporations and human rights* (ed. Olivier De Schutter, 2006).
- JERNEJ, Letnar Černič. Human Rights Law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights; Nicola M. Jägers. *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability*, 2002.
- JÄGERS, Nicola M. Corporate Human Rights Obligations. p. In *In Search of Accountability. School of Human Rights Research series Intersentia*, v. 17, p. 46, 2002.
- KAMMINGA, Menno T. Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights Abuses: A VHALLENGR for the EC. *The EU and human rights*, Oxford University Press, 2004.
- LOZANO, Josep; PRANDI, Maria. Corporate Social Responsibility and Human Rights. Corporate Social Responsibility: The Corporate Governance Of The 21st Century. *Kluwer Law International*, 2011.
- STEINHARDT, Ralph. Multinational Corporations and Their Responsibilities under International Law. Lara Blecher, Nancy Kaymar Stafford, Gretchen C. Bellamy. *Corporate Responsibility for Human Rights Impacts: New Expectations and Paradigms*, 2014.
- SUDA, Ryan. The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization. *Transnational Corporations and Human Rights* (ed. Olivier De Schutter, 2006).
- YOUSEPH, Farah. Toward a Multi-Directional Approach to Corporate Accountability. *Accountability in the Context of Transitional Justice Corporate*, Routledge, 2014.
- BROECKER, Christen. Better the Devil You Know: Home State Approaches to Transnational Corporate Accountability. *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 2008.
- CASSEL Douglass; RAMASASTRY Anita. White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights. *Notre Dame J. Int'l Comp. L.*, 2016.
- DE SCHUTTER, Olivier. Towards a New Treaty on Business and Human Rights. *Business and Human Rights Journal*, 2016.
- DEVA, Surya. Corporate Code of Conduct Bill 2000: Overcoming Hurdles in Enforcing Human Rights Obligations against Overseas Corporate Hands of Local Corporations International Law and Human Rights. *Newcastle Law Review*, 2004.
- KINLEY, David; TADAKI Junko. From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law. *Va. J. Int'l L.*, 2003.
- KOH Harold Hongju. Why Do Nations Obey International Law Review Essay. *Yale Law Journal*, no. 8 (1997 1996): 2599-2660.
- MIRETSKI Pini Pavel; BACHMANN Sascha-Dominik. The UN Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights: A Requiem. *Deakin L. Rev.* 2012.

MURPHY Sean D. Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level Essays in Honor of Oscar Schachter. *Colum. J. Transnat'l L.* 2004.

NOLAN Justine; TAYLOR, L. Corporate Responsibility for Economic, Social and Cultural Rights: Rights in Search of a Remedy? *Journal of Business Ethics*, 2009.

O'BRIEN Claire Methven et al. National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool. 1 Bus. and hum. rights j. *Business and Human Rights Journal*, 2016.

OFODILE Uche Ewelukwa; ALTSCHULLER Sarah; DOLIZE Anna; FESSLER Michael. Corporate Social Responsibility. *Int'l Law*. 2012.

RATNER Steven R. Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility. *Yale Law Journal*, 2001.

STEPHENS Beth. The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights. *Berkeley J. Int'l L.* 2002.

VAZQUEZ Carlos M. Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law Essays, Georgetown *Public Law and Legal Theory Research Paper* No. 12-078. 43 *Colum. J. Transnat'l L.*, 2004.

## Tables and figures

Figure 1. Foundational Principles Pillar 2

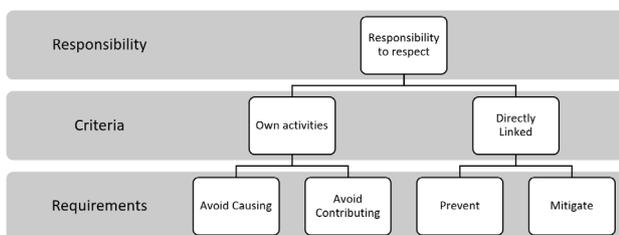
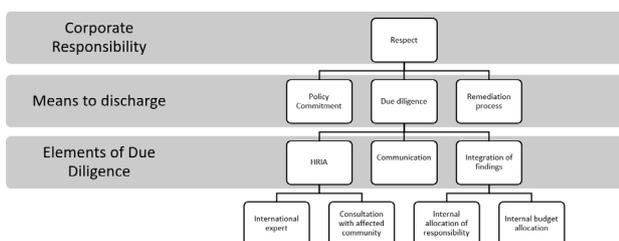


Figure 2. Operational Principles Pillar 2



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Human right to labor protection in Ukraine:** current situation and the prospects of implementation of international rules

**Direito Humano à proteção laboral na Ucrânia :** situação atual e as perspectivas da implementação das regras internacionais

Nina Daraganova

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Human right to labor protection in Ukraine: current situation and the prospects of implementation of international rules\*

## Direito Humano à proteção laboral na Ucrânia : situação atual e as perspectivas da implementação das regras internacionais

Nina Daraganova\*\*

### Abstract

This article considered the right to labor protection as one of the most important human rights. The author analyzes the current state of protection of the right to labor protection in Ukraine and the prospect of implementation of international norms regulating this right. It is determined that the hallmark of the current stage of development of Ukraine is the exacerbation of problems related to human security and occupational safety. It is established that the situation regarding the presence of high levels of occupational injuries and occupational diseases in Ukraine is often a consequence of violations of the requirements of international legal acts on occupational safety. It is proved that today, one of the most difficult problems in Ukraine is bridging the gap between the legislation (both international and national) in the field of labor protection and their actual application. It is justified that official statistics do not reflect the real situation regarding human rights on labor protection in Ukraine. The author establishes the reasons for the absence in the official sources of real information about cases of injury to workers at the production. The role of labor inspectorate in Ukraine in the implementation of international labor protection standards has been determined.

**keywords:** Human rights. Labor protection. International labor protection.

### Resumo

Este artigo considera o direito à proteção do trabalho um dos direitos humanos mais importantes. O autor analisa o estado atual da proteção do direito à proteção do trabalho na Ucrânia e a perspectiva de implementação de normas internacionais que regulam esse direito. Determinou-se que a marca do estágio atual de desenvolvimento da Ucrânia é a exacerbção de problemas relacionados à segurança humana e à segurança no trabalho. Está estabelecido que a situação relativa à presença de altos níveis de lesões e doenças ocupacionais na Ucrânia é frequentemente uma consequência das violações dos requisitos dos atos jurídicos internacionais sobre segurança no trabalho. Está provado que hoje, um dos problemas mais difíceis na Ucrânia é preen-

\* Recebido em 02/08/2019  
Aprovado em 20/09/2019

\*\* Nina Daraganova is Professor of the Department of Administrative, Financial and Information Law, Faculty of International Trade and Law, Kyiv National University of Trade and Economics. Doctor of science of Law. Expert on holding examination of draft laws of the Verkhovna Rada of Ukraine.  
Email: ninadar095@gmail.com

cher a lacuna entre a legislação (internacional e nacional) no campo da proteção do trabalho e sua aplicação efetiva. Justifica-se que as estatísticas oficiais não refletem a situação real dos direitos humanos em matéria de proteção do trabalho na Ucrânia. O autor estabelece as razões da ausência nas fontes oficiais de informações reais sobre os casos de lesões aos trabalhadores da produção. Foi determinado o papel da inspeção do trabalho na Ucrânia na implementação das normas internacionais de proteção do trabalho.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Proteção laboral. Proteção laboral internacional

## 1 Introduction

The Constitution of Ukraine recognized a person, his life, health, honor, dignity, immunity and safety as the highest social value. All human rights, freedoms and their guarantees must determine the content and orientation of the activities of the state, and the state is responsible to the person for its activities<sup>1</sup>. One of the important places in the system of constitutional rights is the right of the citizen to work and proper, safe and healthy working conditions<sup>2</sup> – namely the right to labor protection.

In Ukraine, the legal foundations for the realization of the right of workers to protect their life and health in the course of labor activity, to appropriate, safe and healthy working conditions, were laid down by the Law of Ukraine “On Labor Protection” adopted in October 1992<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Article 3 of The Constitution of Ukraine (UKRAINE. [Constitution (1996)]. *The Constitution of Ukraine*, June 28, 1996 № 254к/96-ВР. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?lang=en>. Accessed: 9 Jun. 2019.)

<sup>2</sup> Article 43 of The Constitution of Ukraine (UKRAINE. [Constitution (1996)]. *The Constitution of Ukraine*, June 28, 1996 № 254к/96-ВР. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?lang=en>. Accessed: 9 Jun. 2019.)

<sup>3</sup> The law defines: the foundations and principles of the state policy of Ukraine in the field of labor protection, including: the priority of the life and health of workers and the employer’s full responsibility for creating appropriate, safe and healthy working conditions; raising the level of industrial safety by providing full technical control over the state of production, technology and products, assisting enterprises in creating safe and harmless working conditions; social protection of workers and full compensation for harm to persons who suffered from industrial accidents and occupational diseases,

However, the current stage of Ukraine’s development is exacerbated by problems related to human security and labor protection. The texts of the acts of the current legislation on labor protection still contain a considerable number of outdated, ambiguous, contradictory and inconsistent legal norms, which is a violation of the requirement of systematic legal legislation.

However, particular concern is the high level of occupational injuries and occupational diseases, which is one of the main indicators of labor protection. In particular, according to the Federation of Trade Unions of Ukraine, over the past 10 years, the number of employees in conditions that do not meet the established standards on labor protection has doubled and amounts to more than 3 million workers<sup>4</sup>.

The high level of occupational injury and occupational disease in Ukraine is often a consequence of violations of international legal requirements on labor protection and leads to a wide variety of legal studies in this field and attempts to identify ways to address these problems.

At the same time, as M. Anufriev rightly pointed out, the problem of human rights and their protection belongs, of course, to the global ones, which have been solved by mankind for centuries. The human community has had to go a long and complicated way in order to understand the full meaning of human rights and freedoms, to conclude that human beings are the highest social value<sup>5</sup>. To a full extent, the same applies to ensuring that citizens exercise their rights to labor protection in accordance with the requirements of international instruments.

etc. (UKRAINE. *Law of Ukraine, October 14, 1992 № 2694-XI*. On Labor Protection. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-12?lang=en>. Accessed: 9 Jun. 2019.)

<sup>4</sup> ABOUT the results of the consideration of the round table recommendations of 10 february 2015. Information and Analytical Center of the Federation of Trade Unions of Ukraine. Available at: <http://www.fpsu.org.ua/napryamki-diyalnosti/pravovij-zakhist/6990-pro-rezultati-rozglyadu-rekomendatsij-kruglogo-stolu>. Accessed: 9 Jun. 2019.

<sup>5</sup> For more details see: АНУФРІЄВ, М. І. Зміцнення дисципліни і законності як фактор дотримання прав і свобод громадян у службовій діяльності працівників ОВС. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. n. 11, c. 9-12, 2000.

## 2 Human right to labor protection in Ukraine - analysis of the current situation

Ukraine is Member of International Labor Organization (ILO) since 12.05.1954. As of January 1, 2019, Ukraine has ratified 71 of the 189 Conventions of International Labor Organization, including 8 out of 8 Fundamental conventions, 4 out of 4 Governance conventions and 59 of 177 Technical conventions<sup>6</sup>.

In accordance with Article 9 of The Constitution of Ukraine, the existing international treaties, the consent of which has been given by the Verkhovna Rada of Ukraine, are part of the national legislation of Ukraine<sup>7</sup>. The Labor Code of Ukraine stipulates that if an international treaty or international agreement in which Ukraine participates establishes rules other than those contained in the labor law of Ukraine, then the rules of an international treaty or international agreement apply<sup>8</sup>. Thus, both of The Constitution of Ukraine and The Labor Code of Ukraine enshrined the principle of priority of international legal norms over those of national law.

However, today, one of the most difficult problems in Ukraine (unfortunately not only in the context of consideration of the right to labor protection) is bridging the gap between current national and international regulations and their actual application. Standards do not become a general rule of conduct, but only a desirable, but often rather far-reaching, guideline. Therefore, the implementation of these norms is one of the most problematic issues.

We agree that this declaration of norms, this practical inactivity of some constitutional provisions on the right of labor protection of have their deep objective reasons and grounds. Constitutional and legal principles

(in human and civil rights, freedoms, foundations of civil society, rule of law, etc.) formulated in independent Ukraine are characteristic of a well-formed democratic system and can be implemented in the conditions at least, developed bourgeois society and the state. Nevertheless, in a post-socialist country such conditions are absent. This creates a significant gap between the relevant constitutional provisions and the actual reality. And the chosen course of transformation has so far led to rather underdeveloped socio-economic, political and legal forms and relations<sup>9</sup>.

Consideration of the current state of legal support for labor protection in Ukraine requires careful analysis of statistics related to the level of occupational injuries and occupational diseases in Ukraine, as these indicators are one of the main indicators of the state of labor protection in the country. According to Y. Zaloznova and I. Brag, there are in general only two main types of occupational health risks for workers due to working conditions, first, the risk of occupational injury, and second, the risk of occupational disease<sup>10</sup>.

Indeed, occupational accidents and occupational diseases have been and remain a major social problem, causing the largest widespread socio-economic losses, occupational injury rates remain the most important characteristic of labor protection management<sup>11</sup>.

### 2.1 Official information on the status of occupational injuries

Official statistical information on the status of occupational injuries and occupational diseases in Ukraine is accumulated and generalized by the Social Insurance Fund of Ukraine<sup>12</sup> and the State Service of Ukraine on

<sup>6</sup> INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Ratified conventions*. Available at: [https://www.ilo.org/gateway/faces/home/ctryHome?locale=EN&countryCode=UKR&\\_adf.ctrl-state=qf3x0c73a\\_9](https://www.ilo.org/gateway/faces/home/ctryHome?locale=EN&countryCode=UKR&_adf.ctrl-state=qf3x0c73a_9). Accessed: 12 Jun. 2019.

<sup>7</sup> Article 9 of The Constitution of Ukraine (UKRAINE. [Constitution (1996)]. *The Constitution of Ukraine, June 28, 1996 № 254к/96-ВР*. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?lang=en>. Accessed: 9 Jun. 2019).

<sup>8</sup> Article 8-1 The Labor Code of Ukraine (UKRAINE. The Labor Code of Ukraine, on December 10, 1971 № 322-VII. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08?lang=en>. Accessed: 9 Jun. 2019).

<sup>9</sup> For more information see: НЕРСЕСЯНЦ В. С. *Юриспруденція*. Введение в курс общей теории права и государства: для юридических вузов и факультетов. Москва: НОРМА-ИНФРА-М, 1998. 288 с.

<sup>10</sup> More information on this subject see: ЗАЛОЗНОВА, Ю. С., Брага І. Г. Оцінка стану охорони та безпеки праці й соціально-економічних наслідків їх незабезпечення у вугільній промисловості України. *Економіка промисловості*. п. 2, с. 271–279, 2011.

<sup>11</sup> For more information see: КРУЖИЛКО О. С. *Наукові засади оперативного управління охороною праці*: автореф. дис. ... докт. техн. наук: 05.26.01. Київ, 2011. с. 5.

<sup>12</sup> Thus, according to Article 9 of the Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Reforming the Compulsory State Social Insurance and Legalization of the Wage Fund" of December 28, 2014, the main objectives of the Social Insurance Fund of Ukraine are:

Labor<sup>13</sup> - the central body of executive power implementing state policy in the field of labor protection.

Thus, according to the official data of the Social Insurance Fund of Ukraine, in 2014, the working bodies of the Executive Directorate of the Fund registered 6 850 (of which 525 were fatal) victims of industrial accidents and 4 352 occupational diseases. In 2014, compared to 2013, the number of insurance accidents decreased by 25.7% (from 9 221 to 6 850), the number of fatalities decreased by 0.6% (from 528 to 525), and the number of occupational diseases decreased by 25.7% or by 1,509 cases (from 5,861 to 4,352)<sup>14</sup>. And comparing this number of victims with 2012 data, when the Social Insurance Fund of Ukraine received 12,907 reports of industrial accidents involving 13,313 people (including 1 766 fatalities)<sup>15</sup>, these statistics show a decrease in the number of accidents in production for two years almost doubled.

An even more consistent tendency to reduce the number of industrial accidents (or at least to stabilize them) is observed when comparing the above data with the data for 2015-2018. In particular, in 2018 there were 4 805 industrial accident victims, in 2017 - 4 965, in 2016 - 4 766, and in 2015 - 4 592<sup>16</sup>.

Some scholars, such as O. Sorochinskaya, also point out that since Ukraine gained independence, there has

been a steady tendency to reduce occupational injuries, both general and fatal. This thesis author is supported by the following statistics: in 1990, there were 139,600 cases of injuries (including 2 640 with fatalities); in 1995 - 80 450 (2 195 - with fatal consequences); 1999 - 39 844 (1 388 - lethal), in 2003 - 24 929 (1 230 - lethal); 2007 - 18 982 (925 - lethal), and in 2010 - 12 242 (535 - lethal)<sup>17</sup>.

Based on the analysis of the above data, one could conclude that there is a stable tendency to reduce both cases of occupational injuries and occupational diseases in Ukraine, and therefore the effective functioning in the country of the mechanism of legal protection of human rights for labor protection.

## 2.2 The current state of human rights for labor protection in Ukraine

However, the above official statistics do not reflect the true situation of human rights in the field of labor protection in Ukraine. In support of this view, we present the following arguments.

The transformations taking place in modern Ukraine inevitably impose their imprint on both its entire legal system and on such a vital field as labor protection. At the same time, at the present stage of its development, Ukraine has faced aggravation of problems in this area. According to the data of public control exercised by the trade union organizations of the Federation of Trade Unions of Ukraine, in 2014, 699 thousand workers were violated labor and socio-economic rights, which is twice more than in 2013. And in the last 10 years the workers who are working in conditions that do not meet the requirements the established safety standards have doubled to over 3 million. In 2013 of employees worked in poor sanitary and hygienic conditions: in the mining industry - 71 %; in the metal industry - 53%; chemical industry - 41%; in the energy sector - 33%<sup>18</sup>.

Therefore, some employers are not prepared to create working conditions that meet the established re-

“1) implementation of state policy in the fields of social insurance against industrial accident and occupational disease that caused disability, in connection with temporary disability, health insurance;

2) provision of material security, insurance payments and social services;

3) accident prevention;

4) attribution of the policyholder to the class of professional risk of production taking into account the type of its economic activity;

5) carrying out checks of the reliability of the information provided by the insurers on the types of economic activity (including the main one) of enterprises, institutions and organizations, regardless of the form of ownership, type of activity and management in order to classify the insurer in the class of professional risk of production taking into account the type of its economic activity etc.”.

<sup>13</sup> UKRAINE. Cabinet of Ministers of Ukraine. *Regulations on the State Service of Ukraine on Labor*, n, 96, February 11. Available at: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/96-2015-%D0%BF?lang=en>. Accessed: 9 Jun. 2019.

<sup>14</sup> ANALYSIS of industrial accidents and occupational diseases in 2014 in Ukraine. Social Insurance Fund of Ukraine. Available at: <http://www.social.org.ua>. Accessed: 10 Jun. 2019.

<sup>15</sup> ANALYSIS of industrial accidents and occupational diseases in 2012. Social Insurance Fund of Ukraine. Available at: <http://www.social.org.ua>. Accessed: 10 Jun. 2019.

<sup>16</sup> ANALYSIS of industrial accidents and occupational diseases for 2015-2018. Social Insurance Fund of Ukraine. Available at: <http://www.social.org.ua>. Accessed: 10 Jun. 2019.

<sup>17</sup> For more information see: СОРОЧИНСЬКА О. Л. *Стан охорони праці в Україні та заходи для її поліпшення*. Збірник наукових праць Державного економіко-технологічного університету транспорту. Сер.: Транспортні системи і технології. Вип. 24. С. 240-247. 2014.

<sup>18</sup> INFORMATION and Analytical Center of the Federation of Trade Unions of Ukraine. Available at: <http://www.fpsu.org.ua/napryamki-diyalnosti/pravovij-zakhist/6990-pro-rezultati-rozglyadu-rekomendatsij-kruglogo-stolu>. Accessed: 10 Jun. 2019.

quirements for labor protection (including international legal standards) and to carry out real preventive work on occupational safety. On the contrary, in the event of an accident, they try to hide this case.

This fact influences the level of officially recorded industrial accidents, which in turn causes significant differences between the real state of labor protection in Ukraine and the positive, encouraging information provided by the Social Insurance Fund of Ukraine<sup>19</sup>. It also follows from the information provided by the trade unions that non-governmental organization, through public scrutiny, can significantly assist state institutions in exercising their powers in the field of labor protection.

In addition, the Fund itself noted in the preamble to the Analysis of Industrial Accident and Occupational Diseases that a comparative analysis of the status of these cases and occupational diseases was made without taking into account those accidents and occupational diseases that occurred at the enterprises located in the settlements at the territories of which state authorities temporarily do not exercise or do not fully exercise their powers<sup>20</sup>. That is, since 2015, and up to the present, due to objective circumstances, official statistics do not include all accidents and occupational diseases in Ukraine<sup>21</sup>.

It should also be noted that the analysis of official statistics shows that the number of fatalities in case of industrial accidents has increased significantly in Ukraine.

Thus, at the parliamentary hearings on the state of

industrial safety and labor protection in 2010, it was noted that the ratio of accidents with fatalities to the number of occupational injuries has increased from 21 cases to 55 cases since 1992. At the same parliamentary hearings, it was reported that in Ukraine every 18th injury case is a fatal case, and it does not correspond to the existing laws in the world (according to the International Labor Organization, the average ratio is: 1 death 763 injured)<sup>22</sup>.

On the other hand, the current level of injury in Ukraine indicates that a significant number of cases of injury to workers with mild and moderate severity are simply hidden from the investigation by employers, and therefore not accounted for. The mass concealment of cases of injury to workers at work or their transfer to the non-production category exempts the employer from carrying out effective preventive measures at the enterprise, and the Social Insurance Fund of Ukraine releases from compensation for the damage caused to the life and health of the victims.

### **2.3 Reasons for the absence of completeness of information in the official sources on the cases of injuries in the workplace**

The lack of actual information on cases of injury to workers at work is a serious problem for Ukraine and occurs, we believe, for several main reasons:

1) concealment by employers of industrial injury cases from officials of the Social Insurance Fund of Ukraine - only fatal injuries are really difficult to conceal and not investigate. The correctness of this conclusion is confirmed by scientific research<sup>23</sup>;

2) transfer of industrial injury cases to the non-production accident category;

<sup>19</sup> For more information see: ДАРАГАНОВА, Н. В. *Сучасний стан правової освіти у сфері управління охороною праці в Україні*. *Правова освіта в Україні: еволюція, сучасний стан, перспективи розвитку: матеріали науково-практичної конференції*. Київ: Академія адвокатури України, 2017. Available at: <https://sites.google.com/ту.ааи.edu.ua/conf-27-04-2017/матеріали/матеріали-частинна-5>. Accessed: 10 Jun. 2019.

<sup>20</sup> ANALYSIS of industrial accidents and occupational diseases in 2015. Social Insurance Fund of Ukraine. Available at: <http://www.social.org.ua>. Accessed: 10 Jun. 2019.

<sup>21</sup> In 2014, compared to 2013, the number of employed population decreased by 1 million 200 thousand people. According to expert estimates alone, 800,000 jobs have been lost in the Donetsk region alone. Having lost their jobs and ended up in the epicenter of hostilities, 1 million 345,000 Ukrainians were forced to flee their homes. It is the largest internal movement of citizens in the history of independent Ukraine. (PRESENTATION of the Employment Service Reform of June 26, 2015. Available at: <http://tsn.ua/groshi/derzhava-pracevlashtovuvatime-ukrayinciv-po-novomu-prezentaciya-reformi-sluzhbi-zaynyatosti-445971.html>. Accessed: 10 Jun. 2019).

<sup>22</sup> For more information see: ХОХОТВИ О. І. *Стенограма виступу на Парламентських слуханнях від 17 листопада 2010 р.* «Про стан промислової безпеки та охорони праці». Available at: [http://static.rada.gov.ua/zakon/skl6/11session/par\\_sl/sl1711110.htm](http://static.rada.gov.ua/zakon/skl6/11session/par_sl/sl1711110.htm). Accessed: 10 Jun. 2019.

<sup>23</sup> Ukraine is now a country where only serious and fatal accidents are actually recorded, and potentially dangerous cases are only recorded in single companies, mainly with foreign investments. And in the absence of real data on Ukraine, it is impossible to establish the correlation between dangerous events, minor injuries and injuries with serious consequences... (БОГДАНОВА О. В. *Проблеми використання теорії піраміди травматизму для запобігання нещасним випадкам на виробництві*. *Проблеми охорони праці в Україні: збірник наукових праць*. Київ: ДУ «Національний науково-дослідний інститут промислової безпеки та охорони праці», Вип. 29. 2015. С. 43).

3) the presence of a large number of people working under civil agreements or without any documents at all<sup>24</sup>, therefore, deprived of the right to labor protection, including state guarantees in case of injury or death;

4) in the territories of Donetsk and Lugansk regions controlled by Ukraine, in the context of conducting an anti-terrorist operation, the procedure of investigation of accidents and causes of occupational diseases is delayed;

5) the introduction in Ukraine of a moratorium on inspections by inspectors of the State Service of Ukraine on Labor, which operated from 2015 to 2018.

### 3 The role of the national labor inspection in the implementation of international labor standards

One of the key elements of the system of state administration of labor protection in Ukraine is the State Service of Ukraine on Labor. It is this state authority that is tasked with implementing the state policy in the fields of industrial safety, labor protection, occupational health, handling explosive materials for industrial purposes, carrying out state mining supervision, as well as on the supervision and control of compliance with labor legislation, etc.<sup>25</sup>.

The legal status of this body is established primarily by the norms of The Constitution of Ukraine (Articles 3, 6, 8, 9, 13, 19, 22, 24, 26, 27, etc.). A significant amount of authority of the State Service of Ukraine on Labor is determined by a number of international acts. A special place among them belongs to the ILO Conventions, and above all: Labor Inspection Convention, 1947 (No. 81), Labor Inspection (Agriculture) Convention, 1969 (No. 129) and Labor Inspectorates (Non-Metropolitan Territories) Convention, 1947 (No. 85)<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> For more information see: УКРАЇНЕЦЬ С. Я. *Стенограма виступу на Парламентських служаннях від 17 листопада 2010 р. «Про стан промислової безпеки та охорони праці»*. Available at: [http://rada.gov.ua/zakon/skl6/11session/par\\_sl/s11711110.htm](http://rada.gov.ua/zakon/skl6/11session/par_sl/s11711110.htm). Accessed: 10 Jun. 2019.

<sup>25</sup> Item 3 UKRAINE. Cabinet of Ministers of Ukraine. *Regulations on the State Service of Ukraine on Labor, Resolution of the, February 11, 2015 № 96*. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/96-2015-%D0%BF?lang=en>. Accessed: 9 Jun. 2019.

<sup>26</sup> INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Labour Inspection Convention*, n. 81, 1947. Available at: <https://www.ilo.org>. Ac-

Thus, in accordance with the requirements of Article 3 of Convention No. 81 the functions of the system of labor inspection in Ukraine is included: (a) to secure the enforcement of the legal provisions relating to conditions of work and the protection of workers while engaged in their work, such as provisions relating to hours, wages, safety, health and welfare, the employment of children and young persons, and other connected matters; (b) to supply technical information and advice to employers and workers concerning the most effective means of complying with the legal provisions (possibly except point (c)).

Ukrainian inspectors, secured by appropriate documents confirming their authority, have the right: (a) to enter freely and without previous notice at any hour of the day or night any workplace liable to inspection; (b) to enter by day any premises which they may have reasonable cause to believe to be liable to inspection; and (c) to carry out any examination, test or enquiry which they may consider necessary in order to satisfy themselves that the legal provisions are being strictly observed, and in particular (i) to interrogate, alone or in the presence of witnesses, the employer or the staff of the undertaking on any matters concerning the application of the legal provisions; (ii) to require the production of any books, registers or other documents the keeping of which is prescribed by national laws or regulations relating to conditions of work, in order to see that they are in conformity with the legal provisions, and to copy such documents or make extracts from them; (iii) to enforce the posting of notices required by the legal provisions; (iv) to take or remove for purposes of analysis samples of materials and substances used or handled, subject to the employer or his representative being notified of any samples or substances taken or removed for such purpose<sup>27</sup>.

In addition, labor inspectors have the right to take action to address deficiencies found on the structure, equipment or working methods, if such deficiencies are such as to endanger the health or safety of workers<sup>28</sup>.

cessed: 12 Jun. 2019., INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Labour Inspection (Agriculture) Convention*, n. 129, 1969. Available at: <https://www.ilo.org>. Accessed: 12 Jun. 2019., INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Labour Inspectorates (Non-Metropolitan Territories) Convention*, n. 85, 1947. Available at: <https://www.ilo.org>. Available at: <https://www.ilo.org>. Accessed: 12 Jun. 2019.

<sup>27</sup> Article 12 (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Labour Inspection Convention, n. 81, 1947*. Available at: <https://www.ilo.org>. Accessed: 12 Jun. 2019.)

<sup>28</sup> Article 13 of the Convention No. 81 (INTERNATIONAL LA-

It should be noted that in addition to the sufficiently broad rights granted to labor inspectors, labor inspectors must also carry out a considerable amount of duties. Labor inspectors: (a) shall be prohibited from having any direct or indirect interest in the undertakings under their supervision; (b) shall be bound on pain of appropriate penalties or disciplinary measures not to reveal, even after leaving the service, any manufacturing or commercial secrets or working processes which may come to their knowledge in the course of their duties; and (c) shall treat as absolutely confidential the source of any complaint bringing to their notice a defect or breach of legal provisions and shall give no intimation to the employer or his representative that a visit of inspection was made in consequence of the receipt of such a complaint<sup>29</sup>.

The above international standards are fully applicable to labor inspection in Ukraine.

However, there are serious risks to the effective exercise of authority by labor inspectors in Ukraine. We split these risks into two main groups.

The first group should include obstacles to the effective exercise of the powers of labor inspectors of “*intra-national character*”. Analyzing the information of the National Institute for Strategic Studies<sup>30</sup>, such obstacles include: 1) overworking of labor inspectors; 2) limited human resources; 3) insufficient logistical support of the State Service of Ukraine on Labor and lack of necessary technical means for the daily work of inspectors; 4) modest wages of labor inspectors; 5) limited career opportunities for labor inspectors; 6) lack of proper qualification of labor inspectors.

The analysis of information by the International Labor Organization allowed the second group of risks to be classified as “*obstacles to the effective exercise of the powers of labor inspectors of an international nature*”. That is, risks that directly or indirectly affect the effective func-

tioning of labor inspections worldwide and affect not only Ukraine.

These include: 1) an increase in the number of small enterprises, which is increasingly difficult to effectively monitor; 2) the continuing tendency among enterprises to be created only for a short period of time, to change their legal form and owners, and great geographical mobility of enterprises (both nationally and internationally); 3) worldwide growth of various forms of “shadow economy”; 4) the emergence of “*virtual*” enterprise networks and the emergence of “*virtual*” employers, mini-employers (it is very difficult for labor inspectors to keep them in view and influence their activities); 5) increase in the number of atypical employment relationships; 6) increase in the number of employees working for several employers at once; 7) the presence of stressful situations caused by work; 8) reducing the number of trade union members, especially related to the fragmentation of labor in small businesses; 9) in return for industrial risks, the arrival of new threats to the health of workers, such as biochemicals, nanotechnologies, etc.

Ukraine has already faced some of the risks of the second group, for example, such as: an increasing number of small enterprises where it is increasingly difficult to carry out state surveillance (control): large geographical mobility of enterprises; the presence of “*shadow*” work. As for the other risks of the second group (for example, the emergence of “*virtual*” enterprise networks and “*virtual*” employers), then our country may still have to deal with them. In any case, the question of introducing reliable legal mechanisms and means of legal regulation of these forms arises before the national legal science today.

Summarizing the above, it should be noted that the right to labor protection is one of the most important in the human rights system. Only a conceptual and radical change in the paradigm of legal securing of this right in Ukraine will contribute to the real realization by citizens of their constitutional right to labor protection and can positively affect the production and economy of the country as a whole. Today, the issue of real implementation of fundamental international norms aimed at the true and effective realization of the right to labor protection by Ukrainian citizens is put on the agenda.

BOR ORGANIZATION. *Labour Inspection Convention, n. 81, 1947*. Available at: <https://www.ilo.org>. Accessed: 12 Jun. 2019.)

<sup>29</sup> Article 5 (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Labour Inspectorates (Non-Metropolitan Territories) Convention, n. 85, 1947*. Available at: <https://www.ilo.org>. Available at: <https://www.ilo.org>. Accessed: 12 Jun. 2019.).

<sup>30</sup> NATIONAL INSTITUTE FOR STRATEGIC STUDIES. *Щодо відповідності об'єднання Державної інспекції України з питань праці та Державної служби зайнятості України стандартам міжнародної організації праці* /. Available at: <http://www.niss.gov.ua/articles/1341>. Accessed: 12 Jun. 2019.

## References

- ABOUT the results of the consideration of the round table recommendations of 10 february 2015. Information and Analytical Center of the Federation of Trade Unions of Ukraine. Available at: <http://www.fpsu.org.ua/napryamki-diyalnosti/pravovij-zakhist/6990-pro-rezultati-rozglyadu-rekomendatsij-kruglogo-stolu>. Accessed: 9 Jun. 2019.
- ANALYSIS of industrial accidents and occupational diseases for 2015-2018. Social Insurance Fund of Ukraine. Available at: <http://www.social.org.ua>. Accessed: 10 Jun. 2019.
- ANALYSIS of industrial accidents and occupational diseases in 2014 in Ukraine. Social Insurance Fund of Ukraine. Available at: <http://www.social.org.ua>. Accessed: 10 Jun. 2019.
- ANALYSIS of industrial accidents and occupational diseases in 2012. Social Insurance Fund of Ukraine. Available at: <http://www.social.org.ua>. Accessed: 10 Jun. 2019.
- ANALYSIS of industrial accidents and occupational diseases in 2015. Social Insurance Fund of Ukraine. Available at: <http://www.social.org.ua>. Accessed: 10 Jun. 2019.
- INFORMATION and Analytical Center of the Federation of Trade Unions of Ukraine. Available at: <http://www.fpsu.org.ua/napryamki-diyalnosti/pravovij-zakhist/6990-pro-rezultati-rozglyadu-rekomendatsij-kruglogo-stolu>. Accessed: 10 Jun. 2019.
- INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Ratified conventions*. Available at: [https://www.ilo.org/gateway/faces/home/ctryHome?locale=EN&countryCode=UKR&\\_adf.ctrl-state=qf3x0c73a\\_9](https://www.ilo.org/gateway/faces/home/ctryHome?locale=EN&countryCode=UKR&_adf.ctrl-state=qf3x0c73a_9). Accessed: 12 Jun. 2019.
- INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Labour Inspection Convention, n. 81, 1947*. Available at: <https://www.ilo.org>. Accessed: 12 Jun. 2019.
- INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Labour Inspection (Agriculture) Convention, n. 129, 1969*. Available at: <https://www.ilo.org>. Accessed: 12 Jun. 2019.
- INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. *Labour Inspectorates (Non-Metropolitan Territories) Convention, n. 85, 1947*. Available at: <https://www.ilo.org>. Available at: <https://www.ilo.org>. Accessed: 12 Jun. 2019.
- UKRAINE. *Law of Ukraine of December 28, 2014*. On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Reforming the Compulsory State Social Insurance and Legalization of the Wage Fund. 2014.
- UKRAINE. *Law of Ukraine, October 14, 1992 № 2694-XI*. On Labor Protection. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-12?lang=en>. Accessed: 9 Jun. 2019.
- PRESENTATION of the Employment Service Reform of June 26, 2015. Available at: <http://tsn.ua/groshi/derzhava-pracevlashtovuvatime-ukrayinciv-po-novomu-prezentaciya-reformi-sluzhbi-zaynyato-sti-445971.html>. 10 Jun. 2019
- UKRAINE. Cabinet of Ministers of Ukraine. *Regulations on the State Service of Ukraine on Labor, Resolution of the, February 11, 2015 № 96*. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/96-2015-%D0%BF?lang=en>. Accessed: 9 Jun. 2019.
- UKRAINE. [Constitution (1996)]. *The Constitution of Ukraine, June 28, 1996 № 254к/96-ВР*. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?lang=en>. Accessed: 9 Jun. 2019.
- UKRAINE. *The Labor Code of Ukraine, on December 10, 1971 № 322-VII*. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08?lang=en>.
- АНУФРІЄВ, М. І. Зміцнення дисципліни і законності як фактор дотримання прав і свобод громадян у службовій діяльності працівників ОВС. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. n. 11, с. 9-12, 2000. Accessed: 9 Jun. 2019.
- Богданова О. В. *Проблеми використання теорії піраміди травматизму для запобігання нещасним випадкам на виробництві. Проблеми охорони праці в Україні: збірник наукових праць*. Київ: ДУ «Національний науково-дослідний інститут промислової безпеки та охорони праці», Вип. 29. 2015. С. 43.
- ДАРАГАНОВА, Н. В. *Сучасний стан правової освіти у сфері управління охороною праці в Україні. Правова освіта в Україні: еволюція, сучасний стан, перспективи розвитку: матеріали науково-практичної конференції*. Київ: Академія адвокатури України, 2017. Available at: <https://sites.google.com/my.aau.edu.ua/conf-27-04-2017/матеріали/матеріали-частина-5>. Accessed: 10 Jun. 2019.

ЗАЛОЗНОВА, Ю. С., Брага І. Г. Оцінка стану охорони та безпеки праці й соціально-економічних наслідків їх незабезпечення у вугільній промисловості України. *Економіка промисловості*. п. 2, с. 271–279, 2011.

КРУЖИЛКО О. Є. *Наукові засади оперативного управління охороною праці*: автореф. дис. ... докт. техн. наук: 05.26.01. Київ, 2011. с. 5.

НЕРСЕСЯНЦ В. С. *Юриспруденція*. Введение в курс общей теории права и государства: для юридических вузов и факультетов. Москва: НОРМА-ИНФРА·М, 1998. 288 с.

СОРОЧИНСЬКА О. А. *Стан охорони праці в Україні та заходи для її поліпшення*. Збірник наукових праць Державного економіко-технологічного університету транспорту. Сер.: Транспортні системи і технології. Вип. 24. С. 240–247. 2014.

УКРАЇНЕЦЬ С. Я. *Стенограма виступу на Парламентських слуханнях від 17 листопада 2010 р.* «Про стан промислової безпеки та охорони праці». Available at: [http://rada.gov.ua/zakon/skl6/11session/par\\_sl/sl1711110.htm](http://rada.gov.ua/zakon/skl6/11session/par_sl/sl1711110.htm). Accessed: 10 Jun. 2019.

ХОХОТВИО.І. *Стенограма виступу на Парламентських слуханнях від 17 листопада 2010 р.* «Про стан промислової безпеки та охорони праці». Available at: [http://static.rada.gov.ua/zakon/skl6/11session/par\\_sl/sl1711110.htm](http://static.rada.gov.ua/zakon/skl6/11session/par_sl/sl1711110.htm). Accessed: 10 Jun. 2019.

NATIONAL INSTITUTE FOR STRATEGIC STUDIES. Щодо відповідності об'єднання Державної інспекції України з питань праці та Державної служби зайнятості України стандартам міжнародної організації праці /. Available at: <http://www.niss.gov.ua/articles/1341>.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**International Regulation and Global Governance:** The EU influential method in times of normativity change

**Regulação Internacional e Governança Global:** o método influencial da UE em tempos de mudança normativa

Gabriela Hühne Porto

Paula Wojcikiewicz Almeida

Juliana Maia F. A. Netto

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# International Regulation and Global Governance: The EU influential method in times of normativity change\*

## Regulação Internacional e Governança Global: o método influencial da UE em tempos de mudança normativa

\* Recebido em 09/08/2019  
Aprovado em 19/04/2020

\*\* Bachelor of Law from the University of the State of Rio de Janeiro (UERJ); Master's degree in International Law at the UERJ Graduate Program. Since 2016, she has worked as a research assistant in International and European Law at FGV Direito Rio, currently, in the FGV Jean Monnet Centre of Excellence on EU-South America Global Governance. Email: gabriela.porto@fgv.br

\*\*\* Professor of International Law and EU Law, Getulio Vargas Foundation Law School in Rio de Janeiro (since 2008). Director of the Jean Monnet Centre of Excellence on EU-South America Global Governance, sponsored by the European Commission at the Getulio Vargas Foundation Law School. Associate Researcher at the Institute of International and European Law at the Sorbonne (IREDIÉS). Professor of the Post-Graduate Programs of the Getulio Vargas Foundation Law School and of the Masters in International Relations of the Faculty of Social Sciences, Getulio Vargas Foundation in Rio de Janeiro. Qualified as 'maître des conférences' in Public Law (France, CNU). Elected Brazilian Member of the International Law Association Committee on the Procedure of International Courts and Tribunals. Chair of the Interest Group on 'International Courts and Tribunals' of the Latin American Society of International Law (LASIL). Doctorate with honors *summa cum laude* in International and European Law at the Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (mention très honorable avec les félicitations du jury à l'unanimité, recommandé à des prix de thèse et à des subventions à la publication). Masters of Law (Master II Recherche – former DEA) in Public International and European Law – Université Paris XI, Faculté Jean Monnet. Post-doctoral visiting scholar at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2014). Visiting professor at the École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2019). Email : paula.almeida@fgv.br

\*\*\*\* Undergraduate student of Law from Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro (FGV Direito Rio). Email: juliana.maiaferreira@gmail.com

Gabriela Hühne Porto\*\*

Paula Wojcikiewicz Almeida\*\*\*

Juliana Maia F. A. Netto\*\*\*\*

### Abstract

This article intends to access the role of governance reforms as a response to the challenges raised by the expansion of normative powers in International and European legal orders. Arguably, traditional legal categories have ceased to adequately reflect the actual stage of economic, social and legal cross-border relations within multiples actors and interests. Changes in International and European law-making are indeed noticeable and result in many regulatory challenges derived from the increased participation of non-state actors. These changes produce impact via soft law instruments, such as recommendations, guidelines, non-binding agreements and reports. Particularly, for decision-making processes involving public interest, questions of legitimacy and accountability are frequently raised in the exercise of authority. In spite of the European Union's particular structure, the challenges concerning the division and allocation of authority at the EU level are common to those reflected at the international level. In the last decades, there has been an "evolution" in the EU Governance, including the development of good and multilevel governance mechanisms. By implementing a deductive method, this article aims to access to what extend the EU institutional response can encourage and inspire the accommodation of the international legal order to the current normativity changes.

**Keywords:** International Regulation; Global Governance; Good Governance; Legitimacy, Accountability; European Union, Non-State Actors; Soft Law.

### Resumo

Este artigo pretende acessar o papel das reformas de governança como resposta aos desafios levantados pela expansão dos poderes normativos nas ordens jurídicas internacionais e europeias. Possivelmente, as categorias jurídicas tradicionais deixaram de refletir adequadamente o estágio real das relações econômicas, sociais e jurídicas transfronteiriças entre múltiplos ato-

res e interesses diversos. Mudanças no processo legislativo internacional e europeu são de fato perceptíveis e geram diversos desafios regulatórios, derivados da maior participação de atores não estatais e do impacto de instrumentos de *soft law*, como recomendações, diretrizes, acordos e relatórios não vinculativos. Particularmente para processos de tomada de decisão envolvendo interesse público, questões de legitimidade e responsabilidade são levantadas no exercício da autoridade. Apesar da estrutura específica da União Europeia, os desafios relativos à divisão e alocação de autoridade no nível europeu são semelhantes aos internacionais. Nas últimas décadas, houve uma “evolução” na governança da UE, incluindo o desenvolvimento de mecanismos de governança boa e multinível. Ao implementar o método dedutivo, este artigo visa acessar até que ponto a resposta institucional da UE pode encorajar e inspirar a acomodação da ordem jurídica internacional às atuais mudanças normativas.

**Palavras-chave:** Regulação Internacional; Governança Global; Boa Governança, Legitimidade, *Accountability*; União Europeia, *Non-State Actors*; Soft Law.

## 1 Introduction

The bursting of geopolitical frames following globalization reveal de-territorialized forms of power and fragmented state sovereignty<sup>1</sup>. Changes in the normative, political and economic environment inspire new patterns of allocation of public authority and “informal” exercise of power at the global level<sup>2</sup>. Traditional legal categories have ceased to adequately reflect the actual stage of economic, social and legal cross-border relations within multiples actors and interests. Changes in International and European law-making are indeed noticeable and result in many regulatory challenges derived from the increased participation of Non-State Actors (NSAs). As far as International Law is concerned, there appears to exist a detachment from traditional in-

ternational law-making<sup>3</sup> and an erosion of the fine line that separate the Public International Law field from other types of regulation in the global arena<sup>4</sup>.

These changes in the global arena, not necessarily addressed by instruments derived from Public International Law, produce impact via *soft law* instruments, such as recommendations, guidelines, non-binding agreements and reports. There is no doubt that the increased participation of NSAs and the impact of *soft law* instruments overcome the scope of classical International Law tools, which no longer respond to global regulatory challenges. In this line, many decision-making processes and regulatory rules that used to be exclusively produced by national legislators have now shifted to the global level with the participation of NSAs. This reality has incited debates around issues of legitimacy and accountability in the exercise of authority by NSAs.

In this context, the broad concept of global governance helps to understand the globalized legal structure and also the place for International Law within this structure<sup>5</sup>. However, this concept remains disputed in academia. Esty believes that the global governance debate means shifting from a state-centric view to a globalized system of checks and balances that limits national government’s political mistakes<sup>6</sup>. To Weiss, the governance purpose is the provision of collective efforts to address “*worldwide problems that go beyond the problem-solving capacity of States*”<sup>7</sup>. Von Bogdandy claimed that definitions should not focus exclusively on the actors, but also on their exercises of public authority<sup>8</sup>. In the same line, Zurn states that “*global governance refers to the exercise of*

<sup>1</sup> See WATT, HORATIA MUIR. “Party Autonomy” in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance. *European Review of Contract Law* n. 3, 2010, p. 9.

<sup>2</sup> See BORBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca R. B. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, 2016, p. 147.

<sup>3</sup> D’ASPREMONT, J. Non-state actors in international law: oscillating between concepts and dynamics. In: D’ASPREMONT, J. (ed.). *Participants in the International Legal System*. Abingdon: Routledge, 2011, p. 326.

<sup>4</sup> NASSER, Salem H.. Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015, p. 109-110, 128.

<sup>5</sup> VOLPON, Fernanda; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Desa os da governança energética global e a participação do brics na construção de um novo paradigma energético. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, 2018, p. 202-205.

<sup>6</sup> ESTY, Daniel. *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*. New Haven: Yale Law Journal, 2006. pp. 1578-79

<sup>7</sup> WEISS, Thomas G.; SEYLE, Conor D.; COOLIDGE, Kelsey. *The Rise of Non-State Actors in Global Governance Opportunities and Limitations*. One Earth Future Foundation, 2013. p. 6

<sup>8</sup> See VON BOGDANDY, Armin; PHILIPP, Dann; GOLDMAN, Matthias. *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*. *German Law Journal*, 2009. p. 1380

*authority across national borders as well as consented norms and rules beyond the nation state, both of them justified with reference to common goods or transnational problems”<sup>9</sup>.*

Therefore, an analysis of the exercise of authority in the international scenario enable a better evaluation of international regulation as a whole. Von Bogdandy, Dann and Goldmann define ‘exercise of authority’ as any governance activity developed by an international institution that affects or limits the freedom of any other individual, state or institution<sup>10</sup>. Currently, normative authority is no longer exercised by a closed circle of high-ranking agents representing states, but has become an aggregation of complex procedures involving also new participants<sup>11</sup>. Authority is now exercised by new participants, with complex structures and procedures<sup>12</sup>. According to Bas Arts, Global Governance encompasses both intergovernmental and transnational mechanisms, including state regulation, mixed regulation (by States and NSAs) and private self-regulation (by NSAs only)<sup>13</sup>.

Taking this context into account, the current article intends to assess the role of governance reforms as a response to the challenges raised by the expansion of normative powers in International and European legal orders. Indeed, alternative exercises of normative authority at both international and supranational levels have raised democratic concerns. As far as the European Union is concerned, several reforms were adopted in its model of governance in the last decades, including the development of good and multilevel governance mechanisms. Therefore, one may wonder whether the EU response can encourage and inspire the accommodation of the international legal order to the current normativity changes.

<sup>9</sup> ZURN, Michael. **A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy, and Contestation**. Oxford University Press, 2018, p. 4.

<sup>10</sup> VON BOGDANDY, Armin; PHILIPP, Dann; GOLDMAN, Matthias. **Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities**. German Law Journal, 2009. p. 1376

<sup>11</sup> d’ASPREMONT, Jean. **Non-State Actors in International Law: Oscillating between Concepts and Dynamics**. Routledge, 2011. p. 4

<sup>12</sup> d’ASPREMONT, Jean. **Non-State Actors in International Law: Oscillating between Concepts and Dynamics**. Routledge, 2011. p. 4

<sup>13</sup> ARTS, Bas. **Non-State Actors in Global Governance: Three Faces of Power**. Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, 2003. p. 11

This article will first proceed with an analysis of the manner in which NSAs can influence the law-making and regulatory processes in the international legal system, as well as the challenges that permeate the process of expanding normative powers in the international order (2); in order to assess the role of EU governance reforms as a response to the challenges raised by the expansion of normative powers in International Law (3).

## 2 The shift of authority beyond the state: the multiplicity of agents and interests in contemporary international law-making

The contemporary global order presents a multiplicity of agents and interests, which constitute complex economic, social and legal cross-border relations<sup>14</sup>. Since States do not possess the resources to individually offer regulatory responses to all global challenges, other participants and organizations have increasingly incorporated normative functions in international regulation (2.1). This process produces benefits, but also bears some dilemmas, such as legitimacy claims and the lack of accountability mechanisms in most international bodies (2.2).

### 2.1 The normative contribution of NSAs

The global governance system presupposes the contribution of NSAs in dealing with the provision of common goods and transnational problems. Although the presence of NSAs is not a new phenomenon, their role has become more prominent in recent decades with globalization and increased privatization of government domains<sup>15</sup>. Indeed, the rise of functional regimes, hybrid actors and private legislators produce a noteworthy impact in the processes of rule-making and

<sup>14</sup> XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de Convergências no Direito Internacional. *Revista Direito GV* 5(2), 2009, p. 425.

<sup>15</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Report: non state actors. Johanesburg Conference (2016); Professor Math Noortmann (UK): *Chair*; Dr Veronika Bilkova (Czech Republic): *Rapporteur*, p. 8. See also BORBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca R. B. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, 2016, p. 147.

decision-making<sup>4</sup>.

International law-making has also been affected by the increase of NSAs' participation. Although States remain the main actors of international relations<sup>16</sup>, this new scenario requires scholars to tackle not only how these NSA can be defined, but also, how can they fit in the current global governance structure.

There is no official definition of NSAs, nor a specific provision that limits their role in international law-making. The International Law Association (ILA), for example, proposes that these are entities, not controlled by States, capable of playing a major role in decision and policymaking in the international arena<sup>17</sup>. The European Commission grants a similar concept and defines NSAs as a range of organizations, created voluntarily, that involve different structures of the society, outside governments and public administration organs, in order to promote interests<sup>18</sup>.

Some contest the inclusion of Intergovernmental Organizations (IOs) in the concept of NSAs, since, they are composed by States and are usually associated with their interests; while others debate whether entities considered illegitimate or illegal, such as pirate groups and armed opposition groups, should be included in this concept<sup>19</sup>. Nonetheless, if definitions may differ, these multiple concepts present at least two common ideas: (i) their independence from governmental structures, and (ii) their relevant impact on the international legal system.

It is a fact that NSAs are increasingly engaging in international law-making processes, and some might even have more power than an average State party<sup>20</sup>. That

leads us to question the current organization of global governance, and how new institutions, such as NGOs (Non-Governmental Organizations) and multinational companies, may act in the system while creating benefits for global governance.

Decisions adopted by NSAs are usually included in the category of *soft-law* instruments<sup>21</sup>, being of a declaratory nature. However, they may still constitute important instruments of enforceability in the international system due to their capacity to influence State's behaviour and conduct. Also, non-binding rules established by NSAs may, eventually, result in binding legal rules<sup>22</sup>. In this view, Bas Arts presents three faces of power that might be exercised by NSAs: (i) decisional power; (ii) discursive power, and (iii) regulatory power<sup>23</sup>.

In practice, NSAs usually engage in or influence the drafting of international treaties, such as the case of the Geneva Conventions, in which the International Committee of the Red Cross (ICRC) approved Article 4(g), therefore creating the duty to work towards a "*dissemination of knowledge of international humanitarian law in armed conflicts*". Likewise, in 1992, a committee was formed to launch the International Campaign to Ban Landmines (ICBL). The group, that is now composed of over 1,300 NGOs operating at the national and international levels, succeeded in approving the 1997 Ottawa Mine Ban Treaty (*The Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction*). The ICBL organized a working group responsible for encouraging the ratification, implementation and strengthening of the Mine Ban Treaty. NSAs were also known to have significant roles in the development of the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court and in the Convention of the Rights of the Child. Those are clear examples of NSAs exercising both their decisional and discursive powers<sup>24</sup>.

<sup>16</sup> NASSER, Salem H. Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, 2015, p. 113.

<sup>17</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Committee on Non-State Actors Report of the 2016 Johannesburg Conference. p. 3

<sup>18</sup> Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, *Participation of Non-State Actors in EC Development Policy*(Brussels, 07.11.2002, COM(2002) 598 final) 5

<sup>19</sup> For further details, see INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Committee on Non-State Actors Report of the 2016 Johannesburg Conference; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Committee on Non-State Actors Report of the 2012 Sofia Conference; and INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Committee on Non-State Actors Report of the 2010 Hague Conference.

<sup>20</sup> ZYBERI, Gentian. **Non-State Actors from the Perspective of the International Law Commission**. Routledge, 2011. p. 167

<sup>21</sup> The Statute of the International Court of Justice, Article 38 (1), provides a list of sources of public international law, understood as primary and subsidiary sources. While the first are formal sources, such as treaties, international customs and general principles of law, the latter are related to non-binding instruments, such as jurisprudence.

<sup>22</sup> GIERTL, Adam; LAZOECÁKOVÁ, Tímea. **The Role of Non-Governmental Organizations in International Law-making**. IX CYIL, 2018. p. 47.

<sup>23</sup> ARTS, Bas. **Non-State Actors in Global Governance: Three Faces of Power**. Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, 2003.

<sup>24</sup> the International Committee of the Red Cross (ICRC) approved Article 4(g), therefore creating the duty to work towards a "*dissemina-*

Furthermore, NSAs are able to influence the construction of general principles of law. They can lead States to introduce certain norms in their domestic system in order to analyse whether they could be considered as a general principle. Additionally, they might influence a court to consider a certain provision as a generally accepted principle by the international community<sup>25</sup>.

It is also known that, due to their technical expertise, NSAs are commonly invited to participate in decision-making processes. Indeed, NSAs are also important participants in the decision-making processes in international bodies. For instance, many UN Secretariat departments have ongoing working relationships with NGOs, in order to supplement their limited information and resources<sup>26</sup>. Another example of the capacity of NSAs to make legal commitments concerns the elaboration of codes of conduct, voluntarily adopted by MNEs (Multinational Enterprises), to create corporate social responsibility and to guarantee the protection of human and environmental rights<sup>27</sup>.

Notwithstanding, despite NSAs relevance in today's globalized structure, global governance also faces challenges. Due to the expansion of global normativity, the line between international/domestic rule-making and decision-making is as fine as the borders between nations, and there are no clear boundaries between institutional competences<sup>28</sup>. In this context, the increased participation of NSAs inevitably highlights problems related to legitimacy, enforcement and accountability at the global level.

## 2.2 The normative challenges of NSAs' exercise of public authority

The idea that States have (implicitly) derogated some of their competences to international bodies, such as the World Bank and the International Monetary Fund (IMF) is now part of the global dynamic. International bodies, including

*tion of knowledge of international humanitarian law in armed conflicts*".

<sup>25</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Committee on Non-State Actors Report of the 2016 Johannesburg Conference. p. 11

<sup>26</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Committee on Non-State Actors Report of the 2012 Sofia Conference. p. 12

<sup>27</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Committee on Non-State Actors Report of the 2012 Sofia Conference. p. 5

<sup>28</sup> ALVAREZ, Jose E. *The New Treaty Makers*. Boston: Boston College International & Comparative Law Review, 2002. p. 214

NSAs, have indeed acquired significant roles in global regulation in the recent years<sup>29</sup>. The rupture of the traditional state monopoly in the exercise of public authority opened the floor to intense criticism concerning the legitimacy and accountability deficits in the current regulatory systems. As a response, interested institutions are looking for mechanisms to boost their legitimacy, to guarantee the effectiveness and accountability of their decisions and to implement good governance practices<sup>30</sup>. This section aims to assess the outcome of constant tensions caused by the shift of authority beyond the state, including legitimacy (2.2.1) and accountability (2.2.2) concerns in the current international law-making process.

### 2.2.1 Legitimacy

The idea of legitimacy is usually associated with "the right to rule". In this sense, a legitimate institution or court would have the justifiable right to establish rules, issue judgments and elaborate opinions that will be taken in due consideration by the international legal system<sup>31</sup>. As Andersen puts it, legitimacy is "*the quality of a political order to be able to act with the broad and largely unquestioning support of its members*"<sup>32</sup>. The legitimation process is composed by actors who seek justifications related to their interests, practices and institutional designs. These justifications constitute the so-called "legitimacy claims"<sup>33</sup>.

It is important to note, however, that legitimacy can be understood through two different perspectives: via a sociological and/or a normative lens. On the one hand, normative legitimacy derogates from the idea that a particular institution has the right to rule on a specific mat-

<sup>29</sup> POSTIGA, Andréa Rocha. *A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto*. Brasília: Revista de Direito Internacional, 2013. p. 174

<sup>30</sup> The *Global Administrative Law* literature offers rich contributions in this matter. See, for example: KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. *The Emergence of Global Administrative Law*. In: *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, p. 15-61.

<sup>31</sup> COHEN, Harlan G.; FOLLESSAL, Andreas; GROSSMAN, Nienke; ULFSTEIN, Geir. *Legitimacy and International Courts - A Framework*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 3

<sup>32</sup> ANDERSON, Kenneth. *Global Governance: The Problematic Relationship between Global Civil Society and the United Nations*. WCL Research Series, 2008

<sup>33</sup> REUS-SMIT, Christian. *International Crises of Legitimacy*. *International Politics*, 2007. p. 159

ter<sup>34</sup>; while, on the other hand, sociological legitimacy is much more associated with public belief<sup>35</sup>. If a state does not believe in a particular international institution, it most likely will not cooperate with the decisions rendered by it. In other words, if an institution is being discredited due to the lack of its normative legitimacy, the debate is not whether others *believe* it has the right to rule, but whether it *has* the right to rule<sup>36</sup>.

By contrast, the debate surrounding sociological legitimacy relates to the idea of public legitimacy, and whether the mass public believe that a court or institution has the right to exercise its authority in a certain domain<sup>37</sup>. These distinct approaches to legitimacy do not imply that both perspectives should be analysed independently. Indeed, the same institutions are subject to both normative and sociological legitimacy, since “*whether an institution has the objective right to exercise power may depend in part on whether people subject to its authority find it legitimate.*”<sup>38</sup>

However, one of the main criticisms in Global Governance remains the lack of an electoral underpinning to make binding decisions legitimate<sup>39</sup>. Democracy is commonly seen as the adequate system to provide an effective mechanism for accountability and to justify the use of authority<sup>40</sup>. Therefore, from this point of view, most decisions established by international institutions would be illegitimate, since international authorities are usually not democratically elected. Yet, that line of thought is inaccurate for one fundamental reason: it is possible to legitimately establish good governance prac-

tices even without direct elections<sup>41</sup>.

For instance, the United Nations provides eight essential characteristics for good governance practices: participation, consensual orientation, accountability, responsiveness, effectiveness, equitability, inclusiveness and the use of the rule of law<sup>42</sup>. It also understands that these activities require that public participation has due consideration, and that minorities voices are taken into account in the decision-making process. Those practices help to legitimize authority in the international scenario and to maximize the benefits of Global Governance<sup>43</sup>.

To that end, Esty argues that legitimacy in a global context can be achieved through different assets: efficacy and delivery of good results (result-based legitimacy), rigorous rulemaking (order-based legitimacy), checks and balances structures (systematic legitimacy), public dialogue (deliberative legitimacy) and procedural stability (procedural legitimacy)<sup>44</sup>. Those are the mechanisms that could help to remedy the absence of democratic elections in international bodies. In that sense, different institutions may be legitimate for different reasons. For instance, the UN General Assembly might justify its authority because of its inclusiveness, while an Arbitral Tribunal might support its impartiality and procedural rigor to justify its actions<sup>45</sup>.

According to Esty’s proposal<sup>46</sup>, Result-Based Legitimacy derogates from the expertise of the policymaker and its capacity to generate social welfare benefits. That requires the ability to deliver good results with neutrality, focus and knowledge. The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), for instance, is known for its technical expertise. The intergovern-

<sup>34</sup> COHEN, Harlan G.; FOLLESSAL, Andreas; GROSSMAN, Nienke; ULFSTEIN, Geir. **Legitimacy and International Courts - A Framework**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 4

<sup>35</sup> COHEN, Harlan G.; FOLLESSAL, Andreas; GROSSMAN, Nienke; ULFSTEIN, Geir. **Legitimacy and International Courts - A Framework**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 11

<sup>36</sup> BUCHANAN, Allen; KEOHANE, Robert O. **The Legitimacy of Global Governance Institutions** *Ethics & International Affairs*, 2006. p. 405.

<sup>37</sup> VOETEN, Erik. **Public Opinion and the Legitimacy of International Courts**. *Theoretical Inquiries in Law*, 2013. p. 414

<sup>38</sup> SCHAFFER, Johan Karlsson. **Legitimacy, Global Governance and Human Rights Institutions: Inverting the puzzle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 8

<sup>39</sup> ESTY, Daniel. **Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law**. New Haven: Yale Law Journal, 2006. p. 1507.

<sup>40</sup> ESTY, Daniel. **Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law**. New Haven: Yale Law Journal, 2006. p. 1507

<sup>41</sup> ESTY, Daniel. **Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law**. New Haven: Yale Law Journal, 2006. p. 1516

<sup>42</sup> UNITED NATIONS. **What is Good Governance?** Available at <<https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>>

<sup>43</sup> ESTY, Daniel. **Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law**. New Haven: Yale Law Journal, 2006. pp. 1514.

<sup>44</sup> ESTY, Daniel. **Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law**. New Haven: Yale Law Journal, 2006. p. 1516

<sup>45</sup> MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. **Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority**. Hart Publishing, 2018. pp. 3-4.

<sup>46</sup> ESTY, Daniel. **Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law**. New Haven: Yale Law Journal, 2006. p. 1516

mental organization implements a policy of data and information exchange, benchmark performances and review policy results. Additionally, it constantly organizes meetings with ministers to cooperate and discuss relevant issues. In a similar manner, the World Trade Organization (WTO) - even though it lacks public participation mechanisms - adopts technical processes in its Appellate Body, such as notices of appeal, consistent base of jurisprudence and rational mechanisms for decision making in order to increase its legitimacy<sup>47</sup>.

Alternatively, Order-Based Legitimacy derives from the need to clarify rules and impose order to a certain community, providing traditional structures and stability. The Systematic Legitimacy, on the other hand, requires institutions to adopt checks and balances structures in order to guarantee the rule of law. This might occur through the process of spreading responsibilities across different agents and international bodies, creating a system of cooperation among authorities. On the other hand, Deliberative Legitimacy enhances the debate in the rulemaking process. The main idea is that, due to the broad range of views, deliberation promotes a more rational, carefully constructed and improved decisions. Lastly, the Procedural Legitimacy requires that international agents act within the right process and follow the established rules to improve its outcomes.

Therefore, it is possible to ensure the legitimacy of international institutions regardless of the fact that their representatives are not democratically elected. Yet, in order to remedy the democratic deficit and improve its sociological legitimacy, institutions are encouraged to adopt good governance structures to engage in the public debate, establish orders and produce great outcomes.

### 2.2.2 Accountability

The lack of accountability also draws much criticism. Over the recent years, there has been a massive increase of international rules and decisions made by NSAs and international regulatory bodies. Along with the growing tendency of globalization, accountability deficits have been put into question by many global institutions, such

as the IMF, WTO and the World Bank<sup>48</sup>. However, only weak - if any - accountability mechanisms have been properly implemented<sup>49</sup>. Nagel argues that it is common for national regimes to implement responsibility mechanisms but, when referring to a global regime, there is no similar responsibility mechanism of social justice for the citizenry of the states affected by the implemented decisions<sup>50</sup>.

As far as the United Nations are concerned, accountability is considered as one of the five critical principles in order to build good governance practices<sup>51</sup>. Krisch, for instance, states that there is a need for accountability whenever “*a responsible power-wielder has such an impact on the autonomy and equality of individuals in the affected population that democratic regulation is warranted*”<sup>52</sup>. The Council of Europe defines accountability as the possibility of an agent to be liable and to give “*account or explanation of actions and, where appropriate, to suffer the consequences (...) if it should appear that errors have been made*”<sup>53</sup>.

Schedler analyses the concept through two different perspectives: answerability and enforcement. The first one is related to the obligation to inform and provide details on the decisions, while the latter refers to the possibility of punishment in cases where the authority is caught in improper behaviour<sup>54</sup>. Thus, accountability in global governance should not only ensure that the decision-making process is transparent, but also guarantee the power to remove political actors in the global sphere. In other words, accountability in global governance depends not only on building transparent mecha-

<sup>48</sup> LAFONTI, Cristina. **Accountability and global governance: challenging the state-centric conception of human rights**. Taylor & Francis, 2010. p. 193

<sup>49</sup> SCHOLTE, Jan Aart. **Civil Society and Democratically Accountable Global Governance**. Blackwell Publishing, 2004. p. 1

<sup>50</sup> NAGEL, Thomas. **The Problem of Global Justice**. Blackwell Publishing, 2004. pp. 139-40. As cited by LAFONTI, Cristina. **Accountability and global governance: challenging the state-centric conception of human rights**. Taylor & Francis, 2010. p. 197

<sup>51</sup> UNITED NATIONS. **Policy Note Global governance and global rules for development in the post-2015 era**. United Nations, 2014. p. 15

<sup>52</sup> KINGSBURY, Benedict; KRISCH. **Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order**. The European Journal of International Law, 2006. p. 6

<sup>53</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW. **Report on the Democratic oversight of the Security Service**. Council of Europe, 2007. p. 4.

<sup>54</sup> SCHEDLER, Andreas. **Conceptualizing Accountability**. Lynne Rienner, 1999. pp. 13 - 15, as cited in HALE, Thomas N. **Transparency, Accountability, and Global Governance**. Brill, 2008. pp. 74-75

<sup>47</sup> ESTY, Daniel. **Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law**. New Haven: Yale Law Journal, 2006. pp. 1543-1549

nisms, but also on establishing clear commitments and goals, review processes and “follow-up” mechanisms to guarantee compliance. This means that the idea of accountability should not be seen as an end in itself, but rather as a mechanism to achieve good governance results<sup>55</sup>.

Additionally, Mendes argues that, while tools to secure accountability are essential for ensuring legitimacy in global governance, they do not provide us with any guidelines as to who should do what in the international legal system<sup>56</sup>. According to her, “*accountability is concerned with who gives account to whom, with the question of how an actor gives account, and with which possible consequences*”. Thus, the concept of accountability is closely related to the distribution of power among different institutions and agents. As a consequence, there is still need for examining the issue of how responsibilities should be distributed between different international institutions and regulatory bodies.

For that reason, a well-functioning system of separation of powers, that provides the engagement between institutions, is essential to enhance accountability in the global system<sup>57</sup>. In this sense, global governance should not be merely based on the traditional and abstract idea of separation of powers, but rather on a realistic system of checks and balances based on what a particular institution can contribute with<sup>58</sup>. Therefore, the current tendency is to depart from a traditional tripartite division of powers and to move towards a concept of relative authority<sup>59</sup>. This idea indicates that global governance

should be articulated and not diffused. It is not about divisions, but connections<sup>60</sup>.

Certainly, the search for an effective alternative to overcome legitimacy and accountability concerns is a demanding task for international scholars due to the complex character of the global governance debate and structures. Nonetheless, although faced with sophisticated institutional particularities and constant political tensions, the European Union was able to adopt multiple governance reforms in the last decades as an attempt to minimize the democratic distress.

### 3 The evolution of EU Governance: from gradual reforms towards an articulated method of governance

When it comes to international governance, authority is often dispersed and fragmented. In worldwide organizations, intergovernmental rule-making, rule-application and rule-enforcement processes are inadequately supported and ‘constitutionally restrained’<sup>61</sup>. Globally, there is no centralized regulatory institution; rather, a plurality of legal orders is arrayed horizontally and vertically, publicly and privately.<sup>62</sup> In this context, discussing the distribution and organization of powers in the European Union can be insightful for global legitimacy claims due to EU’s potentially instructive conceptual and practical developments<sup>63</sup>.

At the European level, the challenges concerning the division and allocation of authority are similar to those found at the international level, and this in spite of the EU’s particular structure<sup>64</sup>. EU policy-making,

<sup>55</sup> UNITED NATIONS. *Policy Note Global governance and global rules for development in the post-2015 era*. United Nations, 2014. p. 15

<sup>56</sup> MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. *Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority*. Hart Publishing, 2018. p. 18

<sup>57</sup> CAROLAN, Eoin; CURTIN, Deirdre. *In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers*. In: *Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority*. Hart Publishing, 2018. p. 72

<sup>58</sup> Eoin Carolan, Deirdre Curtin, *In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers*. In: *Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority*. Hart Publishing, 2018. p. 54. See also MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. *Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority*. Hart Publishing, 2018. p. 18.

<sup>59</sup> MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. *Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority*. Hart Publishing, 2018. p. 18

p. 18

<sup>60</sup> MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. *Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority*. Hart Publishing, 2018. p. 11.

<sup>61</sup> PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.), *Multilevel Governance of Interdependent Public Goods Theories, Rules and Institutions for the Central Policy Challenge in the 21st Century*, Florence: European University Institute, 2012, p. 196.

<sup>62</sup> CAFFAGI, Fabrizio, CARON, David D. “Global Public Goods amidst a Plurality of Legal Orders: A Symposium”. *The European Journal of International Law* Vol. 23 no. 3, 2012.

<sup>63</sup> MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. *Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority*. Hart Publishing, 2018. p. 6.

<sup>64</sup> MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. *Allocating Authority:*

for example, involves multiple public and private actors at different levels of government<sup>65</sup>. When searching for alternatives to minimize legitimacy and accountability concerns in decision-making processes, one might consider EU's articulated models of governance which are oriented by good governance principles and a multilevel governance approach.

In response to the growing institutional criticism in the early 2000's and to the community's distrust in the EU's capacity to deal with worldwide problems, the Commission identified the need to reform the European governance<sup>66</sup>. At that time, EU traditional legal concepts were no longer sufficient to "make sense of the way things work let alone to regulate the policy making process"<sup>67</sup>. In an attempt to build more inclusive and accountable policy strategies, the Commission proposed good governance principles to guide Member States, local authorities and civil society towards a more effective system (3.1)<sup>68</sup>. Then, almost 20 years later, as the challenges persisted, initiatives of multilevel governance gained prominence in Europe (3.2).

### 3.1 EU good governance principles

The European Union defines governance as "the rules, processes, and behaviour by which interests are articulated, resources are managed, and power is exercised in society"<sup>69</sup>.

who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority. Hart Publishing, 2018. p. 3-6. "Drawing lessons or inspiration does not mean to emulate".

<sup>65</sup> BÖRZEL, T. A.; HEARD-LAURÉOTE, Karen. Networks in EU Multi-Level Governance: Concepts and Contributions. *Journal of Public Policy*, Vol. 29, No. 2, Networks in European Union Governance (Aug., 2009), pp. 135-151. According to the author, "While there is broad scholarly agreement that policy-making in the European Union (EU) involves a multitude of public and private actors at different levels of government, there is less agreement whether the EU should be conceptualized as a form of governance by networks or governance in networks".

<sup>66</sup> DEHOUSSE, Renaud. Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance. In: JOERGES, Christian, DEHOUSSE, Renaud. *Good Governance in Europe's Integrated Market*. Oxford University Press, 2002.

<sup>67</sup> DEHOUSSE, Renaud. Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance. In: JOERGES, Christian, DEHOUSSE, Renaud. *Good Governance in Europe's Integrated Market*. Oxford University Press, 2002, p. 227.

<sup>68</sup> EUROPEAN COMMISSION. *European Governance*. European Union, COM (2001) 428, 2001. p. 7

<sup>69</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and the European Economic and Social Committee - Governance*

Hence, influential change in the distribution of power and decision-making should be accompanied by governance changes. In the beginning of the 21th century, there was a feeling that EU traditional legal categories have "ceased to adequately reflect the actual operation of the EU's machinery"<sup>70</sup>. The emergence of new actors – such as the EU administrative agencies<sup>71</sup>- and the technical complexity of policy-making illustrated a "discrepancy between legal perceptions and functional realities" in the EU<sup>72</sup>.

In the context of governance reforms, the concept of 'good governance' gained importance. This concept may be understood through two complementary lenses: as a process of governance or as an outcome of governance. For instance, the United Nations Commission on Human Rights proposes five characteristics of good governance: transparency, responsibility, accountability, participation, and responsiveness<sup>73</sup>. This implies that good governance is more associated with the process and development of its policies than with its results. By contrast, the UN Resolution 2000/64 associates good governance practices with the "growth and sustainable human development"<sup>74</sup>. The UN Resolution 2000/64 also notes that good governance practices will necessarily vary according to different societies' particular circumstances and needs.

Within the EU framework, the Committee of the

and Development. European Union, COM (2003) 615, 2013. para 1.4

<sup>70</sup> DEHOUSSE, Renaud. Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance. In: JOERGES, Christian, DEHOUSSE, Renaud. *Good Governance in Europe's Integrated Market*. Oxford University Press, 2002.

<sup>71</sup> For specific challenges involving accountability of EU agencies, see: VOS, Ellen. Making Informal International Law Accountable: Lessons from the EU. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan. *Informal International Lawmaking*. Oxford University Press 2012, p. 376.

<sup>72</sup> DEHOUSSE, Renaud. Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance. In: JOERGES, Christian, DEHOUSSE, Renaud. *Good Governance in Europe's Integrated Market*. Oxford University Press, 2002.

<sup>73</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. *Good Governance and Human Rights*. United Nations, 2008. as cited in BRADLEY, Andres; SLOCUM-BRADLEY, Nikki. *Is the EU's Governance 'Good'? An assessment of EU Governance in its partnership with ACP States*. UNU Institute on Comparative Regional Integration Studies Working Papers W-2010/1, 2006. p. 6.

<sup>74</sup> BRADLEY, Andres; SLOCUM-BRADLEY, Nikki. *Is the EU's Governance 'Good'? An assessment of EU Governance in its partnership with ACP States*. UNU Institute on Comparative Regional Integration Studies Working Papers W-2010/1, 2006. p. 6.

Regions (CoR) is an important institution for the implementation of good governance practices. The Charter for Multilevel Governance in Europe states that the CoR is committed to promote citizen participation, cooperate with public authorities, and strengthen institutional capacity building and transnational cooperation<sup>75</sup>.

The 2001 White Paper on European Governance presents five principles to achieve changes in governance practices: *openness, participation, accountability, effectiveness and coherence*<sup>76</sup>. In order to promote *openness* and *participation*, the Commission suggests that institutions work together with Member States to implement mechanisms of communication and use clear and understandable language for the general public. These practices might enhance the public's trust and confidence in the Union. Indeed, the Paper was open to public consultation for nine months - which already points to the Commission's commitment to promote openness and transparency in its procedures. The feedback was largely supportive of the mentioned principles, but other proposals, such as the addition of democratic legitimacy and subsidiarity principles<sup>77</sup>, were also suggested.

However, these principles would not be effective without practical mechanisms and proposals. The Commission mentioned, for instance, that it would adopt standards for public consultation and publish them in a code of conduct by the end of 2001<sup>78</sup>. Furthermore, it also committed to the publication of guidelines on the use of expert advice in order to provide more accountability, plurality and integrity in its decisions<sup>79</sup>. The 2001 European Governance White Paper further suggests that "*the Community Method*" should be implemented to guarantee good governance practices within the Union. It presents the mechanism as a means to conciliate different interests of the Commission, Council and European Parliament<sup>80</sup>. According to the Commission, the method "*ensures the fair treatment of all Member States from the largest to the smallest*" and promotes the diversity and

effectiveness of the Union.

The exercise of authority by EU agencies have also been subject of accountability and legitimacy concerns. The agencies are usually autonomous entities and often composed by national, European and stakeholders' representatives<sup>81</sup>. Stronger dialogue with civil society has become part of their regulatory strategy to stimulate "public confidence in EU action"<sup>82</sup>. The involvement of stakeholders and citizens can be traced as a parcel of good governance<sup>83</sup>. In addition, as an outcome of rich regulatory networks, the production of influential non-legally binding documents illustrates the performance of informal law-making in EU Agencies. As a consequence, a set of control and accountability mechanism have been designed and implemented in the last decades<sup>84</sup>.

Another example of the application of good governance principles can be seen in the 2018 Communication to the Commission. In the auspices of the 'Better Regulation agenda', the referred Communication indicates that the European Commission has, in addition to the information provided in its website, created several online consultation tools, such as 'Transparency Portal', 'Transparency Register', 'Financial Transparency System', 'Facilitating access to documents'<sup>85</sup>.

No doubt remains that principles of transparency

<sup>75</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Charter for Multi-level governance in Europe**. Title 2

<sup>76</sup> EUROPEAN COMMISSION. **European Governance**. European Union, COM (2001) 428, 2001. p.10

<sup>77</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Report from the Commission on European Governance**. European Union, 2003. p. 7.

<sup>78</sup> EUROPEAN COMMISSION. **European Governance**. European Union, COM (2001) 428, 2001. p. 11

<sup>79</sup> EUROPEAN COMMISSION. **European Governance**. European Union, COM (2001) 428, 2001, 19

<sup>80</sup> EUROPEAN COMMISSION. **European Governance**. European Union, COM (2001) 428, 2001, 8

<sup>81</sup> VOS, Ellen. Making Informal International Law Accountable: Lessons from the EU. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan. **Informal International Lawmaking**. Oxford University Press 2012, p. 372.

<sup>82</sup> VOS, Ellen. Making Informal International Law Accountable: Lessons from the EU. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan. **Informal International Lawmaking**. Oxford University Press 2012, p. 379.

<sup>83</sup> VOS, Ellen. Making Informal International Law Accountable: Lessons from the EU. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan. **Informal International Lawmaking**. Oxford University Press 2012, p. 379.

<sup>84</sup> VOS, Ellen. Making Informal International Law Accountable: Lessons from the EU. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan. **Informal International Lawmaking**. Oxford University Press 2012, p. 376-80. According to Vos, three set of mechanisms have been implemented: "instruments that precondition the exercise of powers by the agencies and/or their creation; instruments that monitor and review agency activities; and instruments that promote responsiveness of agencies. It is the author opinion that: "overall we can thus conclude that many arrangements to control and hold agencies accountable have been set in place. Shortcomings relate to the unfolding of accountability mechanisms in practice as well as the tensions between the Parliament, the Commission, the Council, and Member States, as well as the consequent multiplicity of controls of accountability lines."

<sup>85</sup> EUROPEAN COMMISSION. **European Governance**. Brussels, COM (2018) 7703, 19,20

and accountability are important to respond to legitimacy concerns. Good governance principles can be essential to achieve trust, especially for improving public administration in the Member States and making the public sector's management and accountability more effective<sup>86</sup>. However, according to Joana Mendes and Ingo Venzke's theory, they might not be sufficient to that end<sup>87</sup>. The authors affirm that the implementation of accountability and transparency mechanisms only access the legitimacy issue when the authority is exercised without control or visibility<sup>88</sup>. This means that such good governance principles might not address the institution's decision-making competences in the division and allocation of authority, neither take into consideration the dynamic relation between different institutions.

After almost 20 years since the debates on good governance started, challenges remained, and initiatives of 'multilevel' or 'multilayer' governance emerged in the EU. Whereas the 2001 White Paper on EU Governance prescribes five substantive principles underpinning good governance (openness, participation, responsibility, effectiveness and coherence), multilevel governance has essentially a procedural nature and was elaborated to ensure the implementation, maintenance and enhancement of these principles<sup>89</sup>.

### 3.2 The European multilevel governance approach

In the context of the EU, there are many connotations of the multilevel governance theory<sup>90</sup>, which relate to different phenomena<sup>91</sup>. The concept was ori-

ginally created by political scholars who were interested in understanding and explaining the functioning of EU decision-making processes. Subsequently, scholars understand that multilevel governance became a normative and a legal concept<sup>92</sup>.

In 2009, the European Committee of the Regions, an EU advisory board composed of regional and local authorities, prepared the White Paper on Multilevel Governance in order to reinforce partnership tools across Europe. It has defined multilevel governance (MLG) as "*coordinated action by the European Union, the Member States and local and regional authorities, based on partnership and aimed at drawing up and implementing EU policies*"<sup>93</sup>. Among other goals, MLG should allow the Union to evaluate the impact of its directives on regional and local levels<sup>94</sup>. It also reassures the "community method" as the cornerstone of European Governance<sup>95</sup>.

This White Paper has a fundamentally "procedural" character as it lays down guidelines regarding how decisions are to be taken in the EU<sup>96</sup>. According to the Committee of the Regions: "*MLG emerges, therefore, as a "method" or "approach": the appropriate method or approach, according to the CoR, for bringing together and coordinating the action of the different levels of government in the EU multi-level system*"<sup>97</sup>. Taking the subsidiarity principle into account, MLG aims for the integration of different layers of government in policy and law making processes, considering the adoption of various mechanisms, such as consultation and territorial impact analyses.<sup>98</sup>

MLG departs from the premise that EU depends on the mode of governance and on various players' contributions in order to address legitimacy, efficiency and

<sup>86</sup> GRIMHEDEN, Jonas; TOGGENBURG Gabriel N. **The Right to Good Administration in the Multilevel System of the European Union**—A "Newish" Right Strengthening the Administrative Culture. Koninklijke Brill nv, Leiden, 2016.

<sup>87</sup> MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. **Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority**. Hart Publishing, 2018. p. 7.

<sup>88</sup> MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. **Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority**. Hart Publishing, 2018. p. 7.

<sup>89</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Multilevel Governance**. European Union, 2009. p. 5

<sup>90</sup> HORGÁ, Joan; FLORIAN, Gyula Laszlo. **Multilevel Governance (MLG) And Subsidiary Principle In White Paper Of MLG Of The Committee Of The Regions (COR)**. Munich: University Library of Munich, MPRA Paper No. 44854, 2011. p.2.

<sup>91</sup> PANARA, Carlo. **Multi-Level Governance as a Constitu-**

**tional Principle**. HKJU-CCPA 16(4), 2016. p.706.

<sup>92</sup> PANARA, Carlo. **Multi-Level Governance as a Constitutional Principle**. HKJU-CCPA 16(4), 2016. p.706.

<sup>93</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Scoreboard for Monitoring Multilevel Governance (MLG) at the European Union level**. European Union, 2011

<sup>94</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Scoreboard for Monitoring Multilevel Governance (MLG) at the European Union level**. European Union, 2011. p. 29.

<sup>95</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Scoreboard for Monitoring Multilevel Governance (MLG) at the European Union level**. European Union, 2011. p. 8.

<sup>96</sup> PANARA, Carlo. **Multi-Level Governance as a Constitutional Principle**. HKJU-CCPA 16(4), 2016. p.711.

<sup>97</sup> PANARA, Carlo. **Multi-Level Governance as a Constitutional Principle**. HKJU-CCPA 16(4), 2016. p.711

<sup>98</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Multilevel Governance**. European Union, 2009. p. 5

visibility issues.<sup>99</sup> Applying a multilevel approach to governance means going beyond participation and consultation, and further promoting a more dynamic system by ensuring greater responsibility for all actors involved (*shared responsibility*). Therefore, MLG aspires a complementary balance between institutional and partnership-based governance.<sup>100</sup>

Consequently, EU MLG should also involve *interparliamentary cooperation* and strengthening of law-making *democratic legitimacy*<sup>101</sup>. In fact, MLG dynamical character prevents it from being solely understood through the lens of the traditional division of powers<sup>102</sup>. According to the 2009 White Paper, having an institutional framework which involves different levels of government is not enough to guarantee good governance. That is because good *cooperation* between different legitimate political and democratic roles is vital and has to be based on trust and not on confrontation<sup>103</sup>.

The non-traditional EU structure of separation of powers can be an example of the dynamic multilevel governance approach. EU accountability mechanisms are based on apolitical arrangements, such as technical overview of comitology committees and the use of benchmarking, in which EU regulations and directives are continually revised to ensure a transparent and rational system of separation of powers<sup>104</sup>. This illustrates a kind of interactive accountability that does not focus on a limited tripartite division of functions.

Seen in these terms, Carolan and Curtin argue that the EU would highly benefit from a concept of separation of powers in accordance with empirical evidences of institutional practices and not on a general idea of division of functions<sup>105</sup>. This division of limits and competences among the institutions is best understood as the *principle of institutional balance*. Jean-Paul Jacqué argues that, according to this principle, institutions should act “*within the limits of their competences*”<sup>106</sup>. That does not imply, however, that legislators, when drafting treaties, are required to establish the exact tasks and weights that each institution should be given. According to Lenaerts and Verhoeven, despite the concept’s imprecise contours, it plays an important role in inspiring a balanced government and in fighting against the democratic deficit<sup>107</sup>. Therefore, the institutional balance system could be used to divide and articulate powers between different institutions in the international community.

Distributing functions is also essential for one logical reason: in most countries, it is impractical that the legislators, given their limited time and resources, make every decision. Thus, it might be necessary to delegate functions to an executive body. Likewise, in the EU, the legislature (the Council and the Parliament) cannot be responsible for all the highly technical and detailed-oriented regulations. For this reason, many decisions are delegated to an executive body (the Commission). Therefore, the concept of comitology refers to the idea that the Council confers certain implementing powers to the Commission that, along with the committees (with national representatives of states), engage in a rule-making process<sup>108</sup>.

Furthermore, a strict tripartite division would indicate that a decision made by one of the three main institutional organs (Parliament, Council and Commission) represented the final exercise of power. However, the reality is much different. For instance, when performing its functions, the Commission Hearing Officers in the

<sup>99</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Multilevel Governance**. European Union, 2009. p. 4

<sup>100</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Multilevel Governance**. European Union, 2009. p. 4.

<sup>101</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Multilevel Governance**. European Union, 2009. p. 9.

<sup>102</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Multilevel Governance**. European Union, 2009. p. 5.

<sup>103</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Multilevel Governance**. European Union, 2009. p. 8: “European democracy would be reinforced by more inclusive and flexible interinstitutional cooperation and by more sustained political cooperation between the various levels of power; European political parties, which are a particularly important element for strengthening the European political sphere and thus helping to develop a political culture of multilevel governance.”

<sup>104</sup> CAROLAN, Eoin; CURTIN, Deirdre. **In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers**. *In: Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority*. Hart Publishing, 2018. p. 73

<sup>105</sup> CAROLAN, Eoin; CURTIN, Deirdre. **In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers**. *In: Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority*. Hart Publishing, 2018. p.74, 75

<sup>106</sup> JACQUÉ, Jean-Paul. **The Principle of Institutional Balance**. *Common Market Law Review*, 2004. p.383

<sup>107</sup> LENARTS, Koen, VERHOEVEN, Amaryllis. **Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance**. . *In: JOERGES, Christian, DEHOUSSE, Renaud. Good Governance in Europe’s Integrated Market*. Oxford University Press, 2002.

<sup>108</sup> WEILER, J.H.H; KOCJAN, M. **European Community System: Comitology**. Teaching Material for the Jean Monnet Center at NYU School of Law, 2004. p. 5

EU are faced with messy institutional structures and are forced to cross the lines of a theoretical idea of a tripartite division. Likewise, autonomous actors, such as the European Central Bank and the Court of Justice of the European Union, are compelled to engage in articulation processes with other actors in order to implement their policies and decisions<sup>109</sup>.

In this context, MLG gains importance: developing an efficient system of checks and balances depends on how different institutions interact with one another. The EU comitology system is a way of demonstrating this *non-centralized interaction*. It includes about 220 committees that discuss and decide on all European regulations. The key purpose of this system is to find the most technical choice that benefits the Union over the national government's individual interests<sup>110</sup>. This shows that these sub-central processes of decision-making are examples that a limited tripartite division is not sufficient to be applied to EU's dynamical reality. That system is important not only for practical reasons - to avoid burdening the workload of the Council -, but also to provide more legitimacy to the regulatory process. Because of its numerous technical processes and national government's contributions, comitology is central to ensure democracy in the Union, and its exercise of power is of fundamental importance<sup>111</sup>.

In order to put multilevel governance into practice, in 2011 the Committee of the Regions required its own participation in agreements between the European Parliament, the Council and the European Commission to deal with evaluation and consultation mechanisms, within the 'Better Lawmaking' action. It also called on the European Commission to "*ensure ready access for local and regional authorities to comitology and to groups of experts*

*responsible for implementing the plan*".<sup>112</sup> Moreover, for the purposes of effectively implementing MLG, the Committee of the Regions created the Scoreboard on Multilevel Governance, which monitors, on a yearly basis, the impacts and developments of MLG in the European Union<sup>113</sup>.

Another example of alternative and multilevel interaction can be seen as far as EU agencies are concerned. Indeed, various instruments have been tailored to fit specific agency's needs to promote higher transparency and accountability. Overall, the "vertical form of political, democratic accountability, public accountability, and redundancy accountability" have been combined with horizontal mechanisms, such as codes of conduct and multiple actors' participation in the decision-making process<sup>114</sup>.

## 4 Conclusion

The expansion of the global governance regime, together with the increased participation of NSAs in international law-making raises questions about the sufficiency of traditional sources of international law. The new scenario not only instigates the investigation of the impact of normativity changes, but also strengthen the search for possible responses to the events that do not fit into the existing formal categories. Abandoning a state-centred paradigm, however, should not be confused with the idea that authorities or actors in the global governance structure cannot be held accountable<sup>115</sup>. Rather, it calls for a change of perspective, in which the focus is on the exercise of public authority by a state, a hybrid or a private agent that affects somebody's freedom<sup>116</sup>; and therefore, should be regulated.

<sup>109</sup> CAROLAN, Eoin; CURTIN, Deirdre. **In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers.** *In: Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority.* Hart Publishing, 2018. p. 55

<sup>110</sup> CAROLAN, Eoin; CURTIN, Deirdre. **In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers.** *In: Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority.* Hart Publishing, 2018. p.75

<sup>111</sup> ST. CLAIR, Bradley Kieran. **Comitology and the Law: through a glass, darkly.** *Common Market Law Review*, 1992. p. 720, as cited in WEILER, J.H.H; KOCJAN, M. **European Community System: Comitology.** Teaching Material for the Jean Monnet Center at NYU School of Law, 2004. p.7

<sup>112</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Multilevel Governance.** European Union, 2009. p. 21.

<sup>113</sup> THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Scoreboard for Monitoring Multilevel Governance (MLG) at the European Union level.** European Union, 2011. p. 2.

<sup>114</sup> VOS, Ellen. **Making Informal International Law Accountable: Lessons from the EU.** *In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan. Informal International Lawmaking.* Oxford University Press 2012, p. 381.

<sup>115</sup> VON BOGDANDY, Armin; PHILIPP, Dann; GOLDMAN, Matthias. **Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities.** *German Law Journal*, 2009. p. 1380

<sup>116</sup> VON BOGDANDY, Armin; PHILIPP, Dann; GOLDMAN, Matthias. **Developing the Publicness of Public International**

From a global governance perspective, how can International Law address the emergence of new participants which is necessarily followed by democratic concerns? In the current framework of international regulation, the European instructive conceptual and practical developments can be insightful for addressing global challenges, as similar normative problems appear both at the international and regional levels. In order to minimize legitimacy and accountability concerns, one might look for EU articulated models of governance that follow good governance principles and reach for multilevel governance system specially designed for particular regulatory demands.

As far as global governance is concerned, since there is no global authority to compel actors to accomplish global achievements, policy interdependence and international cooperation seem to be an interesting alternative. International law could also support and facilitate the integration within institutions – typically fragmented- and create common norms and rules favorable to the provision of global public goods<sup>117</sup>. Yet, this should be guided by a multilevel governance approach, since the promotion of goods depends on State's voluntary commitment and compliance, on the sense of collective purpose, and on national systems<sup>118</sup>.

The European model for distribution of powers and accountability may not be ideal for all types of regulatory regimes in the global sphere. Nonetheless, it illustrates a non-tradition institutional setup, which is not shaped to respond to a tripartite division of powers closely connected to specific government branches<sup>119</sup>. Within concrete practices, the EU insightful system divides and connects authority in specific ways that aims to combine each institution's assets to democratic governance<sup>120</sup>, by applying good and multilevel gover-

nance principles. For both European and International purposes, good governance and multilevel governance approaches may assist the search for appropriate solutions to the challenges of international regulation in times of normativity change.

## References

### Books

ALVAREZ, Jose E. **The New Treaty Makers**. Boston: Boston College International & Comparative Law Review, 2002.

BUCHANAN, Allen; KEOHANE, Robert O. **The Legitimacy of Global Governance Institutions** Ethics & International Affairs, 2006.

d'ASPREMONT, Jean. **Non-State Actors in International Law: Oscillating between Concepts and Dynamics**. Routledge, 2011.

D'ASPREMONT, Jean. From a Pluralization of International Norm-making Processes to a Pluralization of the Concept of International Law. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan. **Informal International Lawmaking**. Oxford University Press 2012.

DEHOUSSE, Renaud. Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance. In: JOERGES, Christian, DEHOUSSE, Renaud. **Good Governance in Europe's Integrated Market**. Oxford University Press, 2002, p. 227.

HALE, Thomas N. **Transparency, Accountability, and Global Governance**. Brill, 2008.

JACQUÉ, Jean-Paul. **The Principle of Institutional Balance**. *Common Market Law Review*, 2004.

KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. **Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century**. OUP, 1999.

LAFONT, Cristina. **Accountability and global governance: challenging the state-centric conception of human rights**. Taylor & Francis, 2010.

---

**Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities**. *German Law Journal*, 2009. p. 1376.

<sup>117</sup> See KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. (eds). **Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century**. OUP, 1999,

<sup>118</sup> See PETERSMANN, Ernst-Ulrich, **Multilevel Governance of Interdependent Public Goods Theories, Rules and Institutions for the Central Policy Challenge in the 21st Century**, Florence: European University Institute, 2012.

<sup>119</sup> MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. **Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority**. Hart Publishing, 2018. p. 18.

<sup>120</sup> MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. **Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority**. Hart Publishing, 2018. pp.18-22.

---

Introducing the Idea of Relative Authority. Hart Publishing, 2018. pp.18-22.

MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. **Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority.** Hart Publishing, 2018.

NAGEL, Thomas. **The Problem of Global Justice.** Blackwell Publishing, 2004.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. **Multilevel Governance of Interdependent Public Goods Theories, Rules and Institutions for the Central Policy Challenge in the 21st Century,** Florence: European University Institute, 2012, p. 196.

REUS-SMIT, Christian. **International Crises of Legitimacy.** International Politics, 2007.

SCHAFFER, Johan Karlsson. **Legitimacy, Global Governance and Human Rights Institutions: Inverting the puzzle.** Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SCHEDLER, Andreas. **Conceptualizing Accountability.** Lynne Rienner, 1999.

SCHOLTE, Jan Aart. **Civil Society and Democratically Accountable Global Governance.** Blackwell Publishing, 2004.

VOETEN, Erik. **Public Opinion and the Legitimacy of International Courts.** Theoretical Inquiries in Law, 2013.

VOS, Ellen. Making Informal International Law Accountable: Lessons from the EU. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan. **Informal International Lawmaking.** Oxford University Press 2012.

ZURN, Michael. **A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy, and Contestation.** Oxford University Press, 2018.

ZYBERI, Gentian. **Non-State Actors from the Perspective of the International Law Commission.** Routledge, 2011.

## Articles

ANDERSON, Kenneth. Global Governance: The Problematic Relationship between Global Civil Society and the United Nations. **WCL Research Series**, 2008.

ARTS, Bas; Non-state actors in global governance: Three faces of power, Preprints aus der **Max-Planck-**

**Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter**, No. 2003/4, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn, 2003.

ARTS, Bas. **Non-State Actors in Global Governance: Three Faces of Power.** Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, 2003.

BORBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca R. B. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? **Revista de Direito Internacional**, v. 13, n. 3, 2016.

BÖRZEL, T. A.; HEARD-LAURÉOTE, Karen. Networks in EU Multi-Level Governance: Concepts and Contributions. **Journal of Public Policy**, Vol. 29, No. 2, Networks in European Union Governance (Aug., 2009), pp. 147.

BRADLEY, Andres; SLOCUM-BRADLEY, Nikki. Is the EU’s Governance ‘Good’? An assessment of EU Governance in its partnership with ACP States. **UNU Institute on Comparative Regional Integration Studies Working Papers W-2010/1**, 2006.

CAFFAGI, Fabrizio, CARON, David D. “Global Public Goods amidst a Plurality of Legal Orders: A Symposium”. **The European Journal of International Law** Vol. 23 no. 3, 2012.

CAROLAN, Eoin; CURTIN, Deirdre. In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers. In: MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo (eds.) **Allocating Authority: who should do what in European and International Law.** Hart Publishing, 2018.

COHEN, Harlan G.; FOLLESSAL, Andreas; GROSSMAN, Nienke; ULFSTEIN, Geir. **Legitimacy and International Courts - A Framework.** Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

D’ASPREMONT, J. Non-state actors in international law: oscillating between concepts and dynamics. In: D’ASPREMONT, J. (ed.). **Participants in the International Legal System.** Abingdon: Routledge, 2011.

ESTY, Daniel. Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. New Haven: **Yale Law Journal**, 2006.

GIERTL, Adam; LAZOECAKOVÁ, Tímea. The Role of Non-Governmental Organizations in International Law-making. **Czech Yearbook of Public & Private**

**International Law**, v.9, 2018.

GRIMHEDEN, Jonas; TOGGENBURG Gabriel N. **The Right to Good Administration in the Multilevel System of the European Union**—A “New-ish” Right Strengthening the Administrative Culture. In: ZHANG, Wei, LI, Ruoyu; YAN, Zihan. **Human Rights and Good Governance**, v.1, Koninklijke Brill nv, Leiden, 2016.

HORGA, Joan; FLORIAN, Gyula Laszlo. **Multilevel Governance (MLG) And Subsidiary Principle In White Paper Of MLG Of The Committee Of The Regions (COR)**. Munich: University Library of Munich, MPRA Paper No. 44854, 2011.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH. **Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order**. The European Journal of International Law, 2006.

KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. The Emergence of Global Administrative Law. In: **Law and Contemporary Problems**, vol. 68, 2005, p. 15-61.

NASSER, Salem H.. Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, 2015.

MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority. In: MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo (eds.) **Allocating Authority: who should do what in European and International Law**. Hart Publishing, 2018.

PANARA, Carlo. Multi-Level Governance as a Constitutional Principle. In: PANARA, Carlo (ed.) **The Subnational Dimension of the EU**, Springer International Publishing, 2016.

POSTIGA, Andréa Rocha. A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto. Brasília: **Revista de Direito Internacional**, 2013.

ST. CLAIR, Bradley Kieran. Comitology and the Law: through a glass, darkly. **Common Market Law Review**, 1992.

VON BOGDANDY, Armin; PHILIPP, Dann; GOLDMAN, Matthias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. **German Law Journal**, 2009.

WATT, HORATIA MUIR. “Party Autonomy” in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance. **European Review of Contract Law** n. 3, 2010.

WEILER, J.H.H; KOCJAN, M. European Community System: Comitology. **Teaching Material for the Jean Monnet Center at NYU School of Law**, 2004.

WEISS, Thomas G.; SEYLE, Conor D.; COOLIDGE, Kelsey. The Rise of Non-State Actors in Global Governance Opportunities and Limitations. **One Earth Future Foundation Discussion Paper**, 2013.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de Convergências no Direito Internacional. **Revista Direito GV** 5(2), 2009.

### International Documents

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW. **Report on the Democratic oversight of the Security Service**. Council of Europe, 2007. p. 4.

EUROPEAN COMMISSION. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, **Participation of Non-State Actors in EC Development Policy**. Brussels, 07.11.2002, COM (2002). 598.

\_\_\_\_\_. **Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and the European Economic and Social Committee - Governance and Development**. European Union, COM (2003) 615, 2013.

\_\_\_\_\_. **European Governance**. Brussels, COM (2018) 7703.

\_\_\_\_\_. **European Governance**. European Union, COM (2001) 428, 2001.

\_\_\_\_\_. **Report from the Commission on European Governance**. European Union, 2003.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Committee on Non-State Actors Report of the 2016 Johannesburg Conference;

\_\_\_\_\_. Committee on Non-State Actors Report of the 2012 Sofia Conference.

---

\_\_\_\_\_.Committee on Non-State Actors Report of the 2010. Hague Conference.

THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Charter for Multilevel governance in Europe**. Title 2

\_\_\_\_\_.**Multilevel Governance**. European Union, 2009.

\_\_\_\_\_.**Scoreboard for Monitoring Multilevel Governance (MLG) at the European Union level**. European Union, 2011.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. **Good Governance and Human Rights**. United Nations, 2008.

UNITED NATIONS. **Policy Note Global governance and global rules for development in the post-2015 era**. United Nations, 2014. p. 15

\_\_\_\_\_.**What is Good Governance?** Available at <<https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>>

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Tecnologias digitais e o  
comércio de bens e serviços na  
OMC/Digital**

**Technologies and the trade in  
goods and services in the WTO**

Umberto Celli Junior

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Tecnologias digitais e o comércio de bens e serviços na OMC/Digital\*

## Technologies and the trade in goods and services in the WTO

Umberto Celli Junior\*\*

### Resumo

O comércio global será cada vez mais realizado por meio de plataformas digitais, o que resultará no surgimento de novos meios de entrega de produtos/bens e modos de serviços. Isso impõe enormes desafios à sua regulação no âmbito da Organização Mundial do Comércio (“OMC”), especialmente em razão da natureza ainda difusa e não totalmente compreendida do ambiente digital e do constante processo de evolução das tecnologias digitais. Ainda que se leve em conta uma definição mais ampla que permite classificar as transações do comércio digital ou eletrônico pelos meios e pelas atividades que resultam na entrega de bens e serviços, é complicado vislumbrar, em toda sua dimensão, os impactos que tais transações comportam para o conjunto normativo da OMC, especialmente para dois de seus principais acordos, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (“GATT”), e o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (“GATS”). Por essa razão, em vez de seguir esse tipo de classificação mais abrangente de comércio digital ou eletrônico, opta-se por uma análise que utiliza como fio condutor duas tecnologias digitais: a impressão em 3D e o blockchain. Com base nessa delimitação, este artigo apresenta as possibilidades e as dificuldades de enquadramento dessas duas tecnologias digitais no GATT e no GATS, sustentando que, além de sua necessária revisão e adaptação, eles deveriam ser complementados por outros acordos plurilaterais, também sujeitos à revisão e ampliação do número de participantes, como o Acordo sobre Tecnologia da Informação (“ITA”), no caso do GATT, e o Acordo sobre o Comércio de Serviços (“TISA”), no caso do GATS. Embora não exaustivas, as reflexões contidas neste artigo podem contribuir para o debate da imperiosa reforma da OMC em face da economia digital.

**Palavras-chave:** Comércio global. Tecnologias digitais. GATT. GATS. Impressão em 3D. Blockchain.

### Abstract

Global trade shall increasingly be carried out through digital platforms, which shall result in the emergence of new means of delivering products/goods and modes of services. This poses huge challenges to its regulation within the World Trade Organization (“WTO”), especially given the still diffuse and not fully understood nature of the digital environment and the

\* Recebido em 27/09/2019  
Aprovado em 16/05/2020

\*\* Professor Titular de Direito Internacional do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Email: umbcelli@usp.br

ever-evolving process of digital technologies. Although, based on a broader definition, it is possible to classify digital or electronic trade transactions through the means and activities that result in the delivery of goods and services, it seems to be still complicated to envisage, in all their dimension, the impacts such transactions have on the WTO's regulatory framework, especially on two of its main agreements, the General Agreement on Tariffs and Trade ("GATT") and the General Agreement on Trade in Services ("GATS"). Accordingly, rather than following this type of broader electronic or digital trade classification, the analysis made in this article focus on two digital technologies: the 3D printing and blockchain. Based on this delimitation, this article seeks to show the possibilities and difficulties of framing these two technologies in the GATT and the GATS, arguing that, in addition to necessarily revising and adapting them, they should be complemented by other plurilateral agreements, also subject to review and increase in number of participants, such as the Information Technology Agreement ("ITA"), in the case of the GATT, and the Trade in Services Agreement ("TISA"), in the case of the GATS. Albeit not exhaustive, the reflections contained in this article might contribute to the discussions on the imperative reform of the WTO in view of the digital economy.

**Keywords** – Global trade. Digital technologies. GATT. GATS. 3D printing. Blockchain.

## 1 Introdução

O rápido crescimento da economia digital, isto é, da aplicação de tecnologias baseadas na Internet à produção de bens e serviços, reformulou o modo de consumo, produção e comércio, transformou investimentos globais e criou mercados. Alguns denominam esse fenômeno de 4ª Revolução Industrial, Nova Revolução Industrial ou Nova Revolução Digital. Independentemente da definição mais adequada, o comércio será, cada vez mais, realizado por meio de plataformas digitais, novos meios de entrega de bens e produtos surgirão, assim como novos modos de serviços.

Trata-se de enormes desafios colocados pelas tecnologias digitais à regulação do comércio global e aos Estados. O sistema multilateral de comércio, cujo centro de gravidade, apesar de sua atual paralisia, ainda é a

OMC, estaria preparado para esses desafios? Se, de um lado, pode-se especular que princípios básicos desse sistema, tais como transparência, liberalização, cooperação e não discriminação, tendem a permanecer, de outro, sua adequação às novas tecnologias digitais parece ser uma questão em aberto, especialmente em face da natureza, ainda difusa e não totalmente compreendida, do ambiente digital e do constante processo de evolução dessas tecnologias.

O exame dessa questão impõe, em primeiro lugar, a necessidade de tentar-se delinear e sistematizar, com algum grau de precisão, algumas das principais características do que se entende por produto ou comércio digital. Ainda que se leve em conta uma definição mais ampla que permite classificar as transações do comércio digital ou eletrônico pelos meios e pelas atividades que resultam na entrega de bens e serviços, é complicado vislumbrar, em toda sua dimensão, os impactos que tais transações comportam para o conjunto normativo da OMC, especialmente para dois de seus principais acordos, o GATT e o GATS.

Por essa razão, em vez de seguir esse tipo de classificação mais abrangente de comércio digital ou eletrônico, opta-se com inspiração no excelente trabalho contido no *World Trade Report 2018*, da OMC<sup>1</sup>, por uma análise que utiliza como fio condutor duas tecnologias digitais: a impressão em 3D e o blockchain.

Com base nessa delimitação, este artigo apresenta as possibilidades e as dificuldades de enquadramento dessas duas tecnologias digitais no GATT e no GATS, sustentando que, além de sua necessária revisão e adaptação, eles deveriam ser complementados por outros acordos plurilaterais, também sujeitos à revisão e ampliação de seu número de participantes, tais como o ITA, no caso do GATT, e o TISA, no caso do GATS.

Para tanto, de início, são apresentados uma definição de produto ou comércio digital e alguns dos modos de transações que o caracterizam, passando-se em seguida ao exame da relação da impressão em 3D com o GATT e o GATS e a erosão das fronteiras entre esses acordos. Na sequência, após o delineamento das principais características do blockchain, especula-se sobre como seu uso, associado ao comércio internacional, pode

<sup>1</sup> WTO. *WTO World Trade Report (2018) – The future of World Trade: how digital technologies are transforming global commerce*. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/world\\_trade\\_report18\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/world_trade_report18_e.pdf). Acesso em: 20 de out. 2018.

estar relacionado às cadeias globais de suprimento, as quais envolvem, dentre outros aspectos, o fluxo de dados. Argumenta-se que, de alguma forma, as normas do GATS abrangeriam os fluxos de dados transfronteiriços e o comércio de serviços digitais. Daí ser o GATS de fundamental importância para o blockchain.

Nas considerações finais, destaca-se, como mencionado, a importância do ITA como acordo complementar ao GATT, desde que tenha seu escopo atualizado no sentido de incluir produtos digitais em sua lista de classificação. No tocante ao GATS, além de o TISA ser um interessante caminho paralelo, enfatiza-se que, em ambos os acordos ou mesmo em um eventual acordo plurilateral sobre comércio eletrônico, será importante deixar claro que não poderá haver restrições ao fluxo ou transferência internacional de dados, salvo em alguns casos excepcionais. Embora não exaustivas, as reflexões contidas neste artigo podem contribuir para o debate da imperiosa reforma da OMC em face da economia digital.

## 2 Produto/Comércio digital

Produto digital refere-se a qualquer bem ou serviço que, de alguma forma, torna-se disponível por meio do uso de tecnologia digital, a Internet.<sup>2</sup> Comércio digital constitui a transmissão (transfronteiriça ou não) de bens e serviços por meios eletrônicos. Não há, ainda, uma classificação amplamente aceita dos modos de comércio que dependem dos meios digitais. Definições mais restritivas considerariam o comércio digital ou comércio eletrônico como aquelas transações que envolvem bens e serviços digitais. Definições mais amplas envolveriam transações comerciais de produtos físicos ou serviços em que as partes assinam um contrato usando plataformas digitais.

Com base em uma definição mais ampla, as transações de comércio digital ou eletrônico, segundo propõem Ciuriak e Ptashkina, poderiam ser classificadas em cinco modos dependendo dos meios de entrega e

das atividades que se enquadram em cada um deles, a saber: (i) **Modo 1** – do “digital para o real”, incluindo provimento de acesso à Internet. **Exemplos e modelos de negócio:** mecanismos de busca na web, “e-learning”, aplicativos móveis, serviços de comunicação (WhatsApp ou Skype), serviços de informação (mapas e enciclopédias “on line”), propaganda “on line” e Netflix; (ii) **Modo 2** – do “real para o real”, como operações do tipo negócio-domicílio (“B2H”) e negócio-negócio (“B2B”) com intermediação digital. **Exemplos e modelos de negócio:** Amazon e outros serviços de distribuição (B2B); serviços de viagem (reservas de hotel e de voos) e compra de software; (iii) **Modo 3** – transações domicílio-domicílio (“H2H”) do “real para o real”, com intermediação digital. **Exemplos e modelos de negócio:** transações “peer-to-peer” (eBay, Uber, AirBnB); (iv) **Modo 4** – transações H2H do “real para o real”, com intermediação digital. **Exemplos e modelos de negócio:** plataformas de serviço como Fiverr e Upwork, que correspondem ao modo 4 do GATS – movimento de pessoas); e (v) **Modo 5** – capitalização de fluxo de dados. **Exemplos e modelos de negócio:** comercialização de dados pessoais realizados pelo Facebook e pelo Google).<sup>3</sup>

Como se pode perceber, o Modo 1 refere-se a atividades nas quais os bens e os serviços são entregues do digital para o real (em linha com a definição mais estrita mencionada acima), enquanto os Modos 2, 3 e 4 descrevem aquelas atividades em que bens e serviços são entregues do real para o real, mas parte da transação ocorre por meio de plataformas digitais, inclusive a assinatura de contrato (definição mais abrangente). O Modo 5 envolve a capitalização de fluxo de dados em que as empresas comercializam dados pessoais gerados por seus usuários.

Apesar de essa taxonomia proporcionar uma compreensão da complexidade do comércio digital e mesmo de barreiras comerciais que poderão surgir, os próprios autores reconhecem algumas de suas limitações. Apenas como exemplo, o escopo do Modo 1, que se restringe a produtos digitais baixados/acessados via “streaming”, contempla, unicamente, o comércio baseado em empre-

<sup>2</sup> Nos termos do art. 14.1 do Acordo de Livre Comércio entre a Coreia do Sul e Singapura de 2006, ““digital products” means computer programmes, text, video, images, sound recordings and other products that are digitally encoded, regardless of whether they are fixed on a carrier medium or transmitted electronically;”. Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/Treaty-File/2709>. Acesso em: 20 de out. 2018.

<sup>3</sup> CIURIAK, Dan; PTASHKINA, Maria. Começaram as guerras no comércio digital: delineando os campos da batalha regulatória. *Revista Pontes*, vol. 14, n.º 1, 2018. Disponível em: <http://www.icts.org/bridges-news/pontes/news/come%C3%A7aram-as-guerras-no-com%C3%A9rcio-digital-delineando-os-campos-de-batalha>. Acesso em: 29 de mar. 2019.

sas, não em países. O Modo 2, que abrange o comércio de bens e serviços, viabilizado por meios digitais, é conduzido por meio do modelo de negócios adotado por empresas como a Amazon que concorre com outros modelos de distribuição estabelecidos. Em princípio, segundo eles, “esses fluxos podem ser mensurados com estatísticas tradicionais de comércio internacional, ainda que o uso desse modelo possa comprometer a qualidade da classificação do produto e levantar questões sobre a relevância dos acordos de livre comércio, já que estes não são desenhados com o fim de facilitar transações transfronteiriças de varejo”. O Modo 3 elimina negócios tradicionais e desafia regimes regulatórios e tarifários estabelecidos, gerando questões ainda sem solução. Por sua vez, o Modo 5 é mais complicado ainda, uma vez que grande parte dos fluxos de dados não configura transações digitais (não há pagamento e nenhum registro em papel), mas é parte constitutiva e facilitadora do comércio digital e do comércio que depende de meios digitais em todos os quatro modos descritos acima.<sup>4</sup>

A partir dessa sistematização por modos, não parece ser tarefa fácil, portanto, determinar, na dimensão requerida, os impactos que as transações envolvidas comportam para o conjunto normativo da OMC, em especial para o GATT e o GATS.

Como destaca Nick Ashton-Hart, “[to] understand the Internet in a trade context is a challenge. This is partly because trade specialists are confronting a subject that is new to them, but also because those who advocate for networked economy provisions in trade often don’t explain the fundamentals so that policymakers can relate the unfamiliar to the existing trading system they know”.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> CIURIAK, Dan; PTASHKINA, Maria. Começaram as guerras no comércio digital: delineando os campos da batalha regulatória. *Revista Pontes*, vol. 14, n.º 1, 2018. Disponível em: <http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/come%C3%A7aram-as-guerras-no-com%C3%A9rcio-digital-delineando-os-campos-de-batalha>. Acesso em: 29 de mar. 2019.

<sup>5</sup> ASHTON-HART, Nick. Addressing the Networked Economy in Trade Policy. In: BRAGA, Carlos A.; HOEKMAN, Bernard (ed.). *Future of the Global Trade Order*. Florença, Lausanne, São Paulo: European University Institute, IMD, Fundação Dom Cabral, 2ª ed., 2017, p. 218. Nesse diapasão, em alentado estudo sobre contratos inteligentes (“smart contracts”), que utilizam a tecnologia blockchain, PARDOLESI, Roberto e DAVOLA, Antonio também ressaltam a dificuldade de sistematização e interpretação de conceitos que envolvem tecnologia, direito e regulação. Mesmo após terem feito a opção metodológica de restringir sua análise sob a perspectiva do direito e da regulação “excluding (on one hand) works by technicians generically dealing with regulatory topics and (on the other

O exame das tecnologias impressão em 3D e blockchain, feito nos próximos parágrafos, embora não exaustivo, permite relacionar, de alguma maneira, o que ainda não é totalmente familiar e de natureza difusa às regras do sistema de comércio existente e conhecido.

### 3 Impressão em 3D: GATT ou GATS?

Pode-se afirmar que, desde sua criação em 1995, a OMC vem tentando dar algum tipo de resposta às rápidas mudanças tecnológicas. Em 1996, durante a Conferência Ministerial de Singapura, 29 Membros firmaram o ITA (acordo plurilateral). Desde então, o número de participantes cresceu para 82, o que representa cerca de 97% do comércio mundial de produtos de tecnologia da informação. Seus participantes estão comprometidos com a eliminação completa de impostos de importação incidentes sobre esses produtos. Na Conferência Ministerial de Nairóbi, em 2015, mais 201 produtos foram adicionados à lista de liberalização, ou seja, de tarifa zero para importação<sup>6</sup>. Os produtos que compõem a lista são físicos, como semicondutores utilizados na indústria de tecnologia da informação, equipamentos de telecomunicações, computadores e softwares. O ITA não trata especificamente de produtos digitais.

O ‘Work Programme sobre Comércio Eletrônico’ também é um exemplo importante dos esforços da OMC. Adotado na Conferência Ministerial de Genebra, em 1998, visa estabelecer um abrangente programa de trabalho para examinar “all trade-related issues arising from global *e-commerce*”<sup>7</sup>, incluindo a proteção da priva-

one) contributions by legal scholars misinterpreting the inner characteristics of the technology, the task proved itself arduous. Note that this is another significant proof of how difficult it is to develop a true interdisciplinary approach to the topic, suggesting — once again — caution for those who want to engage in the area of Law & Technology.” PARDOLESI, Roberto; DAVOLA, Antonio. What is wrong in the debate about Smart Contracts, p. 3. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3339421](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3339421). Acesso em: 5 de mai. 2020.

<sup>6</sup> Dados da OMC. Disponíveis em: [https://www.wto.org/English/tratop\\_e/inftec\\_e/inftec\\_e.htm](https://www.wto.org/English/tratop_e/inftec_e/inftec_e.htm). Acesso em: 26 mar.2019.

<sup>7</sup> Disponível em : [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/mc11\\_e/briefing\\_notes\\_e/bfecom\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/briefing_notes_e/bfecom_e.htm). Acesso em: 26 de mar.2019. Nesse sentido, como também observado por RIBEIRO ALVES, Gleisse, de “acordo com a OMC, o termo “comércio eletrônico” envolveu uma ampla gama de atividades diferentes: como “meios de produção, distribuição, comercialização, venda ou entrega de bens ou serviços por meios eletrônicos”. RIBEIRO ALVES, Gleisse. O Acordo GATS e sua Aplicação aos Serviços do

cidade e o acesso e o uso das redes e serviços públicos de transporte de telecomunicações, dentre outros. É verdade que

[p]ractically speaking, the dedicated discussions on e-commerce made no headway on any of the selected (admittedly complex) focus areas, notably the classification of the content of certain electronic transmissions; development-related issues; fiscal implications of e-commerce; relationship (and possible substitution effects) between e-commerce and traditional forms of commerce; imposition of customs duties on electronic transmissions; competition; jurisdiction and applicable law and other legal issues.<sup>8</sup>

Posições do Órgão de Apelação manifestadas nos casos *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R* (adotado em 7 abr. 2005) e *China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R* (adotado em 21 dez. 2009) trazem alguma sinalização sobre o alcance dos produtos digitais.<sup>9</sup>

Contudo, a fundamental questão envolvendo a distinção entre bens e serviços ainda não foi esclarecida, ou seja, os “Membros da OMC não chegaram a um acordo sobre a classificação do tipo de comércio realizado pela Internet: se ele é classificado como bem ou serviço.”<sup>10</sup>

---

Comércio Eletrônico. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, Vol. 12, n.º 2, 2014, p. 323. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por sua vez, reconhece que existe crescente consenso de que o comércio eletrônico ou digital “encompasses digitally-enabled transactions of trade in goods and services that can either be digitally or physically delivered [...]”. OECD. The impact of digitalization on trade. Disponível em: <https://www.oecd.org/trade/topics/digital-trade/>. Acesso em: 8 de mai. 2020.

<sup>8</sup> WUNSCH-VINCENT, Sacha; HOLD, Arno. Towards coherent rules for digital trade: Building on efforts in multilateral versus preferential trade negotiations. In: BURRI, Mira; COTTIER, Thomas (Orgs.). *Trade Governance in the Digital Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 180. Mais informações sobre a evolução das negociações do ‘Work Programme sobre o Comércio Eletrônico’ no parágrafo 4.1, abaixo.

<sup>9</sup> Em ambos os casos, o Órgão de Apelação da OMC entendeu que as regras do GATS se aplicam, integralmente, a transações transfronteiriças baseadas na Internet (*e-commerce*) e serviços fornecidos eletronicamente. Também foi reconhecido o Princípio da Neutralidade da Rede, ou seja, de que o GATS é neutro tecnologicamente no sentido de que não contém qualquer disposição que faça distinção entre os variados meios tecnológicos de fornecimento de um serviço.

<sup>10</sup> RIBEIRO ALVES, Gleisse. O Acordo GATS e sua Aplicação aos Serviços do Comércio Eletrônico. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, Vol. 12, n.º 2, 2014, p. 323-324. Ainda segundo a autora, além “da aplicação dos Acordos GATT e

Essa indefinição é percebida com clareza especialmente com relação a uma das categorias de produtos digitais, a impressão em 3D ou manufatura aditiva remota.

Dois tipos de produtos digitais, a saber “bens tangíveis encomendados pela Internet” e “serviço entregue eletronicamente”, não oferecem dificuldades quanto a seu enquadramento. No primeiro, o exemplo clássico é a aquisição de um livro feito pela Internet no site da Amazon. Não há diferença de uma compra efetuada diretamente em uma livraria. Existe consenso de que esse livro ou qualquer outro produto tangível encomendado pela Internet é um bem para os propósitos da OMC. Nesse caso, se o vendedor e o comprador do livro estivessem localizados em países diferentes, a importação do livro seria abrangida pelo GATT.

Raciocínio similar seria aplicável aos serviços entregues eletronicamente. Não há dúvida de que um parecer jurídico enviado de um escritório de advocacia para uma empresa localizada em outro país seja um serviço para os fins do GATS.

Um pouco mais complicado é o caso de um terceiro tipo, a dos denominados “e-products”, que são produtos baseados em conteúdo que antes eram entregues em forma tangível e que agora podem ser baixados pela Internet em formato eletrônico. Os “e-products” incluem, por exemplo, arquivos de música mp3, “e-books” ou filmes baixados digitalmente. A literatura especializada tem analisado a natureza do “e-product” no âmbito do GATT/GATS, mas não determinou, de modo mais objetivo, qual desses acordos deveria prevalecer.<sup>11</sup>

---

GATS, alguns Membros da OMC defendem que o comércio da Internet deve ser regulamentado também pelo Acordo TRIPS porque deve-se regulamentar a propriedade do bem e não a forma como o produto chegará ao consumidor.” A autora observa também que as pesquisas desenvolvidas por grupos de trabalho da OMC sustentam que o GATS é o mais aplicável à regulamentação do comércio eletrônico, “uma vez que as transações realizadas na Internet são, na maioria dos casos, caracterizadas por serviços e que, entre os Acordos Constitutivos da OMC, o Acordo de Serviços – GATS é o mais adaptável.” Seja como for, “[p]ending consensus on whether digital products are goods or services, WTO Members have reached an informal agreement not to impose customs duties on electronic transmissions (including transmissions of audiovisual products)”. VOON, Tania. A New Approach to Audiovisual Products in the WTO: Rebalancing GATT and GATS. *UCLA Entertainment Review*, 14 (1), 2007, p. 9.

<sup>11</sup> FLEUTER, Sam. The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17: No. 1, Article 5, 2016, p. 159. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol17/iss1/5>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

Já a impressão em 3D é um produto digital mais complexo que requer um maior detalhamento técnico. Trata-se de “um processo de fabricação de um objeto sólido tridimensional de praticamente qualquer forma a partir de um modelo digital [...] obtido por meio de um processo aditivo, onde camadas sucessivas de material são colocadas em diferentes [...] formatos distintos das tradicionais técnicas de usinagem, que dependem principalmente da remoção de material por métodos como corte ou perfuração (processos subtrativos)”.<sup>12</sup> Tem, atualmente, ampla aplicação industrial como peças para aviões, trens e automóveis, dentre outras.

A General Electric, por exemplo, utiliza a impressão em 3D para turbinas de avião e equipamentos médicos. A Lockheed Martin e a Boeing 3D imprimem equipamento aeroespacial. Uma empresa chinesa desenvolveu um sistema para imprimir casas inteiras.<sup>13</sup> Uma plataforma de comércio eletrônico, a Shapeways, permite que “designers” façam o carregamento (“upload”) de projetos de produtos, usem a impressão em 3D para criar os itens físicos e gerenciem a logística para que esses itens cheguem aos consumidores finais.<sup>14</sup> Estima-se que, em longo prazo, a impressão em 3D possa substituir os métodos tradicionais de fabricação, reduzindo a necessidade de produção e montagem terceirizada, o número de etapas de produção e a necessidade de estoque, armazenamento, distribuição, centros de varejo e embalagem.

A diferença com relação à impressão em cores 2D está no uso pela tecnologia 3D de um tipo especial de arquivo denominado “Computer-Aided Design” (“CAD”). Como qualquer outro arquivo digital, o CAD

pode ser transmitido além-fronteiras pela Internet.

Nesse caso, a questão que se coloca é se esse arquivo CAD deveria ser tratado como um bem ou serviço. Como determinar se o produto digital é bem ou serviço?

Com base em perspectiva formalista, a maneira menos complicada de determinar se um produto digital é um bem ou serviço seria por meio da verificação da definição desses termos no GATT e no GATS. Nenhum dos dois tem uma definição significativa. Enquanto o GATT não prevê qualquer definição de “bens”, no GATS, “serviços” são definidos como qualquer serviço em qualquer setor exceto serviços prestados no exercício da autoridade governamental (art. I, 3, b).<sup>15</sup> Como mencionado anteriormente, para produtos digitais em particular, nem os acordos da OMC nem o “Work Programme sobre Comércio Eletrônico” contêm definição para “comércio digital”, “bens digitais” ou “serviços digitais”.

Frequentemente, bens são considerados tangíveis e serviços intangíveis. No caso

*Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, o Órgão de Apelação entendeu que periódicos são um produto tangível de tinta e papel, o que os impediria de ser classificados como serviços.<sup>16</sup> Essa distinção parece fornecer uma solução simples para produtos digitais. Um produto digital não é tangível, portanto, é um serviço. Porém, quando são considerados os “e-products”, essa conclusão conduz ao estranho entendimento de que um CD seria classificado como um bem, enquanto a versão digital desse álbum um serviço. Com a impressão em 3D, essa distinção também produz resultados pouco satisfatórios.<sup>17</sup>

No âmbito do “Work Programme sobre Comércio Eletrônico”, os Estados Unidos argumentaram que, enquanto a transmissão de produtos digitais, inclusive de um arquivo CAD, pode ser caracterizada como um serviço, os produtos em si não são consumidos (“used up”) nessa transmissão, mas “mantêm permanência

<sup>12</sup> WTO. *WTO World Trade Report (2018) – The future of World Trade: how digital technologies are transforming global commerce*, p. 10. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/world\\_trade\\_report\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/world_trade_report_e.pdf). Acesso em 20 de out. 2018.

<sup>13</sup> FLEUTER, Sam. The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17: n. 1, Article 5, 2016, p. 158-159. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol17/iss1/5>. Acesso em 5 de nov. 2018.

<sup>14</sup> WTO. *WTO World Trade Report (2018) – The future of World Trade: how digital technologies are transforming global commerce*, p. 32. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/world\\_trade\\_report\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/world_trade_report_e.pdf). Acesso em 20 de out. 2018. Observe-se também que cadeias de valor “em um mundo de impressão 3D difundida podem não apenas tornar-se mais curtas — com o surgimento de centros de produção próximos a grandes bases de clientes ou de centros de inovação — mas também podem ser muito diferentes, baseadas principalmente na troca de dados transfronteiriços na forma de projetos, projetos e software, e não na troca transfronteiriça de bens e serviços materiais”, *idem*, p. 10.

<sup>15</sup> Mais adiante mostra-se que os serviços são classificados, segundo a forma de prestação, por quatro modos distintos.

<sup>16</sup> *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, adotado em 30 de jun. 1997.

<sup>17</sup> FLEUTER, Sam. The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17: n. 1, Article 5, 2016, p. 164. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol17/iss1/5>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

análoga ao mundo dos bens”. Assim, de acordo com essa visão, a maioria dos produtos digitais estaria mais bem enquadrada no GATT.

O problema com o uso de definições formalistas de bens e serviços é que ele se baseia, necessariamente, em um raciocínio indutivo. Essas definições podem ser úteis para delinear fronteiras sobre o que significa um bem ou serviço, mas não ajudam na classificação de um determinado produto.<sup>18</sup>

A partir de uma ótica que poderia ser denominada de funcional, uma tentativa de classificarem-se produtos digitais em bens ou serviços envolveria a análise de alguns dos princípios fundamentais da OMC. Um desses princípios é o da similaridade (“likeness”). De acordo com esse princípio, os Membros da OMC devem outorgar tratamento similar a bens ou serviços similares. Ao agregar-se a ele o Princípio da Neutralidade da Rede, reconhecido pelo Órgão de Apelação em *China-Measures Affecting Certain Publications and Audiovisual Entertainment Product*<sup>19</sup>, conclui-se que um arquivo digital não poderia ser tratado de forma diferente baseado no fato de que foi transportado por meio da Internet ou em um CD (se o CD tiver sido comprado diretamente de uma loja ou encomendado pela Internet).<sup>20</sup>

Considerando-se que “e-products”, tais como “e-books” ou arquivos de música digital, possuem claramente similares físicos —, livros impressos em papel e CDs — deveriam ser tratados como bens, sujeitos, portanto, ao GATT. Porém, a aplicação do Princípio da Similaridade é menos óbvia quando os produtos digitais em questão são os arquivos em CAD. Em tese, seria possível considerar que um produto impresso em 3D deveria receber o mesmo tratamento que o produto acabado nos moldes convencionais. Assim, por exemplo, o projeto (“design”) de uma peça de avião da Embraer (Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A), contido no arquivo CAD, teria o mesmo tratamento que as próprias peças. Ambos seriam bens sob o amparo do GATT.

<sup>18</sup> FLEUTER, Sam. The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17: n. 1, Article 5, 2016, p. 165-166. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol17/iss1/5>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

<sup>19</sup> *China-Measures Affecting Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R (relatório adotado em 21 dez. 2009). Consultar nota de rodapé n.º 9.

<sup>20</sup> Na realidade, o Órgão de Apelação reconheceu o princípio da neutralidade tecnológica, mas falhou ao enunciar uma regra clara sobre como colocá-lo na prática.

Essa análise fundada no Princípio da Similaridade comporta, no entanto, o mesmo raciocínio indutivo limitador das definições formalísticas. Um sistema que se vale de comparações com o passado não parece adequado para tomar decisões baseadas em novos padrões factuais. O Princípio da Similaridade ignora que, inevitavelmente, a inovação tecnológica proporcionará o surgimento de produtos digitais que não terão similares físicos.<sup>21</sup>

O setor de serviços está no centro dessa inovação ou revolução tecnológica. Tecnologias digitais têm propiciado que uma crescente gama de serviços seja comprada “on line” e fornecida além-fronteiras. Ademais de facilitar o comércio em setores tradicionais, as tecnologias digitais implicam a substituição do comércio de bens por novos serviços A denominada “servicificação” da economia intensificou as áreas cinzentas entre o comércio de bens e serviços. Como salientado por Mira Burri, “[o]verall, the relationship between trade in goods and trade in services becomes more complex in the digital space; previous distinctions between goods and services may not be valid any longer and this has regulatory implications under current international trade law...”.<sup>22</sup>

É razoável, assim, sustentar que a tecnologia 3D, que utiliza o CAD, constitua um serviço. Nesse caso, seria necessário verificar em qual dos quatro Modos de prestação de serviços, previstos no art. I, 2, do GATS, ela se enquadraria. Poderia ser no Modo 1, prestação transfronteiriça de serviços (“cross-border supply”), isto é, de um território de um Membro (da OMC) ao território de qualquer outro Membro, ou no Modo 2, consumo no exterior (“consumption abroad”), isto é, no território de um Membro aos consumidores de serviços de qualquer outro Membro.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> FLEUTER, Sam. The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17: n.º 1, Article 5, 2016, p. 168. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol17/iss1/5>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

<sup>22</sup> BURRI, Mira. Understanding and Shaping Trade Rules for the Digital Era, p. 12. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/329419386\\_Understanding\\_and\\_Shaping\\_Trade\\_Rules\\_for\\_the\\_Digital\\_Era](https://www.researchgate.net/publication/329419386_Understanding_and_Shaping_Trade_Rules_for_the_Digital_Era). Acesso em 26 de mar. 2019.

<sup>23</sup> Os outros dois Modos são: Modo 3, presença comercial, isto é, prestador de serviços de um Membro, por intermédio da presença comercial, no território de qualquer outro Membro, e Modo 4, presença de pessoas físicas, isto é, prestador de serviços de um Membro, por intermédio da presença de pessoas físicas de um Membro no território de qualquer outro Membro. CELLI JUNIOR, Umberto. *Comércio de Serviços na OMC: liberalização, condições e desafios*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 87.

Apesar de suas normas serem produto do sistema GATT (i.e., foi feita uma adaptação para o GATS dos conceitos e princípios do GATT), o GATS tem maior abrangência. Essa abrangência deve ser examinada no contexto de uma estrutura que, além de complexa, é muito mais flexível. Essa flexibilidade permite aos Membros inscrever, em suas Listas de Compromissos, os setores e subsetores que desejam liberalizar ou estabelecer as restrições que entenderem necessárias. Ela é mais compatível com as incertezas quanto à classificação das tecnologias digitais. Permite aos Membros abrir os mercados de serviços, mas, ao mesmo tempo, mantê-los protegidos em alguma medida. Em princípio, portanto, a impressão em 3D com arquivo CAD estaria melhor ao abrigo do GATS.

De qualquer forma, para que compromissos pudessem ser assumidos, seria necessária a adoção pela OMC de um “cluster approach” para a classificação dos produtos digitais ou que os Membros tentassem chegar a um consenso sobre o escopo dos serviços abrangidos nos diferentes setores da Lista de Classificação Setorial em Serviços, a W/120.<sup>24</sup> Em vez de desenvolver novas disciplinas, a atual estrutura do GATS poderia simplesmente ser usada para estimular os Membros a aperfeiçoar e a expandir seus compromissos nos vários setores relacionados a tecnologia.

Não seria tarefa fácil, contudo, acomodar os serviços digitais em uma classificação (a W/120) concebida há quase trinta anos. As plataformas digitais são multifuncionais e muito mais abrangentes e não se enquadrariam em um setor ou subsetor específico de serviços.<sup>25</sup>

## 4 Blockchain

O blockchain ganhou relevância inicialmente como uma plataforma que suporta a criptomoeda, o bitcoin. Atualmente, não se limita, apenas, ao bitcoin.<sup>26</sup> Poderá

vir a revolucionar o comércio internacional, tornando-o mais barato, rápido e simples, via cadeias globais de suprimento. Para ser revolucionária, no entanto, essa tecnologia precisa ser implantada globalmente, o que requer um quadro regulador internacional.

O blockchain constitui uma base de dados compartilhada em uma rede de computadores. É um tipo de “distributed ledger technology” (tecnologia de registro (livro de contas) distribuído), uma base eletrônica de dados descentralizada<sup>27</sup> que, continuamente, registra, verifica e armazena blocos de informação em formato digital, assegurados por criptografia. As informações registradas referem-se a transações em ativos e troca de informações. Essencialmente, o blockchain envolve: (i) o registro (qualquer informação, como a de uma venda e pode incluir assinaturas digitais); (ii) o bloco (um pacote de registros); e (iii) uma cadeia (todos os blocos juntos).

Quando um novo registro é efetuado, a validade de seus detalhes é verificada pelos computadores na rede, denominados “nodes”. Uma vez aceito, esse registro é adicionado a um bloco. Isso cria um registro permanente e cronológico de cada transação. Blocos que consistem em informação a respeito de uma ou mais transações são acrescentados à cadeia de blocos existentes. A criptografia mantém o blockchain seguro e resistente a

---

pontuam que “[the] blockchain is indeed an interesting tool whose mobilization seems necessary for the implementation of the political and legal framework of the fight against global warming.” Especificamente, dizem eles, “the blockchain could be used to improve carbon trading; some argue for the free use of digital ledgers as a platform for networking carbon markets so as to achieve the objectives of the Paris Agreement”. PIGEOLET, Louise; WAEYNBERGE, Araud Van. Assessment and Challenges of Carbon Markets. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, vol. 16, n.º 2, 2019, p. 86.

<sup>27</sup> Como descrito por De Filippi e Wright, “...blockchains are decentralized databases, maintained by a distributed network of computers. They blend together a variety of different technologies – including peer-to-peer networks, public-private key cryptography and consensus mechanisms – to create a novel type of database”. “Blockchain technology constitutes an infrastructure for the storage of data and the management of software applications, decreasing the need for centralized middlemen...Databases serve as a backbone for every platform, website, app, or other online service. Up to this point, databases have for the most part been maintained by centralized intermediaries, such as large Internet companies or cloud computing operators such as Amazon, Microsoft, and Google. Blockchains are changing this dynamic, powering a new generation of disintermediated peer-to-peer applications, which are less dependent on centralized control.” DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. *Blockchain and the Law – The Rule of Code*. Londres: Harvard University Press, 2018, p. 13 e 33.

<sup>24</sup> Referência mais específica à W/120 e aos setores e subsetores de serviços no item 4.1, abaixo.

<sup>25</sup> Interessante discussão a respeito em: MITCHELL, Andrew D.; MISHRA, Neha. Data at Docks: Modernising International Trade Law for the Digital Economy. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, vol. 20, 2018, em especial p. 1090-1091 e 1126. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3064396>, acesso em 5 de nov. 2018.

<sup>26</sup> Poderá ser também útil em vários outros setores, como, por exemplo, o de mercados de carbono. Em interessante estudo a respeito dos mercados de carbono, PIGEOLET e WAEYENBERGE

“hackers” ou a alteração não autorizada, o que lhe confere o caráter de imutabilidade, ou seja, transações podem ser adicionadas à cadeia, mas aquelas já registradas não podem ser apagadas.<sup>28</sup>

Como mencionado acima, um uso potencial do blockchain, associado ao comércio internacional, está relacionado às cadeias globais de suprimento. Uma cadeia de suprimento é essencialmente um conjunto de processos e recursos necessários à entrega final do produto ao consumidor. Ela envolve o fluxo de material (produtos físicos, material e suprimentos), de dinheiro (pagamentos, informações sobre cartões de crédito, pagamentos eletrônicos (“e-payments”)) e de dados (informação relacionada à demanda, embarcações, pedidos, prazos, dentre outras).

Esse fluxo permite distinguir a natureza intrinsecamente sem fronteiras do blockchain. Qualquer legislação de um país que tenha o efeito de restringir em especial o fluxo de dados transfronteiriços pode constituir uma barreira ao desenvolvimento dessa tecnologia e seu uso em cadeias de suprimento. Leis de proteção de dados que requerem a localização de dados, isto é, que os dados sejam processados e armazenados localmente, proibindo a coleta ou a transferência de dados a outros países sem autorização governamental, são exemplos desse tipo de barreira.<sup>29</sup>

Essas leis podem ser abrangentes cobrindo a maioria ou todos os tipos de dados ou se concentrar em tipos específicos de dados, tais como exigências de que pagamentos sejam processados no próprio país. A localização de dados é incompatível com a típica logística multi-jurisdicional do blockchain que requer armazenamento de dados em uma rede descentralizada e não em uma jurisdição exclusiva.

O General Data Protection Regulation (“GDPR”) da União Europeia, em vigor desde 25 de maio de 2018, bem como a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, Lei No. 13.709, de 14 de agosto de 2018<sup>30</sup> (“LGPD”),

permitem a transferência internacional de dados para outros países, desde que estes apresentem nível considerado adequado de proteção. Se, de um lado, essa condição é importante no tocante à proteção à privacidade, de outro, ela pode constituir-se em obstáculo ao comércio internacional.

A depender do entendimento da Comissão, no caso da União Europeia, e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, no caso do Brasil, a transferência poderá não ocorrer, interrompendo e impedindo o fluxo de dados essencial ao blockchain e às cadeias globais de suprimento do comércio internacional.<sup>31</sup>

#### 4.1 Blockchain e o GATS

Com base em uma interpretação extensiva, pode-se argumentar que, de alguma forma, as normas do GATS regulam e permitem os fluxos de dados transfronteiriços e o comércio de serviços digitais. Por essa razão, o GATS é de fundamental importância para o blockchain.<sup>32</sup>

ras modificações, cria a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. A Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, até a finalização deste artigo, ainda não havia entrado em vigor.

<sup>31</sup> Apesar de o GDPR e a LGPD aplicarem-se, apenas, a dados pessoais, é importante ressaltar que, em ambos, a definição de dados pessoais abrange qualquer informação relacionada a uma pessoa identificada ou identificável. Isso poderia incluir dados como endereço de IP, de localização e outros fatores específicos. Por essa razão, assinalam Epps, Carey e Upperton, “[d]ata in a supply chain blockchain could risk falling under this definition and being subject to GDPR data requirements. Establishing a definition of “non-personal” data is difficult when personal data itself is amorphously defined, and currently it is not clear when the proposed Regulation would apply”. EPPS, Tracey; CAREY, Blake; UPPERTON, Tess. *Revolutionizing Global Supply Chains One Block at a Time: Growing International Trade with Blockchain – Are International Rules Up to the Task? Society of International Economic Law (SIEL), Sixth Biennial Global Conference, 2018*, p. 10. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3210386](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3210386). Acesso em 8 de nov. 2018.

<sup>32</sup> Além disso, o GATS “has a more promising case in providing a better foundation for covering blockchain technologies. Digital transactions do not generally include tangible products, and the sale of electronic products often requires the continual delivery of services — whether for support or for maintenance — for them to be even usable. Many electronic products are covered by GATS in that their advertising, payment, delivery and distribution all significantly involve an electronic service. Moreover, blockchain essentially involves the validation by users of transactions conducted over the platform. Whilst users cannot do so without their computing devices, blockchain still intuitively involves the supply of a service and not the sale of a useful electronic product.” RAZON, Arvin Kristopher. *Liberalizing Blockchain: An Application of the GATS Digital Trade Framework. Melbourne Journal of International Law*, 6,

<sup>28</sup> Mais detalhes sobre as características do blockchain em EPPS, Tracey; CAREY, Blake; UPPERTON, Tess. *Revolutionizing Global Supply Chains One Block at a Time: Growing International Trade with Blockchain – Are International Rules Up to the Task? Society of International Economic Law (SIEL), Sixth Biennial Global Conference, 2018*, p. 1-2. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3210386](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3210386). Acesso em 8 de nov. 2018.

<sup>29</sup> Na China, por exemplo, o governo restringiu tanto o fluxo interno como o transfronteiriço de informação e dados.

<sup>30</sup> Alterada pela Lei n.º. 13.853, de 8 de jul. 2019, que, dentre out-

De acordo com o GATS, os Membros da OMC podem assumir compromissos tendo por referência a “Lista de Classificação Setorial em Serviços (W/120)” (*Services Sectoral Classification List*) concebida no início dos anos 1990 e que contém uma relação de aproximadamente cento e sessenta setores e subsetores de serviços. Os Membros utilizam, ainda, a denominada “Lista de Classificação de Produto Central” (*Central Product Classification – CPC*), elaborada pela divisão de estatística da ONU igualmente no início da década de 90.<sup>33</sup>

O GATS antecede o conceito de fluxo de dados transfronteiriços. Na época de sua negociação, a Internet estava no seu limiar, apenas começando a ser utilizada comercialmente. Somente no início dos anos 2000, a Internet passou a permitir, efetivamente, que as empresas realizassem vendas e fornecessem serviços “on line”. O rápido desenvolvimento da Internet e de outras tecnologias coloca, assim, a seguinte questão: como poderiam os Membros da OMC interpretar as definições ultrapassadas das Listas de Classificação acima mencionadas e os compromissos de liberalização assumidos?<sup>34</sup>

Os subsetores de serviços de relevância para o blockchain são aqueles relacionados à rubrica “computer and related services”<sup>35</sup>, que incluem os subsetores “data processing services” e “data base services”. Os compromissos em serviços de telecomunicações também são importantes. Observa-se, no entanto, sobreposição

entre essa categoria e a dos “computer services”. Isso porque atividades como serviços de “database” e “data processing” são providos “on line” e, no caso do blockchain, têm de ser providos “on line”.

É possível sustentar, portanto, que o blockchain estaria abrangido pelos compromissos de liberalização assumidos por alguns Membros, uma vez que é, essencialmente, uma forma de serviços de base de dados.

Além disso, o Anexo sobre Telecomunicações do GATS<sup>36</sup> estabelece que, quando os Membros tiverem assumido compromissos, eles devem assegurar que os provedores de serviços estrangeiros possam usar redes de transportes de telecomunicações para o movimento transfronteiriço de informações e para o acesso de informações contidas em bases de dados. Nesse sentido, como salientado no *World Trade Report 2018*, da OMC,

it is of particular significance to online activity and the incumbent data flows involved that the Annex addresses information transfers. It requires members to ensure that foreign service suppliers may use basic telecommunications for the movement of digitalized information both within and across borders, including for intra-corporate communications and for access to information contained in databases or otherwise stored in the territory of any member. All suppliers of committed services benefit from these obligations.<sup>37</sup>

Se o blockchain está abrangido pelos compromissos assumidos por alguns Membros nos termos do Anexo sobre Telecomunicações, a outra questão que surge é se as regras de localização de dados e de privacidade que

2019. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2019/6.html>. Acesso em: 8 de mai. 2020.

<sup>33</sup> “Os negociadores do GATS, em vez de se preocuparem com uma terminologia precisa, optaram pela seguinte classificação de serviços: (i) serviços de negócios ou empresariais; (ii) serviços de comunicação; (iii) serviços de construção; (iv) serviços de distribuição; (v) serviços educacionais; (vi) serviços ambientais; (vii) serviços financeiros; (viii) serviços relacionados à saúde e serviços sociais; (ix) serviços de turismo e relacionados a viagens; (x) serviços de recreação, serviços culturais e esportivos; (xi) serviços de transporte; e (xii) outros serviços.” Trata-se, portanto, de onze setores subdivididos na W/120. “Com o propósito de obter maior clareza com relação aos compromissos assumidos, muitos Membros acrescentaram às suas listas os respectivos números CPC aos nomes dos setores. Ambas as classificações são de uso facultativo e servem apenas para orientação, podendo os Membros inscrever compromissos em setores e subsetores não mencionados nesses documentos.” CELLI JUNIOR, Umberto. *Comércio de Serviços na OMC: liberalização, condições e desafios*. Curitiba, Juruá, 2009, p.86-87.

<sup>34</sup> A última atualização da CPC foi feita em 2015 e refere-se à internet e serviços digitais, mas poderia prover melhores diretrizes para os Membros.

<sup>35</sup> A classificação ‘computer and related services’ não era tão relevante como é atualmente e não reflete, portanto, a complexa realidade dos serviços digitais.

<sup>36</sup> O Anexo sobre Telecomunicações aplica-se complementarmente ao GATS a todas as medidas que afetem o acesso às redes e serviços públicos de telecomunicações e sua utilização. De acordo com seu art. 5º, os Membros obrigam-se a prover aos prestadores de serviços de qualquer outro Membro acesso às suas redes públicas de transportes de telecomunicações e serviços, bem como sua utilização em termos e condições razoáveis e não discriminatórias. Os serviços de telecomunicações viabilizam e dão suporte aos fluxos de dados transfronteiriços. Os fluxos de dados transfronteiriços impulsionados por serviços básicos e de valor adicionado de telecomunicações, tais como processamento e armazenamento de dados por meio de alta capacidade (isto é, armazenamento em nuvem (“cloud storage”), permitem às empresas não apenas a venda de seus produtos e serviços, como também a coordenação de suas atividades logísticas. Serviços de acesso à Internet por banda larga e outras redes de dados oferecem as mais altas velocidades necessárias à exploração de tecnologias como computação nas nuvens que possibilitam o uso de serviços que requerem transferência de grandes quantidades de dados.

<sup>37</sup> WTO. *WTO World Trade Report (2018) – The future of World Trade: how digital technologies are transforming global commerce*, p.153. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/world\\_trade\\_report18\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/world_trade_report18_e.pdf). Acesso em: 20 de out. 2018.

restringem o fluxo de dados transfronteiriços são inconsistentes com tais compromissos. Em princípio, seriam. Essas regras impedem o comércio de serviços de bases de dados, uma vez que estes não podem ocorrer se os dados não forem transferidos internacionalmente.

Haveria, em tese, também, um descumprimento da obrigação de tratamento nacional (proibição de tratar fornecedores estrangeiros de forma menos favorável que os nacionais) e possivelmente de acesso a mercado que proíbe restrições quantitativas a prestadores de serviços estrangeiros. De certa forma, o GDPR também poderia ser considerado inconsistente com os compromissos de acesso a mercados sob o GATS porque, como visto anteriormente, contém restrições ao fluxo transfronteiriço de dados. (A União Europeia, por exemplo, assumiu compromissos com relação aos serviços de bases de dados).

No caso dos poucos Membros que assumiram compromissos relevantes, é possível afirmar que tais compromissos asseguram a livre circulação transfronteiriça de dados, o que colocaria a OMC em boa posição para regular o blockchain. Deveria, porém, haver um reconhecimento explícito das intersecções do GATS com o blockchain, o que, como se sabe, ainda não ocorreu.

Como, até o momento, não houve uma formulação abrangente para uma resposta aos desafios trazidos pela era digital, o GATS foi, em certa medida, superado por outros acordos comerciais plurilaterais e bilaterais. Em especial, acordos de livre comércio como o “Comprehensive Progressive Transpacific Partnership Agreement” (“CPTPP”) parecem estar mais bem aparelhados para regular o blockchain, apesar da limitação de seu escopo territorial.<sup>38</sup>

Apesar de não dispor, expressamente, a respeito do uso da “distributed ledger technology”, há no CPTPP um capítulo específico (capítulo 14) sobre comércio ele-

trônico que merece destaque. Estabelece o art. 14.11:

Art. 14.11: Cross-Border Transfer of Information by Electronic Means

1. The Parties recognise that each Party may have its own regulatory requirements concerning the transfer of information by electronic means.

2. Each Party shall allow the cross-border transfer of information by electronic means, including personal information, when this activity is for the conduct of the business of a covered person.

3. Nothing in this Article shall prevent a Party from adopting or maintaining measures inconsistent with paragraph 2 to achieve a legitimate public policy objective, provided that the measure:

(a) is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade; and

(b) does not impose restrictions on transfers of information greater than are required to achieve the objective.<sup>39</sup>

Trata-se, essencialmente, o parágrafo segundo de uma proibição à limitação de exportação de dados relativamente à toda informação — e não apenas à informação pessoal. Essa proibição, contudo, está sujeita à ressalva do parágrafo terceiro, o qual autoriza as Partes a limitar ou restringir a exportação de dados desde que o façam, observadas certas condições, com o propósito de implantar legítima política pública. Não há especificação do que seja legítima política pública.

Essas disposições do CPTPP constituem um passo na direção certa no tocante à facilitação do desenvolvimento do blockchain associado ao comércio internacional. Mostram o efetivo potencial dos acordos de livre comércio em conciliar interesses divergentes como a proteção de dados, de um lado, e seu livre fluxo, de outro.<sup>40</sup> Podem, por fim, servir de inspiração para negociações no âmbito da OMC, em que, há mais de 20 anos<sup>41</sup>, tenta-se, sem sucesso, elaborar regras sobre o comércio eletrônico.

<sup>38</sup> EPPS, Tracey; CAREY, Blake; UPPERTON, Tess. Revolutionizing Global Supply Chains One Block at a Time: Growing International Trade with Blockchain – Are International Rules Up to the Task? *Society of International Economic Law (SIEL), Sixth Biennial Global Conference, 2018*, p. 13-16. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3210386](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3210386). Acesso em 8 de nov. 2018. O CPTPP é composto por Austrália, Brunei, Canadá, Chile, Japão, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Singapura e Vietnã e foi assinado em 8 de março de 2018, após a retirada dos Estados Unidos do anterior “Trans-Pacific Partnership Agreement” (“TPP”). O CPTPP incorpora o texto original do TPP, com exceção de aproximadamente 20 disposições que ficaram em suspenso até eventual posterior decisão contrária das partes. Entrou em vigor em 30 de dezembro de 2018.

<sup>39</sup> Texto do CPTPP disponível em: <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-text/> Acesso em 6 de nov. 2018.

<sup>40</sup> EPPS, Tracey; CAREY, Blake; UPPERTON, Tess. Revolutionizing Global Supply Chains One Block at a Time: Growing International Trade with Blockchain – Are International Rules Up to the Task? *Society of International Economic Law (SIEL), Sixth Biennial Global Conference, 2018*, p.16. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3210386](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3210386). Acesso em 8 de nov. 2018.

<sup>41</sup> Desde a constituição do ‘Work Programme on Electronic Commerce’ em 1998.

Nesse sentido, durante a Conferência Ministerial, realizada em Buenos Aires em dezembro de 2017, um grupo de 71 Membros comprometeu-se a elaborar trabalhos preliminares visando ao início efetivo de negociações a respeito. Em janeiro de 2019, no Fórum Econômico Mundial de Davos, novo Comunicado Conjunto foi concluído por 76 Membros, os quais confirmaram sua intenção de iniciar negociações comerciais com o propósito de alcançar resultados de alto padrão com a participação do maior número possível de Membros da OMC.<sup>42</sup> Em maio de 2019, cerca de 19 Membros enviaram propostas para negociação de um acordo plurilateral sobre comércio eletrônico. Dentre os tópicos dessas propostas, aparecem proteção e localização de dados e transferência internacional de dados.

Trata-se de sinais positivos de engajamento na estruturação do comércio internacional regulado pelas novas tecnologias.

## 5 Considerações finais

Como visto, **não há**, ainda, uma classificação amplamente aceita dos modos de comércio que dependem dos meios digitais. Isso torna complicada qualquer tarefa de avaliação abrangente e bem-sistematizada das efetivas implicações das tecnologias digitais para o sistema multilateral de comércio e o papel da OMC como um todo. Daí a escolha inspirada no *World Trade Report 2018* da OMC de duas tecnologias de crescente importância para o comércio internacional, a impressão em 3D e o blockchain, tendo como base alguns aspectos do GATT e do GATS, pois elas permitem algumas reflexões interessantes, embora não conclusivas.

No caso da impressão em 3D, a fundamental questão envolvendo a distinção entre bens e serviços não foi esclarecida. Em face da incontornável dificuldade em separá-los atualmente, tal como se fez até um passado recente, sua dicotomia regulatória GATT ou GATS, talvez, tenha perdido o sentido.<sup>43</sup>

De qualquer forma, se ainda fizer algum sentido, se um produto originado da impressão em 3D, como o contido no arquivo CAD transmitido para outro país por meio eletrônico, for considerado um bem — com todas as implicações tributárias decorrentes—, seria mais indicado que — além do GATT, claro —, estivesse abrigado no ITA. Para tanto, o ITA teria de contar com maior adesão dos Membros da OMC. Além disso, seria preciso atualizá-lo, modificando-se seu escopo e, conseqüentemente, sua lista de classificação que contempla, apenas, produtos físicos e não digitais.

Se, por outro lado, esse produto for considerado um serviço, seria necessária, no mínimo, uma reformulação da Lista de Classificação Setorial em Serviços (W/120) do GATS, considerando-se que as plataformas digitais são multifuncionais e muito mais abrangentes e não se enquadrariam em um setor ou subsetor específico de serviços.

Um caminho paralelo seria reativar as negociações plurilaterais do TISA. Lançado em 2013 com o propósito de aprofundar o acesso a mercados no setor de serviços, configura um espaço propício para fazer avançar as negociações sobre o alcance, a classificação e a regulação dos serviços digitais.<sup>44</sup> O TISA é bastante “ambicioso e pretende englobar todos os setores de serviços, tais como serviços financeiros e serviços de tecnologia da informação, incluindo telecomunicação e *e-commerce*”, entre outros.<sup>45</sup> Não existe incompatibilidade entre o TISA e o GATS. A questão central é saber como o TISA poderá relacionar-se com a OMC. Constituirá um “building block” rumo a uma liberalização multilateral do comércio de serviços?<sup>46</sup> Seja como for, como se trata de um acordo plurilateral, os Membros tendem a sentir-se mais estimulados a fazer maiores concessões nessa área.

Ao contrário da impressão digital em 3D, no caso

<sup>42</sup> O documento circulou como WT/L/1056.

<sup>43</sup> Afinal, “goods are increasingly bundled with services; and new, and previously non-tradable, services are now being traded across borders”. GONZÁLEZ, Javier López; JOUANJEAN, Marie-Agnes. *Digital Trade: Developing a Framework for Analysis*, 2017, p. 8. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/trade/digital-trade\\_524c8c83-en](https://www.oecd-ilibrary.org/trade/digital-trade_524c8c83-en). Acesso em: 6 mai. 2020.

<sup>44</sup> São partes negociadoras do TISA: Austrália, Canadá, Chile, Taipé Chinesa (Taiwan), Colômbia, Costa Rica, Hong Kong, Islândia, Israel, Japão, Liechtenstein, México, Nova Zelândia, Noruega, Paquistão, Panamá, Paraguai, Peru, Coreia do Sul, Suíça, Turquia, Estados Unidos e União Europeia. Está aberto à adesão de todos os Membros da OMC.

<sup>45</sup> ROCHA GABRIEL; Vivien Daniele; LINHARES MESQUITA, Alebe. O Comércio de Serviços entre Brasil e Uruguai: liberalização, desafios e perspectivas do setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) e *softwares*. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, vol. 13, n.º 1, 2016, p. 67.

<sup>46</sup> MARCHETTI, Juan A.; ROY, Martin. The TISA Initiative: An Overview of Market Access Issues. *Journal of World Trade*, vol. 48, n.º 4, 2014, p. 717.

do blockchain, praticamente não existe essa dicotomia regulatória entre bem e serviço<sup>47</sup>. Ainda que as listas de classificação de serviços estejam ultrapassadas e necessitem de atualização, é plausível sustentar que o blockchain constitui um serviço de base de dados e, nessa condição, estaria abrangido pelos compromissos de liberalização assumidos por alguns Membros, especialmente nos termos do Anexo sobre Telecomunicações do GATS.

Esses compromissos e outros que eventualmente venham a ser assumidos asseguram a livre circulação transfronteiriça de dados, que é fundamental para alimentar as cadeias globais de suprimentos que caracterizam o blockchain. Isso coloca a OMC, pelo menos em tese, em boa posição para regular essa tecnologia digital de maneira mais específica. No entanto, para maior segurança jurídica, deveria haver, de alguma forma, reconhecimento explícito das interseções do GATS com o blockchain.

Seja no GATS ou em um eventual acordo plurilateral sobre comércio eletrônico, não pode haver restrições à transferência internacional de dados. Qualquer restrição nesse sentido somente poderia ser adotada pelos Membros para implantar alguma política pública relevante, desde que esta não constitua um meio de arbitrária ou injustificável discriminação ou limitação disfarçada ao comércio internacional.

As questões regulatórias colocadas pelas tecnologias digitais impressão em 3D e o blockchain, tendo como pano de fundo o GATT e o GATS, apenas dão uma ideia dos enormes desafios que se impõem à necessária reformulação das regras do comércio global. A natureza ainda difusa e não totalmente compreendida do universo digital, bem como o constante processo de evolução das tecnologias que o envolvem, tornam bastante complexo um possível novo desenho normativo desse comércio global.

## Referências

ASHTON-HART, Nick. Addressing the Networked Economy in Trade Policy. In: BRAGA, Carlos A.; HOEKMAN, Bernard (ed.). *Future of the Global Trade*

<sup>47</sup> A natureza intrinsecamente digital do blockchain é um importante fator para sua caracterização mais como um serviço do que um bem.

*Order*. Florença, Lausanne, São Paulo: European University Institute, IMD, Fundação Dom Cabral, 2ª ed., 2017.

BURRI, Mira. Understanding and Shaping Trade Rules for the Digital Era. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/329419386\\_Understanding\\_and\\_Shaping\\_Trade\\_Rules\\_for\\_the\\_Digital\\_Era](https://www.researchgate.net/publication/329419386_Understanding_and_Shaping_Trade_Rules_for_the_Digital_Era). Acesso em: 26 de mar. 2019.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Comércio de Serviços na OMC: liberalização, condições e desafios*. Curitiba: Juruá, 2009.

CIURIAK, Dan; PTASHKINA, Maria. Começaram as guerras no comércio digital: delineando os campos da batalha regulatória. *Revista Pontes*, vol. 14, n.º 1, 2018. Disponível em: <http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/come%C3%A7aram-as-guerras-no-com%C3%A9rcio-digital-delineando-os-campos-de-batalha>. Acesso em: 29 de mar. 2019.

DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. *Blockchain and the Law – The Rule of Code*. Londres: Harvard University Press, 2018.

EPPS, Tracey; CAREY, Blake; UPPERTON, Tess. Revolutionizing Global Supply Chains One Block at a Time: Growing International Trade with Blockchain – Are International Rules Up to the Task? *Society of International Economic Law (SIEL), Sixth Biennial Global Conference, 2018*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3210386](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3210386). Acesso em 8 de nov. 2018.

FLEUTER, Sam. The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17: n.º 1, Article 5, 2016. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol17/iss1/5>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

GONZÁLEZ, Javier López; JOUANJEAN, Marie-Agnes. Digital Trade: Developing a Framework for Analysis, 2017. Disponível em: <[https://www.oecd-ilibrary.org/trade/digital-trade\\_524c8c83-en](https://www.oecd-ilibrary.org/trade/digital-trade_524c8c83-en)>. Acesso em: 6 de mai. 2020.

MARCHETTI, Juan A.; ROY, Martin. The TISA Initiative: An Overview of Market Access Issues. *Journal of World Trade*, vol. 48, n.º 4, 2014.

MITCHELL, Andrew D.; MISHRA, Neha. Data at Docks: Modernising International Trade Law for the Digital Economy. *Vanderbilt Journal of Entertainment &*

*Technology Law*, vol. 20, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3064396>. Acesso em: 5 nov. 2018.

OECD. The impact of digitalization on trade. Disponível em: <https://www.oecd.org/trade/topics/digital-trade/>. Acesso em: 8 de mai. 2020.

PARDOLESI, Roberto; DAVOLA, Antonio. What is wrong in the debate about Smart Contracts. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3339421](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3339421). Acesso em: 5 de mai. 2020.

PIGEOLET, Louise; WAEYNBERGE, Araud Van. Assessment and Challenges of Carbon Markets. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, vol. 16, n.º 2, 2019.

RAZON, Arvin Kristopher. Liberalizing Blockchain: An Application of the GATS Digital Trade Framework. *Melbourne Journal of International Law*, 6, 2019. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2019/6.html>. Acesso em: 8 de mai. 2020.

RIBEIRO ALVES, Gleisse. O Acordo GATS e sua Aplicação aos Serviços do Comércio Eletrônico. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, vol. 12, n.º 2, 2014.

ROCHA GABRIEL; Vivien Daniele; LINHARES MESQUITA, Alebe. O Comércio de Serviços entre Brasil e Uruguai: liberalização, desafios e perspectivas do setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) e *softwares*. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, vol. 13, n.º 1, 2016.

VOON, Tania. A New Approach to Audiovisual Products in the WTO: Rebalancing GATT and GATS. *UCLA Entertainment Review*, 14 (1), 2007.

WTO. *WTO World Trade Report (2018) – The future of World Trade: how digital technologies are transforming global commerce*. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/world\\_trade\\_report18\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/world_trade_report18_e.pdf). Acesso em: 20 de out. 2018.

WUNSCH-VINCENT, Sacha; HOLD, Arno. Towards coherent rules for digital trade: Building on efforts in multilateral versus preferential trade negotiations. *In: BURRI, Mira; COTTIER, Thomas (Orgs.). Trade Governance in the Digital Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Los fuertes hacen lo que pueden:** exponiendo los límites de la Corte Penal Internacional

**The strong do what they can:** Unveiling the International Criminal Court limitations

Cristián D. González-Ruiz

Víctor M. Mijares

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Los fuertes hacen lo que pueden: exponiendo los límites de la Corte Penal Internacional\*

## The strong do what they can: Unveiling the International Criminal Court limitations

Cristián D. González-Ruiz\*\*

Víctor M. Mijares\*\*\*

### Resumen

La Corte Penal Internacional es el mayor esfuerzo en la búsqueda de justicia universal para crímenes de lesa humanidad. No obstante su valor y el empeño en hacerla funcionar, su eficacia en la producción de sentencias muestra resultados mixtos. ¿Cuáles son las condiciones que limitan el desempeño de la Corte? Este artículo ofrece respuestas a partir de un análisis cualitativo comparado de los casos tratados por la Corte Penal Internacional, considerando factores internos y externos. El resultado es desalentador para las aspiraciones de efectividad de la justicia penal internacional, pues la evidencia señala que los acusados que cuentan con el apoyo de grandes potencias o que obtiene la victoria interna y se controlan importantes recursos naturales tienden zafarse de las consecuencias de sus crímenes. El artículo contribuye a la literatura sobre cortes internacionales proveyendo evidencia sobre las dificultades que enfrentan para encauzar a violadores de derechos humanos desde el poder.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional, análisis cualitativo comparado, derechos humanos, crímenes de guerra, realismo

### Abstract

The International Criminal Court is the greatest effort in the search of universal justice for crimes against humanity. Despite its value and the effort to make it work, its effectiveness in the production of sentences shows mixed results. What are the conditions that limit the Court performance? This article offers answers based on a qualitative comparative analysis of the cases treated by the International Criminal Court, considering internal and external factors as well. The result is discouraging for the aspirations of effectiveness of international criminal justice, as the evidence indicates those offenders who have the support of great powers or who obtain internal victory and control important natural resources tend to get rid of the consequences of their crimes. The article contributes to the literature on international courts by providing evidence on the difficulties they face in prosecuting human rights violators holding power positions.

**Keywords:** International Crime Court, qualitative comparative analysis, human rights, war crimes, realism.

\* Recibido em 20/10/2019  
Aprovado em 04/06/2020

\*\* Político y candidato al grado de abogado de la Universidad de los Andes. Estudiante de la maestría en derecho internacional de la misma universidad y analista jurídico en la firma de derecho penal Prias Cadavid Abogados. Correo electrónico: cd.gonzalez11@uniandes.edu.co; cgonzalez@priascadavid.com  
Political scientist (B.A) and candidate to LL.B degree at University of los Andes Law School. Student of the International Law Master's degree (LL.M) at the same university. Juridical analyst at the criminal law firm Prias Cadavid Abogados. Email: cd.gonzalez11@uniandes.edu.co; cgonzalez@priascadavid.com

\*\*\* Profesor Asistente de Ciencia Política en la Universidad de los Andes, Colombia. Doctor en Ciencia Política por la Universidad de Hamburgo, Alemania, y Especialista en Derecho y Política Internacionales por la Universidad Central de Venezuela. Correo electrónico: vm.mijares@uniandes.edu.co  
Assistant Professor of Political Science at the Universidad de los Andes, Colombia. He holds a Ph.D. in Political Science from the Universität Hamburg, Germany, and a Specialist degree in International Law and Politics from the Universidad Central de Venezuela. Email: vm.mijaresniandes.edu.co

# 1 Introducción

La conformación de la Corte Penal Internacional (CPI) rompe con presunciones propias del Derecho Internacional Público, en tanto se distancia de la tradición estado-céntrica al considerar como sujetos internacionales a las personas y no sólo los Estados, ante un tribunal cuya jurisdicción es permanente y universal.<sup>1</sup> Y en segundo lugar, rompiendo el principio de soberanía estatal absoluta, dado que, formalmente, la CPI está facultada para perseguir y castigar incluso a ciudadanos de Estados que no son parte de los que han ratificado su Estatuto Constituyente (art. 13, literal b). Así, se infiere que la creación de un tribunal como la CPI rompe con los principios básicos del realismo en las relaciones internacionales en el ejercicio del imperio de la razón sobre la fuerza, dónde los Estados —y sus líderes— nada podrán hacer ante un cuerpo colegiado, imparcial e independiente que velará por la justicia internacional y la protección del bien jurídico humanidad ante la comisión de los más atroces crímenes<sup>2</sup>.

A la luz del anterior supuesto, esta investigación evalúa si el ejercicio de la CPI se trata de un comportamiento imparcial donde los factores políticos tengan baja incidencia en la producción de sentencias o si, por el contrario, el conjunto de intereses de los Estados podría tener alguna incidencia en el ejercicio del citado tribunal. La importancia teórica del escrito radica en su ubicación en la literatura de cortes y Relaciones Internacionales (RRII), igualmente relevante para el derecho y la ciencia política. Para el primero, en tanto en términos de eficacia del derecho penal internacional. Y para la segunda, en tanto contribuye al entendimiento de las relaciones de poder entre instituciones internacionales, Estados y actores sub- y trans-nacionales.

Además, el estudio de la CPI, como caso particular, reviste especial importancia, dadas las circunstancias

que rodean su funcionamiento en el sistema internacional, tales como su característica de tribunal internacional que juzga personas y no Estados, además de su vocación de permanencia. Así también, bajo la consideración de la renuencia de algunos Estados a aceptar su jurisdicción e incluso el retiro de algunos de los signatarios originales, en medio de un contexto político contemporáneo que pareciera ser renuente al funcionamiento de las instituciones internacionales. De igual forma, pretendemos aplicar los planteamientos de tres enfoques teóricos de las RRII al análisis del funcionamiento de la CPI, a saber, realismo, liberalismo y escuela inglesa, lo cual contribuirá a un entendimiento complejo del comportamiento de los actores internacionales en lo que atañe al funcionamiento del tribunal.

Desde la misma negociación de los estatutos fundacionales, la CPI ha enfrentado una serie de dificultades para su establecimiento. Para entonces, un bloque de países, liderados por EEUU, China, Rusia, y Arabia Saudita, abogaba por el establecimiento de una corte débil, cuyas sentencias fuesen no-vinculantes y de competencia subsidiaria a la jurisdicción nacional del país dónde se cometieren los crímenes. Otro grupo, liderado por Australia y Canadá, que defendía un tribunal fuerte, independiente de la influencia de los Estados, y cuya competencia podría ser incluso activada a través de la fiscalía del mismo aparato judicial.<sup>3</sup> Estas tensiones reflejan en el producto final del Estatuto de Roma, puesto que las causales para iniciar las investigaciones en el marco del proceso penal se restringen a tres (art. 13):

1. Un Estado parte remite la investigación a la fiscalía en caso de que considere que se ha cometido alguno de los crímenes tipificados, es decir, como ejercicio de soberanía, dentro del margen de discrecional que ofrece el interés nacional;
2. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS), actuando conforme al Capítulo VII de la Carta de San Francisco, o;
3. El Fiscal decide abrir una investigación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 15 del mismo estatuto.

De lo anterior, es evidente deducir que las causales 1 y 2 para activar la jurisdicción de la CPI, obedecen a una lógica de soberanía estatal e intereses de los países poderosos del sistema internacional, mientras que la úl-

<sup>1</sup> En los casos donde la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sea activada después de la petición originada en el marco del CS. Para ver más sobre el rompimiento del paradigma del estado centrismo en el derecho internacional público ver Johns, Leslie. "The Diverging Theory and Practice of International Law." En *Encyclopedia of Empirical International Relations Theory*, 513-35. Oxford: Oxford University Press, 2018 y Quesada Alcalá, Carmen. *La Corte Penal Internacional Y La Soberanía Estatal*. Tirant Monografías, 383. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

<sup>2</sup> Werle Gerhard, Florian Jessberger, Claudia Cárdenas Aravena, Julia Geneuss, and María Gutiérrez Rodríguez. *Tratado De Derecho Penal Internacional*. Tercera Edición ed. Tirant Lo Blanch. Tratados. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

<sup>3</sup> Werle, Gerhard, Florian Jessberger, Claudia Cárdenas Aravena, Julia Geneuss, and María Gutiérrez Rodríguez. *Tratado De Derecho Penal Internacional*. Tercera Edición ed. Tirant Lo Blanch. Tratados. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

tima dota a la Corte para ejercer una relativa autonomía fortalecida en su propio sistema institucional.<sup>4</sup>

Sin embargo, los problemas de la Corte no terminaron allí. Una vez la CPI inicia su labor de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de su competencia, varios países africanos, liderados por Sudáfrica y Kenia en el seno de la Unión Africana (UA), iniciaron el cuestionamiento de la legitimidad del tribunal en términos de la supuesta injusticia que representa el hecho de que en más de un decenio de su vigencia, las investigaciones se hayan concentrado exclusivamente en territorio africano,<sup>5</sup> específicamente en cuatro zonas: oriental, donde se encuentran los casos ocurridos en Sudán y Kenia, caracterizados por la negativa de los Estados por colaborar con la CPI; central, que comprende el territorio de las regiones de Ituri y Kivú en la República Democrática del Congo (RDC), Uganda, y República Centroafricana (RCA), que en su mayoría comprende los conflictos residuales del genocidio ruandés de 1994, el conflicto entre la Séleka y Anti-Balaka en la RCA, y el conflicto con el *Lord's Liberation Army* en Uganda; occidental, representada por Costa de Marfil; y norte, comprendida por Libia, caracterizada por la guerra civil que azota al país desde 2011.

En consecuencia, el creciente malestar de los países africanos también ha minado el funcionamiento de la CPI, en discursos que van desde el neocolonialismo hasta el ataque de las instituciones liberales de derecho, que incluso, han sido adoptados por las defensas técnicas de los acusados,<sup>6</sup> que han optado por argumentos de ruptura para desacreditar los supuestos y valores que defiende la CPI. De igual forma, varios países han propuesto que el Tribunal Africano de Derechos Humanos prive de competencia a la Corte, o a la creación incluso de un tribunal penal permanente, conformado abogados africanos se encargue de las funciones de la CPI.

Este tipo de dificultades, que a simple vista no goza

de relación mutua, en realidad se conecta a través de un mismo cuestionamiento: ¿se trata el ejercicio de la CPI de un mero juicio espectáculo y/o simbólico a interés de los países poderosos, o estamos ante una institución objetiva, que respeta los fundamentos de la legalidad y únicamente busca la protección del bien jurídico de la humanidad? O en términos de la literatura de justicia transicional, ¿la CPI, como tribunal internacional permanente, en su actuación obedece a la lógica de la *justicia política*<sup>7</sup> o *justicia legal*<sup>8</sup>?

Sin embargo, para responder a dichos interrogantes, es necesario primero preguntarse *¿bajo qué condiciones produce sentencias la CPI?* Esta pregunta obedece a una lógica de efectividad entendida a partir de la producción de decisiones judiciales por parte de la Corte, como parte de un doble mensaje, punitivo y disuasorio de conductas individuales que constituyan la comisión de los delitos tipificados por el Estatuto de Roma.

No obstante, es necesario reconocer que reciente literatura de cortes y RRII ha criticado éste enfoque argumentando que la producción de sentencias no obedece a otra lógica que a la de una variable espuria o, en el mejor de los casos, *proxy*.<sup>9</sup> Sin embargo, consideramos que esta es la mejor manera de problematizar la coyuntura internacional ante la dificultad de operacionalización de otros tipos de enfoques metodológicos, como la de es-

<sup>7</sup> Esto se evidencia en la preparación *ex ante* a posibles argumentaciones de ruptura en la defensa de los imputados de dichos crímenes (defensa con argumentos del tipo “tú hiciste las mismas cosas que yo, en incluso peor, ¿qué autoridad tienes para juzgar mis actos?”), la restricción de elementos probatorios que cuestionen la formación de tribunales de este estilo, la utilización de la justicia penal extraordinaria como espectáculo para intentar legitimar las decisiones tomadas a través del derecho, una seguridad jurídica que depende del soberano, la invención de chivos expiatorios, y finalmente la impunidad de los crímenes cometidos por el bando vencedor de la guerra. Douglas, Lawrence. *The Shrunken Head of Buchenwald: Icons of Atrocity at Nuremberg. Representations*, (63), 39-64. doi:10.2307/2902917. 2018

<sup>8</sup> Destaca la importancia de principios propios del Estado de Derecho como una judicatura independiente de la administración, jueces imparciales, el respeto al principio de legalidad, es decir, a ser juzgado con base en crímenes preexistentes, el respeto al debido proceso y al *rule of law*, la presunción de inocencia, la presencia de elementos que permitan la controversia probatoria, segunda instancia, y un modelo adversarial en el litigio que permita contradicción entre las partes, en síntesis, se trata de un concepto de *justicia legal*. Bass, Gary. *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*. Princeton: Princeton University Press. 2014

<sup>9</sup> Shany, Yuval. Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach. *American Journal of International Law* 106, Nr. 2: 225–270. doi:10.5305/amerjintellaw.106.2.0225, 2012.

<sup>4</sup> Cassese, Antonio, Paola Gaeta, and John R. W. D Jones. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford, England: Oxford University Press, 2002.

<sup>5</sup> Para profundizar en este debate Arnould, Valérie. *A Court in Crisis?: The ICC IN Africa, and Beyond*. Report. Egmont Institute, 2017. 15-18. <http://www.jstor.org/stable/resrep06704.8>.

; Keppler, Elise. “Managing Setbacks for the International Criminal Court in Africa.” *Journal of African Law* 56, no. 1 (2012): 1-14. <http://www.jstor.org/stable/41709948>. 2012; Frahm, Ole. Report. Istituto Affari Internazionali (IAI), 2015. <http://www.jstor.org/stable/resrep09759>.

<sup>6</sup>

tablecer una evaluación entre la coincidencia de los intereses de las Cortes versus la de los Estados miembros, o la satisfacción debida de las metas de dichas instituciones, que además incluiría un enfoque normativo.

## 2 Análisis Cualitativo Comparado

Para analizar las condiciones bajo las cuales la CPI sentencia se ve imposibilitada de producir sentencia, el diseño metodológico escogido para llevar a cabo esta investigación es el comparado, tomando como método el análisis cualitativo comparado (*Qualitative Comparative Analysis* o QCA), a través del cual se busca conocer cuáles son las condiciones suficientes y necesarias para la producción de un resultado específico, en concreto, la producción (o ausencia) de sentencia por parte de la CPI. El QCA intenta descubrir el mecanismo de causalidad involucrado entre una serie de variables (X) y la producción de un resultado (Y) en términos de condiciones suficientes y necesarias. Entonces, a partir de la selección de un número de casos, muestra representativa del objeto de estudio, se construye el método a través de cuatro fases, a saber: a) la construcción de una tabla comparativa para organizar la información cualitativa e identificar las posibles condiciones necesarias; b) articular la teoría tipológica y clasificar los casos en función de dicha metodología a través de tablas de verdad; c) un análisis de los casos contrafactuales, es decir, de aquellos sobre los que no hay ejemplos en la realidad, y; d) la reducción del número de configuraciones suficientes a través de un proceso de minimización lógica<sup>10</sup>.

Lo anterior condice al análisis de las condiciones suficientes y necesarias. Las condiciones necesarias se identifican a partir de la selección de los *casos positivos*, es decir aquellos donde se produjo como resultado la variable dependiente (Y) y las condiciones causales (X) comunes a todos ellos. Por otra parte, para mirar la suficiencia, el proceso se torna más complejo y será obligatorio que el investigador construya un índice de consistencia que contenga la proporción de casos en cada grupo que ofrece un resultado positivo. Así, en el caso de la investigación en curso, lo que se pretende es descubrir el nexo de causalidad que vincularía una serie de variables políticas (X1, X2, X3...) a una consecuencia

jurídica, que es la orden de una sentencia por parte de la CPI (Y).

En consecuencia, el objeto de estudio serán los casos sobre los cuales la CPI ha asumido competencia en tanto a la comisión de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra para el juzgamiento y condena de los presuntos responsables. Por otra parte, los casos serán elegidos con base en el *método de diferencia directa*, mediante el cual se seleccionan casos positivos y negativos donde todos los casos que presentan el resultado de interés (sentencia por parte de la CPI) deben compartir una característica explicativa en común, mientras que los negativos carecen de dicho atributo, ello con el fin de evitar posible sesgos en la selección de los casos e identificar las variables necesarias pero no suficientes para Y.

En la aplicación del QCA la variable dependiente fue dicotómica y definida como *la producción de sentencias por parte de la CPI*. Esta variable fue medida a través de la información que se obtenga de la página web oficial de la institución donde aparece el actual estatus de cada uno de los procesos.<sup>11</sup> Entonces se determinó Y=1 cuando el caso haya sido terminado por una sentencia; y, Y=0 si el proceso sigue en curso o ha terminado de forma distinta a una sentencia.

V1: *Presencia de recursos en el país del acusado.*

Como afirma Rudolph<sup>12</sup>, las instituciones internacionales son una manifestación del poder, y no solamente un producto del ejercicio del mismo. Es así como, en el marco de una actuación judicial por parte de un organismo internacional como la CPI, los intereses de los países miembros y no-miembros del estatuto de Roma se ven manifiestos tanto en el diseño institucional como en la práctica de las actividades de esta, en el caso concreto, juzgar y sancionar los delitos tipificados en el estatuto constitutivo.

Asimismo, la literatura de instituciones internacionales ha demostrado que cuando un país posee amplios recursos naturales, es capaz de asumir un rol de liderazgo en el desarrollo de las actividades de la institución, o al menos influir en la toma de decisiones conjunta que

<sup>10</sup> Pérez-Liñán, A. *El método comparativo y el análisis de configuraciones causales*. Latin American Review of Comparative Politics, 3, 2010.

<sup>11</sup> <https://www.icc-cpi.int/>

<sup>12</sup> Rudolph, Christopher. *Power and Principle: The Politics of International Criminal Courts*. Ithaca; London: Cornell University Press, 2017. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/10.7591/j.ctt1qv5q0z>.

en el marco de ella sea hecha<sup>13</sup>. Este Estado utilizará los vínculos económicos que tenga con el resto sus copares, en algunos casos más poderosos, para ejercer influencia en la toma de decisiones de la respectiva institución, a veces llevándolas al objetivo de la satisfacción del interés nacional del actor influyente sobre el objetivo conjunto de la institución.

Así, a mayor cantidad de recursos en el país del que provenga el acusado, mayor influencia en las instituciones internacionales para que el proceso no culmine en algún tipo de sentencia. Esta variable será medida a través de índices econométricos sobre la producción de los siguientes recursos en el país de origen: gas natural, petróleo, oro, uranio y coltán. Así como la cantidad de agua dulce presente en el país. Esto provisto por índices del Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y bases de datos privadas como el *World Resources Institute*. Se consideró que  $X1=1$  cuando el país del cual provenga el acusado se encuentre dentro de los 10 Estados con mayores reservas a nivel mundial de cualquiera de los recursos mencionados en el párrafo anterior y  $X1=0$  de lo contrario.

#### V2: *Apoyo exterior por parte de algún miembro del CS al bando al que pertenece el acusado*

Hay al respecto dos grandes corrientes teóricas que intentan describir el fenómeno del apoyo de miembros del CS a los vinculados a un proceso penal por parte de la CPI. En primer lugar, aquellos que defienden definirlo en cuanto al *interés en términos de poder*<sup>14</sup> y aquellos que defienden la teoría de la dependencia.

En cuanto a los primeros, entienden que los Estados actúan salvaguardando su interés nacional y ejercerán influencia para favorecer ya sea el statu quo o el cambio en la distribución del poder en el sistema global de

acuerdo con su propia conveniencia, es decir, los réditos que ello le represente. Dicho interés se manifiesta tanto en el diseño institucional de organismos como la CPI, como en una inminente influencia para las posteriores decisiones tomadas por la misma.

En consecuencia, al ser la CPI una institución que claramente desafía los presupuestos de la soberanía westfaliana<sup>15</sup>, el *balance de poder* existente en el marco del CS al no estar supeditada la Corte exclusivamente a las órdenes de éste, y la posibilidad incluso de investigar juzgar y sancionar incluso ciudadanos de los países que no hacen parte del tratado (entre ellos tres miembros del CS: Rusia, China y EEUU). Entonces, será el interés de dichos Estados minar el funcionamiento de la CPI, apoyando al indiciado o acusado tanto en las dinámicas de la guerra, de acuerdo con el interés de la gran potencia en el territorio donde se lleven a cabo las operaciones, tanto como en las respectivas instancias internacionales donde los líderes de las facciones armadas son llamados a rendir cuentas ante la justicia penal internacional.

Por otra parte, de acuerdo con Goodlife et al.<sup>16</sup>, los gobiernos dependen de otros en una red en la que pertenecen otros países y gobiernos. En consecuencia, la decisión que tome un Estado afectará la toma de decisiones de sus copares y otros actores en el marco del conflicto armado en el cual se desarrollan los casos de conocimiento por parte de la CPI, especialmente si se trata de un Estado poderoso.

A mayor influencia que tengan los miembros de la red en el ejercicio de la presión, es más probable que el Estado cambie sus actuaciones. Entonces, si un país que hace parte del CS es miembro de la misma red a la cual pertenece el Estado del cuál proviene el acusado, manifiesta su hostilidad o desinterés a las decisiones y medidas adoptadas por la CPI, lo normal es que el segundo Estado adopte medidas que sigan el patrón del actor más poderoso. Esta hostilidad sería causada por la existencia de objetivos geoestratégicos, económicos o políticos en el país del cuál proviene el acusado por parte de un miembro del CS.

<sup>13</sup> Ríos de tinta han sido escritos al respecto del poder que países ricos ejercen en la formación, funcionamiento, éxito o fracaso de una organización internacional. Ver por ejemplo, Olatunde J. B. Ojo. "Nigeria and the Formation of ECOWAS." *International Organization* 34, no. 4 (1980): 571-604. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/2706513>; Nelson, Marcel. "Institutional Conflict and the Bolivarian Revolution: Venezuela's Negotiation of the Free Trade Area of the Americas." *Latin American Perspectives* 40, no. 3 (2013): 169-83. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/23466010>; ELLNER, STEVE. *Journal of Latin American Studies* 44, no. 1 (2012): 202-04. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/41349744>, entre otros.

<sup>14</sup> Rudolph, Christopher. *Power and Principle: The Politics of International Criminal Courts*. Ithaca; London: Cornell University Press, 2017. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/10.7591/j.ctt1qv5q0z>.

<sup>15</sup> Krasner, Stephen D. *Soberanía, hipocresía organizada*. Paidós: Barcelona, 2001.

<sup>16</sup> Goodliffe, Jay, Darren Hawkins, Christine Horne, and Daniel L. Nielson. "Dependence Networks and the International Criminal Court." *International Studies Quarterly* 56, no. 1 (2012): 131-47. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/41409827>.

Entonces, combinando las dos corrientes teóricas, esta variable se va a medir conforme a los entendimientos que dicha facción haya suscrito con Rusia, China, Reino Unido, EEUU o Francia. Esta información es provista por las páginas web de los respectivos ministerios de Relaciones Exteriores o su equivalente de los países miembros permanentes del CS, páginas web de las empresas en cuestión, así como datos de organizaciones entre las que se encuentran la UA y la ONU. Así,  $X2=1$  cuando el país del acusado haya suscrito al menos un (1) acuerdo (sea tratado de derecho internacional público, o alianza geopolítica en caso de tratarse de una facción no estatal) con países del CS, de lo contrario,  $X2=0$ .

### V3: Pertenencia del acusado al bando que ganó la guerra

Siguiendo a Bass<sup>17</sup> y a Rudolph<sup>18</sup>, cuando se trata de tribunales penales internacionales, es necesario identificar dos nociones fundamentales: la de *justicia política* y la de *justicia legal*. La primera hace referencia a los así denominados “juicios espectáculo” donde quién administra la justicia es un tribunal políticamente sobre determinado y cuyo resultado no es contingente. En otras palabras, de trata de un ejercicio de justicia vengativa y directa de los vencedores sobre los vencidos, falsamente legitimada a través de un tribunal que está encomendado de ejercer fallos en derecho.

Por otra parte, la *justicia legal* hace referencia a aquellos procesos en los cuales unos jueces imparciales siguen atentamente los derechos consagrados en el instrumento legal previamente establecido que regirá el proceso, especialmente, las reglas del debido proceso y el derecho fundamental que este otorga a los perseguidos penales, de la contradicción y defensa frente a sus acusadores. Cuando el acusado haya pertenecido al bando ganador de la guerra en cuestión, el Estado dificultará la consecución de pruebas por parte de la fiscalía de la CPI, le restará contingencia al resultado y causará que ante la inexistencia de un acervo probatorio la presunción de inocencia prevalezca. De igual forma, el estatuto procesal de la CPI otorga al respeto de una garantía al

debido proceso que ha sido en muchas ocasiones una traba para llevar adelante los propios procesos, y es que la persona que no haya sido capturada o no haya comparecido voluntariamente a la Corte, no podrá ser juzgada por la misma.

Entonces, la persona o grupo que resulte victoriosa en el marco de un enfrentamiento armado, no comparecerá voluntariamente a un tribunal a enfrentarse en juicio frente a una fiscalía que ya tiene acervo probatorio suficiente al menos para inculparlo sobre la comisión de los crímenes más atroces en contra de la humanidad misma. Asimismo, si dicha facción logra hacerse con el control del Estado, la situación se tornará incluso más difícil dadas las protecciones y garantías internacionales a los jefes de Estado y altos cargos de gobierno, así como la carga política que conllevaría el hecho de capturar a alguna persona de rango alto dentro de la organización burocrática de un Estado so pretexto de llevarlo a juicio por la presunta comisión de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Esta variable será medida a partir de la identificación de los objetivos del grupo al cual pertenece el acusado como actor político, con base en fuentes primarias (documentos propios del grupo) y la consecución de los mismos en el marco de la confrontación bélica con el resto de grupos armados.

En consecuencia, cuando el actor político haya conseguido sus objetivos a través de la confrontación bélica (ej. Lograr el control del Estado, lograr un armisticio en condiciones favorables, la secesión del territorio de un país),  $X3=1$ . Si de lo contrario, la confrontación bélica no ha terminado o el actor político ha sido derrotado en el marco de las actividades militares,  $X3=0$ .

### V4: Presencia de un elemento coercitivo para los Estados de acatar las decisiones de la Corte

De acuerdo con de Nevers<sup>19</sup>, y Ratner<sup>20</sup>, si bien, a partir de 1945 las potencias mundiales y regionales, organizaciones internacionales y otros actores transnacionales han logrado desafiar la tradición de carácter consensual del Derecho Internacional Público, ejerciendo su influencia para el cumplimiento de las normas estipuladas, hoy en día, ante la falta de elementos coercitivos las decisiones que no son aceptadas por las partes en

<sup>17</sup> Bass, Gary. *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*. Princeton: Princeton University Press. 2014; Bass, Gary J. “Atrocity & Legalism.” *Daedalus* 132, no. 1 (2003): 73-82. <http://www.jstor.org/stable/20027824>.

<sup>18</sup> Rudolph, Christopher. *Power and Principle: The Politics of International Criminal Courts*. Ithaca; London: Cornell University Press, 2017. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/10.7591/j.ctt1qv5q0z>.

<sup>19</sup> De Nevers, Renee. “Imposing International Norms: Great Powers and Norm Enforcement.” *International Studies Review* 9, no. 1 (2007): 53-80. <http://www.jstor.org/stable/4621777>.

<sup>20</sup> Ratner, Steven R. “International Law: The Trials of Global Norms.” *Foreign Policy*, no. 110 (1998): 65-80. doi:10.2307/1149277.

un litigio ante un tribunal internacional terminan sin un efecto práctico.

Por elementos coercitivos en el sistema internacional moderno, se entienden mecanismos como la imposición de sanciones<sup>21</sup> y condenas por parte de organismos como las Naciones Unidas (tanto CS como Asamblea General), e instituciones regionales como la UE, que relegan al Estado infractor de normas, de la comunidad internacional y le imponen cargas gravosas de índole tanto económico como político al Estado infractor. Esta variable es de difícil operacionalización ante la imposibilidad de medir el grado de poder que es capaz de ejercer un Estado o una institución internacional en términos de *law enforcement* en el sistema internacional. Sin embargo, esta variable se medirá a partir de las sanciones impuestas al país del cual proviene el acusado por parte del CS, el Departamento de Estado de los EEUU o la UE, a partir del inicio de la fase investigativa de un caso ante la CPI en razón del desacato a las instrucciones del tribunal.

Entonces, X5=1 si a partir de la apertura del caso las instituciones en cuestión han sancionado al menos una (1) vez al Estado del que proviene el acusado en función del desacato a las órdenes impuestas por el tribunal. De lo contrario, X5=0.

Teniendo en cuenta la operacionalización de las variables dependiente e independientes, fue construida una tabla de verdad que fue analizada con la hoja de cálculo de Lasse Cronqvist,<sup>22</sup> diseñada para ejecutar la identificación de las variables independientes que sean necesarias y suficientes para la producción del resultado relevante, es decir, cuando Y=0, o la CPI no emite sentencia, con un *n* equivalente a 43 producto de los casos en los cuales la CPI ha intervenido, so pretexto de la presunta comisión de los crímenes tipificados en el estatuto de Roma.

**Tabla 1. Tabla de Verdad y Análisis Cualitativo Comparado**

Casos	recursos	apoyo	victoria	coerción	sentencia
Sang, Ruto, Matthauora, Kosgey, Kenyatta, Gicheru, Borasa, Ali, Mohammed	0	0	1	0	0
Otti, Ongwen, Okot, Lukwiya, Kony	0	1	0	0	C
Abu Garda	1	0	0	0	0
al Hassan, al Mahdi, Al Werfalli, Banda, Ntaganda, Mbarushimana, Magenda					
Kabongo, Lubanga, Kilolo, Katanga, Jerbo, Gbagbo, Simone, Gbagbo, Laurent, Gaddafi, Said al Islam, Gaddafi Muammar, Ble Goude, Al Rahman, Ali Abd , Al-Werfalli, Al-Tuhamy, Al Senussy, Ag Abdoul Aziz al Mohammed	1	1	0	0	C
Yekatom, Mudacumura	1	1	0	1	C
Ngudjdo Chui, Hessein, Abdel, Harun, Bemba Gambo, Arido	1	1	1	0	C
Outcome: 0					

# Implicantes:

2

recursos *	0	Sang, Ruto, Matthauora, Kosgey, Kenyatta, Gicheru, Borasa, Ali, Mohammed
VICTORIA	0	Sang, Ruto, Matthauora, Kosgey, Kenyatta, Gicheru, Borasa, Ali, Mohammed, Abu Garda

# Soluciones: 1

APOYO

### 3. Interpretación de resultados

El QCA arroja como condición necesaria a la producción del resultado relevante el apoyo de los países miembros del CS al bando al cual pertenece el acusado. De igual forma, son implicantes, o condiciones suficientes conjuntas, la presencia de recursos en el país del acusado y la victoria del bando al cual pertenece el acusado

El desarrollo del derecho penal internacional, tal como lo conocemos actualmente, es una creación re-

<sup>21</sup> Para profundizar en el tema de las sanciones como mecanismo de castigo internacional, ver Nossal, Kim Richard. "International Sanctions as International Punishment." *International Organization* 43, no. 2 (1989): 301-22. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/2706704>.

<sup>22</sup> Cronqvist, Lasse. QCA Add-In. Version 1.1. Trier, 22.02.2019. <https://www.qca-addin.net>

ciente. Si bien los aliados congregados en la Sociedad de Naciones propusieron la constitución de un tribunal capaz de juzgar los crímenes presuntamente cometidos por el Káiser Guillermo, fue solamente hasta la Segunda Guerra Mundial que se celebraron juicios por crímenes de lesa humanidad, Núremberg<sup>23</sup>. Una vez finalizado el juicio contra los nazis, y ante la ausencia de un enemigo común, la URSS y los EEUU se enfrentaron en la Guerra Fría, lo que dejó a un lado la creación de un aparato judicial internacional que se encargara de castigar la comisión de ciertos delitos contra la humanidad, ante la imposibilidad de llegar a un consenso sobre los delitos punibles y la forma en la que dicho tribunal actuaría.

En la inmediata post-Guerra Fría, y a raíz de las masacres de Ruanda y la intervención de la OTAN en Yugoslavia, desde Occidente se consideró necesario crear tribunales internacionales capaces de investigar y juzgar los crímenes cometidos en las dinámicas de la guerra. Ello ocurrió en un ambiente donde proliferaba la victoria de los valores liberales, la tercera ola de democratización<sup>24</sup>, e incluso la aparición de conceptos como la Responsabilidad de Proteger<sup>25</sup>. De allí derivó la idea de crear un tribunal internacional permanente<sup>26</sup>, que finalmente tras serias discusiones dogmáticas y políticas entró en funcionamiento en el año 2003, después de la promulgación del estatuto de Roma el año anterior.

Este breve recuento histórico es útil para identificar que los tribunales penales que han sido creados por la sociedad internacional, hayan sido desarrollados a partir de un contexto en el cual los valores del liberalismo parecieran imponerse sobre el realismo. Es así cómo, en el diseño institucional de tribunales como el de Núremberg, Yugoslavia o Ruanda, se constituyen principios que desafían el orden del Derecho Internacional Públi-

co vigente, basado en la consensualidad, la personalidad jurídica exclusiva del Estado, y el principio westfaliano del *cujus regio, ejus regido*, base del concepto actual de soberanía para mutar en conceptos como la existencia de bienes jurídicos universalmente protegidos, o la facultad que tiene la humanidad conjunta de castigar individuos sin importar su nacionalidad. La creación de tribunales penales internacionales se trata de un genuino intento de ejercer la *justicia legal* para castigar a los criminales cuyos crímenes hayan afectado a la humanidad, otorgando siempre las garantías propias de un Estado de derecho como el derecho al debido proceso, la debida controversia de las pruebas aportadas, el derecho a la doble instancia, entre otras.

La CPI no ha sido la excepción. El proceso de negociación de la misma, aún bajo la protesta de grandes potencias como los EEUU, terminó formando un tribunal *a priori* independiente incluso del CS, facultado para que la fiscalía tome la decisión, incluso por su propia iniciativa de investigar los crímenes presuntamente cometidos, y en algunos casos capaz de juzgar incluso ciudadanos de países que no hagan parte de su estatuto constitutivo. Por otra parte, la Corte también fue facultada para librar órdenes de captura, incluso contra jefes de Estado en ejercicio de sus funciones o altos miembros del gobierno nacional protegidos bajo el régimen internacional de inmunidades, como es en el caso de Omar al-Bashir y Abu Garda, presidente y ministro de gobierno Sudanés o Blé Goudé entonces presidente de Costa de Marfil.

Sin embargo, el ejercicio de la práctica de la CPI, muestra que se trata efectivamente de un ejercicio de *justicia política*. Más allá de la ya polémica discusión sobre los casos que escoge la Corte para iniciar juicios, localizados en su totalidad en el continente africano, hecho que ha sido enérgicamente protestado por los miembros de la UA, y que podría ser objeto de una nueva investigación, la aplicación del método del análisis cualitativo comparado arroja que, para que la CPI no produzca una sentencia, es apenas necesario que el acusado tenga el apoyo de alguna potencia internacional.

Ello se puede explicar por dos razones. La primera es que cuando el acusado cuenta con el apoyo de un país extranjero, dicha protección tiene un doble efecto: por una parte, al interior, le dará legitimidad a la razón por la cual su facción decidió irse a las armas, como lo dicta el ejemplo paradigmático del apoyo a los *freedom fighters*<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Werle Gerhard, Florian Jessberger, Claudia Cárdenas Aravena, Julia Geneuss, and María Gutiérrez Rodríguez. *Tratado De Derecho Penal Internacional*. Tercera Edición ed. Tirant Lo Blanch. Tratados. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

<sup>24</sup> Schneider, Ben Ross. "Democratic Consolidations: Some Broad Comparisons and Sweeping Arguments." *Latin American Research Review* 30, no. 2 (1995): 215-34. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/2503840>.

<sup>25</sup> Sampford, Charles. "A Feuerbachian Inversion: From Sovereign Rights and Subjects Duties to Citizen Rights and State Duties." *Security Challenges* 7, no. 4 (2011): 51-60. <https://www-jstor-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/stable/26467116>.

<sup>26</sup> Rudolph, Christopher. *Power and Principle: The Politics of International Criminal Courts*. Ithaca; London: Cornell University Press, 2017. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/10.7591/j.ctt1qv5q0z>.

<sup>27</sup> Lagon, Mark P. "The International System and the Reagan Doc-

apoyados por EEUU, además de una considerable ventaja militar sobre el resto de actores políticos involucrados en la contienda en términos de armamentos, asesoría militar externa y recursos; y por otra, más relevante en la investigación, el efecto exterior es la protección que las potencias mundiales pueden otorgar a quien resulte investigado por la comisión de los delitos que estudia la CPI, dado que, por una parte, no emprenderá la fiscalía de la Corte ninguna investigación contra dicho personaje por la petición del CS bajo las facultades que el estatuto de Roma le otorga.

Pero la más importante es que la práctica judicial de la Corte demuestra que los Estados cuyo interés dista de la existencia de una CPI independiente, ejercen su influencia para que una sentencia que reafirme la tarea de la Corte en la búsqueda de la consecución de su objetivo no sea logrado. Entonces, así la CPI se trace como objetivo fundacional ejercer una labor de *justicia legal*, en términos de independencia judicial, lo cierto que es que este criterio todavía es extraño al ejercicio del derecho penal internacional<sup>28</sup>, donde los Estados poderosos aún ejercen influencia para restarle efectividad a la labor de la Corte. De igual forma, la suficiencia de la conjunción entre la presencia de recursos en el país del acusado y la victoria del acusado en el marco del conflicto librado, muestra de igual forma que el interés y el ejercicio de poder siguen siendo factores claves para evitar que la CPI produzca sentencia para finalizar los casos investigados.

Así es posible ver que, por ejemplo, en la RDC, RCA, Ruanda y Burundi, una sub-región rica en recursos como coltán, oro, uranio, entre otros, únicamente hayan sido condenados mediante sentencia que finaliza el conflicto, los condenados por los casos de Lubanga y Katanga, tristemente célebres por el reclutamiento forzado de niños en el marco de la Segunda Guerra del Congo y por el conflicto armado en Ituri, pero también porque sus grupos de rebeldes fueron debilitados, y la captura de ambos se produjo por una redada del gobierno de Kinshasa liderado por el presidente Kabila. Mientras que, casos como el de Omar al-Bashir en Sudán, por más que la investigación se encuentre avanzada

en los términos de una posible comisión de crímenes de lesa humanidad entre los que se encuentran homicidios, exterminación desplazamiento forzado, etc., así como crímenes de guerra como ataques deliberados e intencionales contra la población civil y genocidio, todo ello en el marco del conflicto sudanés en la región occidental de Darfur, no ha habido sentencia. Ello se podría explicar en tanto hasta 2019 el presidente de Sudan controlaba las abundantes reservas petroleras de dicho Estado, que han sido históricamente explotadas por China, además del control de las aguas sobre el caudal del Nilo, que le da soporte vital a una de las economías y potencias militares más grandes de África como lo es Egipto, todo ello sin contar las ventajas que le ofrece ser líder de un Estado, lo que incluso le permitió viajar a países miembros del estatuto de Roma, a pesar de estar en su contra una orden de captura vigente por parte de la CPI.

## 4 Conclusiones

La CPI es una institución que sin duda ha marcado la historia internacional reciente. La simple idea de concebir un tribunal internacional permanente fuera de la institución del CS, y por lo tanto aparentemente lejos de la influencia que aquél pudiera ejercer. De igual forma, a través de su fiscalía, es capaz de iniciar incluso investigaciones de oficio contra presuntos criminales, así como igualar a las personas y los Estados como sujetos de derecho internacional. En consecuencia, a priori la CPI rompería con los principios del antiguo orden westfaliano para imponer en el mundo un nuevo sistema, de corte más kantiano, en el cual el paradigma de la soberanía y el interés nacional quedarían relegados a ser conceptos secundarios para dar paso a los ideales de justicia global y protección a cada una de las personas que habitan el planeta.

Sin embargo, desafortunadamente para quienes defienden la idea de la creación de un sistema judicial internacional fuerte, independiente y capaz de impartir justicia a los más terribles criminales, la práctica internacional muestra que hay una discrepancia entre ideas e intereses, en un claro desbalance en favor de éste último, lo que demuestra que el orden westfaliano, de soberanías estables y fuertes, así como uno donde los actores interactúan en el sistema a partir de su interés nacional.

trine: Can Realism Explain Aid to 'Freedom Fighters?'" *British Journal of Political Science* 22, no. 1 (1992): 39-70. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/1938>

<sup>28</sup> Meron, Theodor. "Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals." *The American Journal of International Law* 99, no. 2 (2005): 359-69. doi:10.2307/1562502.

En consecuencia, al identificarse que los factores suficientes y necesarios para que la CPI produzca el resultado sentencia, se demuestra cómo el ejercicio de la CPI se trata de uno de *justicia política*, matizado por el diseño institucional más característico de la *justicia legal* sin dejar de ser de índole sin duda realista.

En síntesis, en palabras de Bull<sup>29</sup>, en el sistema internacional existe un orden ya establecido y que difícilmente podrá cambiar. Este está basado en las relaciones de poder que ejercen entre ellos Estados soberanos que, en una sociedad anárquica, juegan un rol importante en el balance de poder, el Derecho Internacional Público, la diplomacia, la guerra, y el diálogo entre grandes poderes. El caso de la CPI es elocuente, puesto que las naciones que conforman la sociedad internacional establecen una nueva forma de derecho internacional público con reglas que determinan la conducta de sus miembros, pero, los conceptos de balance de poder, diplomacia, guerra y diálogo entre las naciones también se hacen manifiestos al momento de ejecutar y hacer cumplir las normas del derecho internacional.

Así, aunque es éticamente deseable que dichos problemas sean solucionados a partir de un sistema judicial independiente y respetuoso de las garantías de los procesados, nuestro análisis comparado sobre la producción de sentencias penales internacionales demuestra que ello no es suficiente. Los resultados planteados ponen de relieve las limitaciones que siguen padeciendo las instituciones liberales internacionales para alcanzar una justicia objetiva, operativa y universal<sup>30</sup> cuando los perpetradores de violaciones a los derechos humanos logran mantenerse en posiciones de poder.

## Referencias

Arnould, Valérie. *A Court in Crisis?: The ICC IN Africa, and Beyond*. Report. Egmont Institute, 2017. 15-18. <http://www.jstor.org/stable/resrep06704.8>. 2017.

Bass, Gary. *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*. Princeton: Princeton University Press. 2014

<sup>29</sup> Bull, H. La sociedad anárquica: un estudio sobre el orden en la política mundial. Madrid. Catarata. 1977.

<sup>30</sup> Mearsheimer, John J. "The false promise of international institutions." *International Security* 19.3 (1994): 5-49.

Bass, Gary J. "Atrocity & Legalism." *Daedalus* 132, no. 1 (2003): 73-82. <http://www.jstor.org/stable/20027824>. 2003.

Bull, H. La sociedad anárquica: un estudio sobre el orden en la política mundial. Madrid. Catarata. 1977.

Cassese, Antonio, Paola Gaeta, and John R. W. D Jones. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford, England: Oxford University Press, 2002.

Cronqvist, Lasse. QCA Add-In. Version 1.1. Trier, 22.02.2019. <https://www.qca-addin.net>

De Nevers, Renee. "Imposing International Norms: Great Powers and Norm Enforcement." *International Studies Review* 9, no. 1 (2007): 53-80. <http://www.jstor.org/stable/4621777>.

Douglas, Lawrence. The Shrunken Head of Buchenwald: Icons of Atrocity at Nuremberg. *Representations*, (63), 39-64. doi:10.2307/2902917. 2018

Ellner, Steve. *Journal of Latin American Studies* 44, no. 1 (2012): 202-04. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/41349744>.

Frahm, Ole. Report. Istituto Affari Internazionali (IAI), 2015. <http://www.jstor.org/stable/resrep09759>. 2015.

Goodliffe, Jay, Darren Hawkins, Christine Horne, and Daniel L. Nielson. "Dependence Networks and the International Criminal Court." *International Studies Quarterly* 56, no. 1 (2012): 131-147. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/41409827>.

Johns, Leslie. "The Diverging Theory and Practice of International Law." En *Encyclopedia of Empirical International Relations Theory*, 513-35. Oxford: Oxford University Press, 2018.

Kepler, Elise. "Managing Setbacks for the International Criminal Court in Africa." *Journal of African Law* 56, no. 1 (2012): 1-14. <http://www.jstor.org/stable/41709948>.

Krasner, Stephen D. *Soberanía, hipocresía organizada*. Paidós: Barcelona, 2001.

Lagon, Mark P. "The International System and the Reagan Doctrine: Can Realism Explain Aid to 'Freedom Fighters?'" *British Journal of Political Science* 22, no. 1 (1992): 39-70. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/193861>.

- Mearsheimer, John J. "The false promise of international institutions." *International Security* 19.3 (1994): 5-49.
- Meron, Theodor. "Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals." *The American Journal of International Law* 99, no. 2 (2005): 359-69. doi:10.2307/1562502.
- Nelson, Marcel. "Institutional Conflict and the Bolivarian Revolution: Venezuela's Negotiation of the Free Trade Area of the Americas." *Latin American Perspectives* 40, no. 3 (2013): 169-83. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/23466010>.
- Nossal, Kim Richard. "International Sanctions as International Punishment." *International Organization* 43, no. 2 (1989): 301-22. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/2706704>.
- Olatunde J. B. Ojo. "Nigeria and the Formation of ECOWAS." *International Organization* 34, no. 4 (1980): 571-604. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/2706513>.
- Pérez-Liñán, Aníbal. *El método comparativo y el análisis de configuraciones causales*. Latin American Review of Comparative Politics, 3, 2010.
- Quesada Alcalá, Carmen. *La Corte Penal Internacional Y La Soberanía Estatal*. Tirant Monografías, 383. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.
- Ratner, Steven R. "International Law: The Trials of Global Norms." *Foreign Policy*, no. 110 (1998): 65-80. doi:10.2307/1149277.
- Rudolph, Christopher. *Power and Principle: The Politics of International Criminal Courts*. Ithaca; London: Cornell University Press, 2017. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/10.7591/j.ctt1qv5q0z>.
- Sampford, Charles. "A Feuerbachian Inversion: From Sovereign Rights and Subjects Duties to Citizen Rights and State Duties." *Security Challenges* 7, no. 4 (2011): 51-60. <https://www.jstor-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/stable/26467116>.
- Schneider, Ben Ross. "Democratic Consolidations: Some Broad Comparisons and Sweeping Arguments." *Latin American Research Review* 30, no. 2 (1995): 215-34. <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/2503840>.
- Shany, Yuval. Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach. *American Journal of International Law* 106, Nr. 2: 225-270. doi:10.5305/amerjintlaw.106.2.0225, 2012.
- Werle, Gerhard, Florian Jessberger, Claudia Cárdenas Aravena, Julia Geneuss, and María Gutiérrez Rodríguez. *Tratado De Derecho Penal Internacional*. Tercera Edición ed. Tirant Lo Blanch. Tratados. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Human Rights, Humanitarian  
Law and State Power**

**Direitos Humanos, Direito  
Humanitário, Poder Estatal**

Renata Nagamine

João Roriz

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Human Rights, Humanitarian Law and State Power\*

## Direitos Humanos, Direito Humanitário, Poder Estatal

Renata Nagamine\*\*

João Roriz\*\*\*

### Abstract

This article deals with the relationship between humanitarian law and human rights. Our argument is that the emergence of human rights as a particular language of political transformation in the 1970s had a crucial impact on traditional readings of international humanitarian law. On one hand, the breakthrough of rights language created favorable conditions for humanitarian norms to reclaim its relevance in law and politics nowadays. On the other, it obliged humanitarian norms to share space in the legal imaginary with the novel language of social emancipation of rights. We examine how the construction of legal arguments within a rights vocabulary may blur legal definitions and create space for abuses. Finally, we analyse specific situations where human rights law facilitates the state to use its powers in spite of humanitarian norms.

**Keywords:** Humanitarian Law. Human Rights Law. International Criminal Law.

### Resumo

Este artigo trata da relação entre direito humanitário e direitos humanos. Nosso argumento é que o surgimento dos direitos humanos como uma linguagem específica de transformação política na década de 1970 teve um impacto crucial nas leituras tradicionais do direito internacional humanitário. De um lado, o avanço da linguagem dos direitos humanos criou condições favoráveis para que as normas humanitárias recuperassem sua relevância no direito e na política atualmente. Por outro, obrigou as normas humanitárias a dividirem espaço no imaginário jurídico com a nova linguagem da emancipação social dos direitos. Analisamos como a construção de argumentos legais dentro de um vocabulário de direitos pode obscurecer as definições legais e criar espaço para abusos. Finalmente, analisamos situações específicas em que a lei de direitos humanos facilita o estado a usar seus poderes, apesar das normas humanitárias.

**Palavras-chave:** Direito humanitário. Direito dos Direitos Humanos. Direito Penal Internacional.

\* Recebido em 28/01/2020

Aprovado em 02/05/2020

Este trabalho foi financiado pelo Programa Primeiros Projetos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG)

\*\* Pós-Doutorado, Universidade Federal da Bahia. Doutorado em Direito Internacional, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Email: renagamine@gmail.com

\*\*\* Pós-doutorado, Universidade de Oxford. Doutorado em Direito Internacional, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Email: joaororiz@ufg.br

# 1 Introduction

The most violent conflict between Latin American countries in the 19<sup>th</sup> century, the Paraguayan War or Triple Alliance War (1864-1870), defined the fate of the Southern Cone. In Brazil, it fostered the decline of the monarchy and the rise of the military into politics. In Argentina and Uruguay, the war consolidated the nation-state and its local elites. The consequences were dreadful for all, but undoubtedly Paraguay suffered the most: not only its economy and institutions were destroyed, but its population shrank considerably.<sup>1</sup> There is little evidence on the role of law in such conflict, specifically if the belligerents followed any norms conducting the hostilities. Surely legal arguments were around in a time when lawyers were amongst the decision-makers: the Brazilian historian Francisco Doratioto describes how norms and punishments were used to guarantee discipline and order amongst the troops, and how crimes such as desertions were treated during the hostilities. In his narrative, reports of torture, ill treatment and attacks on civilians are along with some principles such as reciprocity regarding the treatment of prisoners of war.<sup>2</sup> Nonetheless, a detailed appraisal of international law and the Paraguayan War is yet to be written.

In 1867 – thus, during the Paraguayan War – Antonio de Vasconcellos Menezes de Drummond (1819-1876) published one of the first international law textbooks in Brazil intended to educate its burgeoning state bureaucracy and political elite. He dedicated few words to the Paraguayan War, usually with a nationalist tone against the ‘Paraguayan dictator’. Regarding the new methods of warfare, he welcomed the gunpowder and long-distance artillery that “gave war a less barbaric physiognomy”.<sup>3</sup> With

no further clarifications or examples, he states that Brazil followed the humanitarian principles during the hostilities. His account of the war of his time adds little to its historiography, but his thoughts on the general relation of law and war shed some light on his legal thinking. For him, war is a natural phenomenon, an “inevitable evil”, but one which has its own rules. He understands the laws of war both as the “restrictions established between civilised nations” during war and the “necessary means to its end”. Law regulates war by placing ‘restrictions’, and also by allowing ‘means’ – a common construction as we will see. Even though such norms come from agreements from ‘civilised nations’, the “true regulator of war is Christian morality and modern civilisation – so that no acts of barbarity are perpetrated”.<sup>4</sup>

There are many concurrent historiographies dedicated to the rules applied in times of war. An orthodox perspective traces thin lines connecting current humanitarian law to ancient customs and practices. To a commentator, rules regarding the conduct of warfare “have existed since most ancient times in all civilizations”, such as ancient China, Black Africa, Pre-Colombian America and even rules mentioned in the Old Testament.<sup>5</sup> Others point to the late 19<sup>th</sup> and early 20<sup>th</sup> centuries as the time when rules, principles and practices regarding warfare received its current design. Drummond’s account of law and war would be an example of this legal thinking. In this article, we are more interested in this later understanding. More specifically, we analyse the relation of the legal reasoning on warfare that arose in the 20<sup>th</sup> century and its relation to another influential legal idea, that of human rights. To an influential jurist, “the phrase ‘international humanitarian law’ has increasingly supplanted terms such as the ‘law of war’ and the ‘law

<sup>1</sup> The traditional historiography count that its population shrink by nearly 70 percent, (e.g., WHIGHAM, Thomas. *The paraguay war: causes and early conduct*. 2. ed. Calgary: University of Calgary Press, 2018.), although more detailed studies show that such numbers are disputed (e.g., DORATIOTO, Francisco. *Maldita guerra: nova história da Guerra do Paraguai*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.)

<sup>2</sup> According to Doratioto, in 1869 there were 2.458 Paraguayans prisoners of war in Brazil. Some of them were children who received a formal education. A similar treatment was given to Brazilian prisoners in Paraguay. (DORATIOTO, Francisco. *Maldita guerra: nova história da Guerra do Paraguai*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.)

<sup>3</sup> “A invenção da pólvora, a introdução das novas armas, que permitem levar longe a morte, as sábias complicações da arte militar moderna, que são os meios de paralisar as forças do inimigo, inutilizar as suas munições e pô-los fóra de combate, deram à guerra uma

physiognomia menos barbara” (DRUMMOND, Antonio de Vasconcellos Menezes de. *Preleções de direito internacional: com referencia e applicação de seus princípios a’s leis particulares do brasil até 1867*. Recife: Typographia do Correio do Recife, 1867.)

<sup>4</sup> “o verdadeiro regulador da guerra é a moral christãa e a civilização moderna – para não perpetrarem-se actos de barbaria. A lei da guerra – consiste pois no complexo das restricções eslabecidas entre as Nações civilisadas para n’ella empregar-se sómente os meios necessarios ao seu fim, e não actos de barbaridade, muitas vezes *inuteis, injustos e immoraes ou contrarios* à lei natural. A guerra é um mal inevitavel; tem suas leis como a paz” (DRUMMOND, Antonio de Vasconcellos Menezes de. *Preleções de direito internacional: com referencia e applicação de seus princípios a’s leis particulares do brasil até 1867*. Recife: Typographia do Correio do Recife, 1867.)

<sup>5</sup> KOLB, Robert. The protection of the individual in times of war and peace. In: THE OXFORD Handbook of the History of International Law. New York: Oxford University Press, 2014, p. 317–337. p. 321.

of the armed conflict', a change influenced by the human rights movement".<sup>6-7</sup> After revisiting such encounter, we investigate some of its consequences.

Fundamental norms of international humanitarian law, such as the distinction between combatants and non-combatants, the protection of civilians, the right of prisoners of war to a human treatment, the prohibition of the use of biological and chemical weapons, are widely accepted. Though such principles are frequently violated in the battlefield and there is heated disagreement on many norms of humanitarian law instruments, as on those concerning occupation, 194 states ratified the Geneva Conventions of 1949 – one more than the total of UN members – and 172 and 166 states also ratified Protocols I and Additional Protocols II of 1977 Additional to the four Geneva Conventions, respectively.<sup>8</sup> Some of the most popular human rights instruments, as the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and the 1984 Convention against Torture, have less acceptance than the ones on humanitarian law, with 142, 167 and 153 parties, respectively.<sup>9</sup>

Just as human rights, the rules, principles and categories of international humanitarian law integrate our vernacular language. Domestic and human rights courts, as the U.S. Supreme Court in cases concerning the so-called illegal combatants or the Inter-American Court on Human Rights in the *Gomes Lund* case, invoke international humanitarian norms to decide about sensitive national matters. Humanitarian law also is increasingly present in broadcasts and printed media, not only in the United States and European countries, but also in Latin American ones. Contemporaneously civilians and military targets sound so natural to our ears that one loses sight of how recently these terms came to be part of the language that ordinary people use to describe events, to think about human affairs and to formulate claims for social change.

<sup>6</sup> MERON, Theodor. *The humanization of international law*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2006

<sup>7</sup> It was after the second half of the 20<sup>th</sup> century that the expression 'humanitarian law' began to be used in lieu of earlier expressions. Such change was "fashionable" in circles around the Red Cross, according to Schwarzenberger (SCHWARZENBERGER, Georg. From the Laws of War to the Law of Armed Conflict. *Current Legal Problems*, v. 21, n. 1, p. 239–258, 1968. p. 250).

<sup>8</sup> It is noteworthy that neither US nor Israel are party of the 1977 Protocols. Available at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO?OpenView>. Access in: 2 Jan. 2020.

<sup>9</sup> See: <http://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>. Access in: 2 Jan. 2020.

International humanitarian law definitely became popular. Its popularity nonetheless does not assure either the accomplishment of its aims, or greater consensus on the meaning of its norms. Rather the opposite, the more far-reaching the circulation of humanitarian norms is, the more disputed their meaning seems to get. The unfolding events of 9/11 have been a milestone in the vernacularization of humanitarian law.<sup>10</sup> Based on the decision to consider the war against al-Qaeda neither an international conflict nor a internal conflict and to interpret the category 'non-international conflict' restrictively, the politics of war of the United States brought to the fore the capacity of international law to cope with current armed conflicts, particularly the ones against transnational groups. International humanitarian law then became a matter of concern and public debate in local contexts that were crossed by human rights, taken not only as juridical norms, but mainly as part of vernacular language, that is, as cultural norms.

In this article, we intend to shed light on the encounter of humanitarian law with human rights, illuminating specially its effects on the state power. We argue that the emergence of human rights as a language of political transformation has had a crucial impact on humanitarian law. Their rise would have created favorable conditions for humanitarian norms to reclaim their place in law and politics, whereas making them more open both to criticisms regarding their efficiency and to abusive uses by states.

The article is divided in four parts. After this introduction, the following section discusses how humanitarian norms were advanced in the 19<sup>th</sup> century within a formal framework that demanded rigid categories. The third section deals with the emergence of human rights *vis-à-vis* humanitarian law. Finally, the forth part raises some consequences of this process.

## 2 Drawing humanitarian lines in the 19<sup>th</sup> century

In the European nineteenth century, liberal ideas traced from the Enlightenment such as order, reason and civilisation became desires and arguments alongside practices of Empire and violence elsewhere. European

<sup>10</sup> For a research based on archival work, see: MOYN, Samuel. From Antiwar Politics to Antitorture Politics. *In: LAW and War*. Stanford: Stanford University Press, 2014, p. 154–197.

jurists nurtured a vague notion of Rule of Law, and international law was highly regarded as a (political) project that could extract legal procedures from politics and diplomacy whilst claims to departure from the former and absorb the latter. “The fight for an international Rule of Law”, writes Koskenniemi, “is a fight against politics, understood as a matter of furthering subjective desires and leading into an international anarchy”.<sup>11</sup>

Perhaps one of the best illustrations of such endeavour is the work of Johann Caspar Bluntschli (1808-1881), a Swiss lawyer and one of the founders of the organisation that embodied this spirit of the time, the *Institut de Droit International*. To Bluntschli, international law constrained state sovereignty to “maintain peace and civilise war” with rules.<sup>12</sup> Yet, for it to work, the relations between sovereigns had to be orchestrated by law rather than politics. For him, relations disciplined through legal rules alongside the Rule of Law in the international sphere could result in order and civilisation.

Calls for a codification of international law circulated amongst jurists such as Bluntschli and others.<sup>13</sup> They seem to share the belief that ordering international rules regulating state behaviour would favour ordering their life in the international sphere.<sup>14-15</sup> If law was going to play a crucial role in restraining and organising war, it was essential to pose international legal defini-

tions and categories such as ‘peace’, ‘conflict’, ‘battlefield’, ‘civilians’, and ‘combatants’. The jurists in the late 19<sup>th</sup> century agreed on two distinct sets of ideas: “a humanitarian moral conviction that the forces of peace stand outside war, demanding that swords be beaten into ploughshares, and a legal project to sharpen the distinction between public powers and private rights. The result was a legal conception of war as a public project ‘limited to its sphere’”.<sup>16</sup>

Current understandings of humanitarian law as part of a framework committed to the protection of the human person in times of armed conflict is distant from the arguments made at late 19<sup>th</sup> century conferences and documents. Nonetheless, alongside their desire to foster an international Rule of Law, the liberal international lawyers of the late 19<sup>th</sup> century struggled with the persistent phenomenon of war. If they overwhelmingly opposed war “as a manifestation of the primitive and destructive instincts that it was the point of law to eradicate from civilized life”, at the same time, “they were equally averse against utopians who failed to see that war was occasionally needed to change an obsolete situation or was an enforcement against the law-breaker”.<sup>17</sup> The laws of war did not operate in spite of such duality, quite the opposite: they rested upon it. On the one hand, as civilisation was not evolved enough to curtail wars, international lawyers argued, its barbarianism at least ought to be fought. International law would play a vital role in their attempt to control war, even if it was for a restricted Western group of nations. On the other hand, jurists from the 19<sup>th</sup> century also understood the need to favour military rationale over the humanitarian one. The notion of ‘military necessity’ endorsed by the early documents and treaties allowed more than they prohibited: the laws of war equally legitimised the belligerent’s violent conduct.<sup>18</sup>

The unsettling combination of humanitarianism and militarism is captured in the early international law textbooks not only from Europe but also mimicked at fringes of the *ius publicum europaeum*. The brief mention of Menezes de Drummond’s reading of the

<sup>11</sup> KOSKENNIEMI, Martti. The politics of international law. *European Journal of International Law*, v. 1, 1990. p. 5.

<sup>12</sup> According to Bluntschli, “un état ne peut prétendre qu’à l’indépendance et à la liberté compatibles avec l’organisation nécessaire de l’humanité, avec l’indépendance des autres états et avec les liens qui unissent les états entre eux. 1. Le droit international maintient et restreint à la fois la souveraineté des états, parce qu’il cherche à maintenir la paix et civilise la guerre en la réglementant. Aucun état ne peut, contre le droit international, faire appel à sa souveraineté, parce que le droit international a pour base, non pas le bon plaisir des états, mais les droits et les intérêts généraux de l’humanité.” (BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Le droit international codifié*. Paris: Librairie de Guillaumin, 1895, p. 66).

<sup>13</sup> On this matter see: KENNEDY, David. International law and the nineteenth century: history of an illusion. *Nordic Journal of International Law*, v. 65, n. 3, p. 385-420, 1996.

<sup>14</sup> The codification initiatives crossed into the 20<sup>th</sup> century and represent a powerful positivist approach to international law. Examples range from the Bustamante Code (1928) to art. 13(1)(a) of the UN Charter. For a study on an early proposal of an International Law Code from the Brazilian jurist Eptácio Pessoa, see: FRANCA FILHO, Márcio Toscano; MIALHE, Jorge Luís; JOB, Ulisses Silveira. *Eptácio pessoa e a codificação do direito internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

<sup>15</sup> For a comprehensive study on the matter, see: DE VISSCHER, Charles. La codification du droit international. *Recueil des Cours*, v. 6, p. 325-472, 1925.

<sup>16</sup> KENNEDY, David. *Of war and law*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 66.

<sup>17</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. New York: Cambridge University Press, 2001. p. 83.

<sup>18</sup> NORMAND, Roger; JOCHNICK, Chris Af. The legitimization of violence: a critical analysis of the Gulf war. *Harvard Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 49-95, 1994.

Paraguayan War in the beginning of this article is an example. A similar appraisal can be found in other canonic texts, such as the work of famous Argentinean jurist Carlos Calvo (1824-1906). To him, it is a general principle in the laws of war “that no cultured nation should use means or instruments of war that produce a useless effusion of blood”, what did not mean that “modern peoples have to renounce warrior art developments and the reform of its armaments, which marching in consumption with civilisation are under new, albeit terrible modifications”.<sup>19</sup>

The nineteenth century conferences and treaties combined humanitarian cries for limits on human suffering and broad permissions for ‘necessary’ military action. Both features are present in the 1864 Geneva Convention, the 1868 Declaration of St. Petersburg, the Brussels Conference of 1874, the 1880 Oxford Manual and The Hague Conventions of 1899. Whether one understands them as ‘hallmarks’ of current humanitarian law<sup>20</sup> or as ‘failures’ and guided by a military logic,<sup>21</sup> these instruments aimed at settling clear rules of engagement. Even if they left room for the political manoeuvres with the notion of ‘military necessity’, they were drafted with a formalistic mindset. When assessing the development of the law throughout the century, a Brazilian jurist of the 19<sup>th</sup> century hailed the 1864 Geneva Convention: it had “greatly civilised war”.<sup>22</sup> Precise and straightforward rules were the right direction.

The calls in the second half of the 19<sup>th</sup> century for drafting international norms and principles applicable during warfare did not mean a displacement of the state either in political and legal theory or in political practi-

ces. On the contrary: the idea of sovereignty remained central to the international legal order and to the 19<sup>th</sup> century political *kosmos* when the early documents brought into light some of what the orthodox historiography claims to be the fundamental humanitarian norms. The spread of a radical readings of liberal ideas faced resistance from those who opposed any attempts to locate the *esprit d'internationalité* outside the state. It was a common opinion among jurists that the competencies of the sovereign derived from the sovereign itself, not from an exogenous morality or any other political authority.<sup>23</sup> The sovereignty of a nation is “nothing but its own will”, wrote the Brazilian jurist Lafayette Rodrigues Pereira (1834-1917), to whom international law was the result of the common will of nations.<sup>24</sup> Amidst competencies of the sovereign were the police power at the domestic level and the warfare at the international one. The legal regulation of war (a long step away from the previous Clausewitzian tradition of war and politics) defined the boundaries of action of the states against each other based on what was prohibited (hence, also what was permissible), but it also strengthened their authority towards their citizens and non-citizens in their territories once international law described one sole legitimate way of combating: as a state. Besides, the sovereign remained the only one who could create and chose to be bound by such rules. “From the notion of war”, Rodrigues Pereira wrote, “one clearly infers that the only one who has the capacity to make it are sovereign and independent nations, who are the subjects of international law”.<sup>25</sup>

Despite the efforts for a general law of armed conflict framework, the architects of the post world wars in the 20<sup>th</sup> century surrounded international law with disbelief, especially regarding its ability to regulate political and military power while claiming to be outside politics.<sup>26</sup> This disbelief would have been stronger after

<sup>19</sup> “como principio general en esta materia puede asentarse el de que ninguna nacion culta debe servirse de medios o instrumentos de guerra que produzcan una efusion inútil de sangre, sin que eso quiera decir, que los pueblos modernos hayan de renunciar a los adelantos en el arte guerrero y a la reforma de sus armamentos, que marchando de consumo con la civilizacion sufren nuevas, aunque terribles modificaciones” (CALVO, Carlos. *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1868. v. 1. p. 392).

<sup>20</sup> KOLB, Robert. The protection of the individual in times of war and peace. In: THE OXFORD Handbook of the History of International Law. New York: Oxford University Press, 2014. p. 317–337.

<sup>21</sup> NORMAND, Roger; JOCHNICK, Chris Af. The legitimation of violence: a critical analysis of the Gulf war. *Harvard Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 49–95, 1994. p. 66 and 76.

<sup>22</sup> “Civilizou-se muito a guerra. A Convenção de Genebra de 1864 pôs em prática a regra: Hostes, dum vulnerati, fratres” (LESSA, Pedro Augusto Carneiro. O direito no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 8, p. 161–207, 1900. p. 194)

<sup>23</sup> This doctrine was very much influenced by the German tradition of international legal thinking, especially from 1871 to 1933. On this matter, see chapter 3 of Martti Koskenniemi’s *Gentle Civilizer*.

<sup>24</sup> “A soberania da nação não é senão a sua própria vontade”. (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de direito internacional*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1903. t. 1. p. 24)

<sup>25</sup> “Da noção de guerra depreheende-se claramente que só tem capacidade para faze-la as nações soberanas e independentes – as que são pessoas do Direito Internacional”. (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de direito internacional*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1903. t. 2. p. 62).

<sup>26</sup> Classic examples are E. H. Carr’s *The Twenty Years’ Crisis* (1939)

the Second World War. If the 1928 Briand-Kellogg Pact outlawing war still can be seen as a demonstration of faith in international law, in the aftermath of the Second World War jurists found themselves in the delicate position of having to persuade world leaders and diplomats of the importance of international law and to provide a formal regulation to the world.

Because of such general disbelief, jurists devoted their energy, talents and knowledge to find a role for the law in the new order, instead of insisting on styling an organisation to control power through rules. One possibility was conferring a stronger role to judicial institutions, as advocated (albeit differently) by Hersch Lauterpacht (1897-1960) in the 1930s<sup>27</sup> and Hans Kelsen (1881-1973) in the 1940s.<sup>28</sup> The focus on the intrinsic value of legal norms shifted to its use, whereas effectiveness and, later, persuasiveness replaced validity as a criterion for legality.<sup>29</sup> One effect of such change has been that conventional lines separating law, morality, and politics that the 20<sup>th</sup> century inherited from the late 19<sup>th</sup> became gradually blurred in legal reasoning. The indeterminacy of such spheres created conditions for the moralization of international politics, the legalization of morals at the international level, and the politicization of international law.

The shift to the use of international law, instead of focusing the value of its norms, or, in other words, the shift from a formalistic mindset to an instrumentalist one, profoundly affected international humanitarian law. Throughout the second half of the 20<sup>th</sup> century, military personnel took active part in the negotiations of international humanitarian instruments under the pretext that this could facilitate its compliance. Indeed, as we learned from the U.S. war against terrorism,<sup>30</sup> military personnel can hold stronger commitments to the laws of war than civil public servants for humanitarian or

utilitarian reasons, but bringing them to the negotiation table resulted in international legal norms less ambitious than humanitarian advocates expected. These advocates supported such agreements, and began to invest their energies and resources to expand the constraints on the use of force beyond what was agreed upon on treaties. Their strategy has been portraying international norms in a more persuasive way in the public debate, which often means invoking moral arguments to support readings of international norms more conforming to the grammar of the public arena. As legal scholar David Kennedy argues, the clear and straightforward rules drafted throughout the 19<sup>th</sup> century thus become principles and customs, or general patterns whose enforcement depends on the circumstances, i.e., on politics. In such public battle to define the boundaries of international legal categories, the military responds to the moral argument sponsored by humanitarians with national interest rhetoric.<sup>31</sup> During the cold war, national security and, consequently, military necessity arguments were widely acceptable in international relations and in national societies, but their acceptance begins to wane as human rights rise and create conditions for the emergence of humanitarian law.

### 3 Humanitarian law meets human rights

The rise of human rights has been seen as a remarkable feature of the 20<sup>th</sup> century, and intellectuals from different fields have dedicated efforts to its study from diverse perspectives. The emergence of a strong rights language among 20<sup>th</sup> century utopias has been timely pointed by Claude Lefort in his 1979 essay *Droits de l'homme et politique* and studied by the Brazilian sociologist Luciano Oliveira in his doctoral thesis developed under Lefort supervision at the École des Hautes Études. Good examples from the legal field are texts from Hersch Lauterpacht (e.g., *International Law and Human Rights*, 1950) and Louis Henkin (e.g., *The Rights Of Man Today*, 1978). From the International Relations field, the phenomenon has been researched mainly from the constructivist perspective, such as the work from Margaret Keck and Kathryn Sikkink (e.g., *Activists beyond*

and Hans Morgenthau's *Politics Among Nations* (1946).

<sup>27</sup> LAUTERPACHT, Hersch. *The function of law in the international community*. New York: Oxford University Press, 2011.

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. *Peace through law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2000.

<sup>29</sup> According to Kennedy, to think that a certain norm is 'valid' is to consider that it was promulgated by the proper institution and the correct procedure or if it can be deduced by legitimate means and interpreters. KENNEDY, David. *Of war and law*. Princeton: Princeton University Press, 2006. 91-92

<sup>30</sup> NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal Kawano; RORIZ, João Henrique Ribeiro. O combatente inimigo no debate sobre a condução da guerra dos Estados Unidos contra o terrorismo. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 120, p. 329-377, 2016.

<sup>31</sup> KENNEDY, David. *Of war and law*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 84-88.

*Borders*, 1998) and Thomas Risse, Stephen Ropp and Sikkink (e.g., *The Power of Human Rights*, 1999). More recently, it has been analysed by the intellectual historian Samuel Moyn in his provocative *The Last Utopia*.

Understanding human rights as a frame to social mobilisation, Moyn claims that the rise of human rights has been possible due to the disbelief in competing utopias, particularly, socialism, anticolonialism, and nationalism in the late 1960s and 1970s. Leftist activists and social movements in Eastern Europe were discouraged to reform their regimes, whereas the ones in Latin America were unsuccessful in leading revolutions. The upsurge of internal conflicts and authoritarian regimes in decolonised territories in turn discredited the state as the sole incubator of rights. Moyn argues that in the second half of the 1960s disappointment stroke politics in general and created conditions for the abstract norms of human rights to emerge as a moral and an anti-politics frame, vehicles of moral progress. This new understanding and use of rights did not sit easy with traditional international law, and its sovereignist core. A number of jurists such as Henkin in the US (and we could add Antonio Augusto Cançado Trindade and Carlos Nino in Brazil and Argentina, respectively) advocated for a turn in the discipline, one that would leave its statist focus behind.

Human rights then met international law and, for Moyn, the former vested the later with a once lost authority that was responsible for its resurgence in the 20<sup>th</sup> century.<sup>32</sup> To the historian, “peripheral before as a widespread framework for improvement, international law is perhaps the prime beneficiary of the recent crisis and recasting of utopian aspirations”.<sup>33</sup> Throughout the 1970s and part of the 1980s, human rights were anti-totalitarian and committed to the protection of the individual against the state, features now commonly attributed to be the “purpose” or “function” of interna-

tional law itself.<sup>34</sup>

Similarly, humanitarian law did not thrive at once. The brief momentum of enthusiasm with it after the Second World War that culminated in the draft of the 1949 Geneva Conventions, dwindled in the anxieties of the cold war and the imminent possibility of the outbreak of a nuclear war. In the face of nuclear threat and the wars of national liberation turned into proxy wars by Great Powers, anti-war politics marked the late 1960s and early 1970s. During this period, and despite the Vietnam War, the idea of addressing atrocity did not become a central issue to pacifism, nor inspired a movement to discuss it.<sup>35</sup> Even amongst jurists the struggle remained more about ending wars and fostering peace than making them less ‘barbaric’.

*Jus in bello* and *jus ad bellum* were turned into strange bedfellows in the post-Second World War order. The UN Charter prohibited the use of force in international relations if not in self-defense or authorized by the Security Council, but no words were dedicated to the conduct of hostilities. Unlike human rights, humanitarian law was not mentioned in the Charter and remained a separated issue discussed in different diplomatic meetings, whereas humanitarian law regulated the use of force, determining how and when it could be used according to international law. International human rights law instruments, in tandem with legal and political institutions dedicated to their implementation, and the challenges brought by the anti-colonial wars, account for changes in its *corpus juris*. Some initiatives could be numbered. One could mention among them the regulation of non-international conflicts by common article 3, the 1968 Teheran Resolution prescribing human rights norms to be applied in armed conflicts and the agreement on the understanding that national liberation wars should be considered international conflicts. Nevertheless, none of those reasons can explain how humanitarian norms came to be part of our vernacular language.

We understand that the novel human rights appeal to mobilise social movements to political action made the detachment of activists from pacifism possible by definitely changing the law to which individuals owed

<sup>32</sup> Martti Koskenniemi (*The Gentle Civilizer of Nations*, 2001) and Samuel Moyn (*The Last Utopia*, 2010) read differently the political projects of international law in the second half of the 20<sup>th</sup> century. While the Finnish lawyer believes that international law as a language capable of making sense of the world declined around the 1960s, the American historian understands that it rose again during the 1970s, with human rights at its core. For more on this, see: RORIZ, João. Direitos Humanos como um novo projeto para o direito internacional: notas sobre the Last Utopia, de Samuel Moyn. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 2, p. 490–496, 2018.

<sup>33</sup> MOYN, Samuel. *The last utopia*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010, p. 176.

<sup>34</sup> MOYN, Samuel. From Antiwar Politics to Antitorture Politics. In: *LAW and War*. Stanford: Stanford University Press, 2014, p. 154–197.

<sup>35</sup> I MOYN, Samuel. From Antiwar Politics to Antitorture Politics. In: *LAW and War*. Stanford: Stanford University Press, 2014, p. 154–197.

obedience.<sup>36</sup> Human rights as advocated from the liberal perspective from the 1970s onwards empowered the individual against the state and since it promoted the international sphere it also displaced the state as a preferential reference to utopian claims. Pacifists that could not efficaciously pressure states to respect the UN Charter soon began to turn to human rights in order to circumscribe their freedom to choose means and methods of combat. The conduct of armed conflicts becomes a primary concern for them once they realise how useless it had been to mobilise against their outbreak.<sup>37</sup> Thus, humanitarian law came to be part of the civil lexicon human rights activists would have to be liberated from concerns with anti-totalitarianism and pacifists from both the imminence of a nuclear war and from the faith that social action can prevent states to recourse to armed force. Along this line of thought, the entanglement of human rights and humanitarian law to political purposes results from a political process that outdates the formal convergence between them.

A number of factors might have contributed more directly for the vernacularization of international humanitarian law. One example is the processes of transitional justice in Latin America due to the fact that activists began to claim for accountability for acts of torture and to frame their demands as crimes against humanity. Another is its use by activists and other political actors in the United States to overcome the suspicion that then president Ronald Reagan nurtured with regards to human rights. A decisive step was the institution of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) and for Rwanda (ICTR) by the Security Council in the first half of the 1990s. One of the best examples is the early ICTY jurisprudence, specially the *Tadić* case.<sup>38</sup> The ascendancy of humanitarian law as a vernacular language used in political struggle to claim for social change therefore would result from its reading according to the human rights grammar and as part of the human rights morality.

<sup>36</sup> SHKLAR, Judith N. *Legalism: law, morals, and political trials*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

<sup>37</sup> MOYN, Samuel. *From Antiwar Politics to Antitorture Politics. In: LAW and War*. Stanford: Stanford University Press, 2014, p. 154–197.

<sup>38</sup> NAGAMINE, Renata R. V. K. O Tribunal para a antiga Iugoslávia na formação da norma da responsabilidade individual por graves violações de direitos humanos: tensões entre direitos humanos e princípios penais liberais. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 17, n. 3, p. 779–796, 2016.

It is interesting to recall that in his *The Last Utopia*, Moyn argues that, throughout the decades, human rights had turned from a minimalist, anti-totalitarian frame into a maximalist one; and indeed, if we analyse the 1993 Vienna Conference, we can note that human rights has been associated with different projects, from civil and family rights to development issues. One can add to Moyn's argument that, in the process of becoming a maximalist frame, human rights also became more contested and less universal. Their rise as a utopia thereby inaugurated its waning as a universal pattern, culminating in their emergence as relative norms in the 1990s. Not only political scientists and philosophers now engage in public debate on the universality or relativity of human rights – and one sees renewed theoretical efforts to construe the universality of their fundamentals –, but also some international norms are proposed, as humanitarian intervention and late in the decade the notion of 'responsibility to protect'.<sup>39</sup>

As humanitarian law becomes part of the currently available talk about human affairs, it begins to be used to describe social phenomena in wider and more different political arenas. This means, *inter alia*, that humanitarian norms begin to be applied in local contexts and hence be appropriated by local actors. To use international norms for social mobilization in local contexts human rights and humanitarian activists not only apply, but also interpret them. In other words, they also create meaning, they signify them.

#### 4 From limits to authorization?: state action in legal indeterminacy

In this section, we argue that in situations in which the set of applicable norms is unclear and there is a larger room for legal indeterminacy, legal definitions become blurred and this gives room for abuse. Notably, we understand that international human rights law may in some cases enable the state to use its sovereign powers with minimal constraints in the suppression of political opposition and that humanitarian norms are relegated in such process.

The entanglement between humanitarian law and

<sup>39</sup> ORFORD, Anne. *International authority and the responsibility to protect*. New York: Cambridge University Press, 2011.

human rights became evident when specific cases were dealt with, and a need for coherence in legal argumentation was deemed crucial. In the 1996 *Nuclear Weapons* advisory opinion, the International Court of Justice provided some unity between the two set of laws. To the judges in The Hague who were involved with the case human rights law could also be applicable during armed conflicts and humanitarian law could be interpreted as its *lex specialis*,<sup>40</sup> what generated some continuity between their norms. This reading has been restated in other cases.<sup>41-42</sup> To one commentator it was just after the advisory opinion that scholars broadly used the Latin expression to describe the relationship between the two set of laws, what suggests that such understanding of consistency is quite recent.<sup>43</sup>

One could hence assume that the linearity between them would mean that humanitarian norms should apply in situations when human rights are legally suspended. Nevertheless, there has been much room for debate.

Most human rights instruments provide space for exceptional situations, when certain rights can be suspended. According to article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights states parties must not endanger the lives of individuals nor subject them to torture or cruel, inhuman or degrading treatment.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> “In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one’s life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself” (ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), p. 25)

<sup>41</sup> ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion).

<sup>42</sup> ICJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*.

<sup>43</sup> MILANOVIC, Marko. *The Lost Origins of Lex Specialis. In: THEORETICAL Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 78–117.

<sup>44</sup> “Article 4. (1) In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin. (2) No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15,

The European<sup>45</sup> and American<sup>46</sup> human rights conventions have similar provisions, and the prohibition of torture is deemed absolute under the Convention against Torture of 1984.<sup>47</sup> Human rights courts and institutions have addressed the issue. When assessing the applicability of habeas corpus in emergencies, the Inter-American Court of Human Rights understood that the obligation of states to recognise and respect rights and freedoms implies that they have the obligation to protect and ensure its exercise with guarantees to make them effective in all circumstances. According to the Court, the obligations to respect life and integrity, to prevent disappearances, and protect the individual against torture compel states to preserve the instrument

16 and 18 may be made under this provision. (...)”(UNITED NATIONS. *International Covenant on Civil and Political Rights*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx>. Acesso em: 4 jan. 2020.)

<sup>45</sup> “Article 15. Derogation in time of emergency. (1) In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law. (2) No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision”(COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf). Acesso em: 4 jan. 2020).

<sup>46</sup> “Article 27. Suspension of Guarantees (1) In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of race, color, sex, language, religion, or social origin. (2). The foregoing provision does not authorize any suspension of the following articles: Article 3 (Right to Juridical Personality), Article 4 (Right to Life), Article 5 (Right to Humane Treatment), Article 6 (Freedom from Slavery), Article 9 (Freedom from Ex Post Facto Laws), Article 12 (Freedom of Conscience and Religion), Article 17 (Rights of the Family), Article 18 (Right to a Name), Article 19 (Rights of the Child), Article 20 (Right to Nationality), and Article 23 (Right to Participate in Government), or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights.” (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Convention of Human Rights*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.ht>. Acesso em: 4 jan. 2020.)

<sup>47</sup> “Article 2 (2). No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.” (UNITED NATIONS. *Convention against torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cat.aspx>. Acesso em: 4 jan. 2020)

of the habeas corpus even when there is a suspension of guarantees.<sup>48</sup> When facing a similar question, the European Court of Human Rights created some procedural guidelines to address it. The court distinguished threats to “life of the nation”, from those that threatens “public order”, and sets limits to the advancement of state power on the human rights. The danger that threatens the life of the nation also allows derogation of the most fundamental rights, while the danger threatening public order would open exhaustively listed exceptions (articles 2 and 5 of European Convention) and restrictions (articles 8 to 11). Most importantly, the Court would control the respect to the legal framework as a whole and the proportionality of State measures, distinguishing measures as (i) timely or reasonable (art. 5), (ii) absolutely necessary (art. 2 (2)), (iii) strictly necessary (art. 6 (1)), and the (iv) strictly necessary measure required by the situation (art. 15).<sup>49</sup> At the UN level, the General Comment N. 29 (2001) (that replaced the General Comment N. 5 from 1981), states that the maintenance of procedural guarantees is inherent to the protection of non-derogable rights, and that the protection against arbitrary detention incidentally also protects against ill-treatment, inhuman treatment and torture. The Comment also considers that the peremptory human rights norms extend beyond the provisions enroled in Article 4 (2) of the 1966 Pact. States cannot, according to it, rely on their laws to justify an act that violates international humanitarian law or *jus cogens*, such as arbitrary detention and deviations from the fundamental principles of a fair trial.<sup>50</sup>

Such understandings pose limits to states but at the same time give them space for manoeuvre in other circumstances in accordance with human rights norms and not necessarily covered by humanitarian law. When balancing more flexible norms and principles other considerations (such as security) may play a role. Detention has been an example, especially after 9/11. When dealing with it, the European Court understood that to be

legal, detention ought to be in agreement with domestic legislation and cannot be contrary to the Convention. Detention must be linked to the reasonings put forward by the government, must offer means so that the defendant can contest it, must be implemented under appropriate conditions, and with a duration that does not exceed its purpose.<sup>51</sup> Nonetheless, despite its continued effort to delineate notions and set parameters, the European Court already broadened its understanding in cases involving terrorism:

46. The Court has found in previous cases that detention on remand exceeding five years constituted a violation of Article 5 § 3 of the Convention [references omitted].

47. The present case involved a particularly complex investigation and trial concerning serious offences of international terrorism which caused the death of three victims and serious suffering to more than a hundred. Following his extradition from Lebanon in 1996, the sole reason for the applicant’s presence in Germany was to stand trial for these offences.

48. In these exceptional circumstances, the Court concludes that the length of the applicant’s detention can still be regarded as reasonable. There has accordingly been no violation of Article 5 § 3 of the Convention.<sup>52</sup>

Another example concerns definitions. When dealing with actual cases, the blind spots can mean space for bending norms and advancing other agendas. The boundaries between inhuman treatment and torture, for example, are quite blurred. International human rights law delineates what torture is, but does not present a definition of inhumane treatment. And the unclear limits between them has the practical effect of stressing a greater stigma on torture; after all the Convention demands States to criminalise only it<sup>53</sup> – leaving inhumane treatment aside. The European Court has decided that whereas the prohibition of ill-treatment is absolute, this does not mean that any sort of ill-treatment will be severe enough to prevent extradition or deportation as an

<sup>48</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Opinión Consultiva OC-8/87)*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica\\_08\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_08_esp.pdf). Acesso em: 4 jan. 2020. p. 35.

<sup>49</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Le Seuil, 2010. p. 158-159.

<sup>50</sup> UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11)*. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/453883fd1f.html>. Acesso em: 4 jan. 2020.

<sup>51</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *A and Others v. The United Kingdom*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>. Acesso em: 4 jan. 2020. p. 184.

<sup>52</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Chradi v. Germany*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77694>. Acesso em: 4 jan. 2020.

<sup>53</sup> “Article 4 (1) Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture.” (UNITED NATIONS. *Convention against torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cat.aspx>. Acesso em: 4 jan. 2020.)

inhumane treatment.<sup>54-55</sup> In light of such understanding, the Court understood that the European Convention should not be a means by which its state parties impose conventional standards to non-state parties, and ultimately recognises that it will rarely conclude for the impossibility to extradite or deport to a state with democratic, human rights, and rule of law traditions. To complicate things further, the very existence of those limits in humanitarian law would be uncertain, given that its framework does not define inhuman treatment or torture and does not offer criteria to establish levels of gravity among prohibited practices.

In another case and court, judges decided to use the human rights reasoning to introduce a definition of torture in the field of humanitarian law. They used the 1984 Convention definition on torture when applying humanitarian norms – even though the convention itself establishes that it does not have extraconventional reach. The judges at the International Criminal Court for the former Yugoslavia understood in the *Kunarac* case that the prohibition on torture is customary and peremptory for criminal liability purposes, even if its definition is not. This opened space for international criminal courts to propose a definition of torture more alligned with humanitarian law. With a human rights customary law inference, the ICTY judges expanded the notion of torture given by human rights instruments: the “official capacity” requirement of the agent<sup>56</sup> was dropped.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *A and Others v. The United Kingdom*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>. Acesso em: 4 jan. 2020. p. 126-127.

<sup>55</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110267>. Acesso em: 4 jan. 2020. p. 200-201.

<sup>56</sup> The definition of torture present in the 1984 Convention requires a link with the state: “when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a *public official or other person acting in an official capacity*.” (emphasis added) (Article 1, UNITED NATIONS. *Convention against torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cat.aspx>. Acesso em: 4 jan. 2020.)

<sup>57</sup> “The Trial Chamber concludes that the definition of torture under international humanitarian law does not comprise the same elements as the definition of torture generally applied under human rights law. In particular, the Trial Chamber is of the view that the presence of a state official or of any other authority-wielding person in the torture process is not necessary for the offence to be regarded as torture under international humanitarian law.” (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, “Judgement”, IT-96-23-T and IT-96-23/1-T*. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>. Acesso em:

Such decision supposedly had a “more protective” definition<sup>58</sup> – more protective for the humanity, remains implicit, to the detriment of the defendant, who would benefit from the narrower definition.

This understanding of torture in international criminal courts, built in the jurisprudence from the pre-9/11 scenario, reveals a tension between the liberal criminal law tradition and the human rights influence on international criminal law with potential implications for the consequences for those accused of terrorism. In an article published before 9/11, a commentator criticises the imprecise norms and the restrictions of rights of defendants on ad hoc criminal courts compared to those granted to them domestically. According to him, the imprecision and restriction would affect the modalities of guilt and the production of evidence.<sup>59</sup> To another academic and former advisor to the ICC Prosecutor, the continuity between humanitarian law, human rights law, and international criminal law, as used by international criminal courts, could result in the removal of fundamental rights of the defendants, which are granted internally. This process could facilitate, for example, collective criminal responsabilization at the cost of individual procedural guarantees. Also, it could lead to the conclusion that whereas the defense of society by the state has limits, the defense of “humanity” has not.<sup>60</sup> There is little (legal) sense and high margin for abuse in defending criminal guarantees and rights when it comes to advocate rights against the state and dropping them when international trial is in place.

The predisposition of states to frame dissidents and social movements as threats could be eased by such fra-

4 jan. 2020.) For a different approach see: *Prosecutor v. Anto Furundzija* (1998) ICTY IT-95-17/1-T, [151-153] [160-162].

<sup>58</sup> The ICTY judges understood that some elements represented customary law and with their reasoning they presented a definition of torture *in the field of humanitarian law* (para. 483). In their words: “On the basis of what has been said, the Trial Chamber holds that, in the field of international humanitarian law, the elements of the offence of torture, under customary international law are as follows: (i) The infliction, by act or omission, of severe pain or suffering, whether physical or mental. (ii) The act or omission must be intentional. (iii) The act or omission must aim at obtaining information or a confession, or at punishing, intimidating or coercing the victim or a third person, or at discriminating, on any ground, against the victim or a third person. (references omitted) (*Ibid.*).

<sup>59</sup> SCHABAS, William A. Sentencing by international tribunals: a human rights approach. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 7, p. 461–517, 1997.

<sup>60</sup> ROBINSON, Darryl. The identity crisis of international criminal law. *Leiden Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 925–963, 2008.

mework, especially in times of a global “war on terror”. Writing about the situation in India one month after 9/11, the activist Arundhati Roy warned that “governments across the world are cynically using the prevailing paranoia to promote their own interests” and that “all kinds of unpredictable political forces are being unleashed”. She then describes how members of the All India People’s Resistance Forum were jailed while distributing anti-war and anti-US pamphlets in Delhi, together with the printer of the leaflets.<sup>61</sup> International law (including humanitarian and human rights) offers mixed possibilities for situations like these. The same treaties that could be instrumentalized to uphold political and civil liberties can also be used to advance ‘exceptional’ measures by the state in times of trouble. After 9/11, the expansion of criminal categories such as “terrorism” and other crimes supposedly against “national security” came at the cost of rights like freedom of association and expression, sometimes even without the necessary change of the provisions – just with different interpretations.<sup>62</sup> Based on expanded limits, it was possible to establish “special procedures” to investigate and prosecute without new crimes.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> ROY, Arundhati. “Brutality smeared in peanut butter”. *The Guardian*, 2001. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2001/oct/23/afghanistan.terrorism8>. Acesso em: 4 jan. 2020.

<sup>62</sup> In a report from 2012, Human Rights Watch states that after 9/11 more than 140 governments have passed counterterrorism legislation as a response to a (possible) threat to the country, out of pressure from the USA or as a response to the Security Council resolutions after the attacks in New York and Washington. Such legislation also made it possible for states to have the legal tools to act against different social groups that include non-violence student organizations in India and in Turkey, journalists in Ethiopia, and ethnic minorities in the UK, among others (HUMAN RIGHTS WATCH. *In the name of security: Counterterrorism laws worldwide since September 11*. New York: HRW, 2012. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/global0612ForUploadFinal.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2020.)

<sup>63</sup> Another example would be UN Security Council resolution 1373, just after 9/11. It decided that all states shall “criminalize the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts” and that anybody “who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice”. Additionally that “such terrorist acts are established as serious criminal offences in domestic laws and regulations and that the punishment duly reflects the seriousness of such terrorist acts.” This ‘legislative’ action by the Council demanded that all UN party-states must criminalize the finance of terrorism. As there is no consensual definition of terrorism in international instruments, it is up to the states to define the crime and to resort to its punitive power.

## 5 Final remarks

In this article, we analyse a certain encounter between human rights and humanitarian law. The novel interpretation of rights that arose in the 1970s with a particular frame largely influenced the laws of war in different directions. Distinct political actors began to use the legal vocabulary to organize social experience, to frame social problems, and to attribute responsibility. By interpreting such norms, those political actors lend them meanings that might compete against the ones produced in national and international institutions, which in matters of war and peace tend to interpret them more restrictively due to the interests of the states and, in the case of international institutions, to the balance that they must find in order not to jeopardise their authority. In a scenario of dissolving legal boundaries and fierce disputes of meaning, the encounter of human rights and humanitarian law also meant a revision of some of the traditional categories of the latter. The clear lines of humanitarian norms shouldered with abstract principles usage in real-life situations. The distinctions between categories such as war and peace, international and non-international conflict, civilian and military targets, combatants and non-combatants waned, giving more flexibility to decision makers and less protection to the most vulnerable.

The rise of human rights as a powerful normative language in international relations had significant implications for the ways in which law and politics are argued in this realm. As we tried to show with the encounter between human rights and humanitarian law, some of the broad and indeterminate features of rights principles and provisions might mean more room for abuse. The context in which states acts to address issues like terrorism and other perceived threats is rather complex. Some of its features include the increasing universality of human rights, and on a lesser scale, humanitarian law, as political languages as well as a persistent dispute around its meanings and categories. The alleged consensus around the necessity of a *jus puniendi* and the enforcement of normative categories involves the performance of not only international organisations related to criminal justice but also states. The particular language of rights might offer states a (normative)

(UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 1373 (S/RES/1373)*. Disponível em: [https://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/res\\_1373\\_english.pdf](https://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/res_1373_english.pdf). Acesso em: 4 jan. 2020.)

authority from the international level and, at the same time, empowers them with the requirement/liberty to incorporate such language shouldered with others such as national security.

## References

- BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Le droit international codifié*. Paris: Libraire de Guillaumin, 1895.
- CALVO, Carlos. *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1868. v. 1.
- COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf). Acesso em: 4 jan. 2020.
- DE VISSCHER, Charles. La codification du droit international. *Recueil des Cours*, v. 6, p. 325–472, 1925.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Le Seuil, 2010.
- DORATIOTO, Francisco. *Maldita guerra: nova história da Guerra do Paraguai*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- DRUMMOND, Antonio de Vasconcellos Menezes de. *Preleções de direito internacional: com referencia e applicação de seus princípios a's leis particulares do brasil até 1867*. Recife: Typographia do Correio do Recife, 1867.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *A and Others v. The United Kingdom*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>. Acesso em: 4 jan. 2020.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110267>. Acesso em: 4 jan. 2020.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Chradi v. Germany*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77694>. Acesso em: 4 jan. 2020.
- FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MIALHE, Jorge Luís; JOB, Ulisses Silveira. *Epitácio pessoa e a codificação do direito internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *In the name of security: Counterterrorism laws worldwide since September 11*. New York: HRW, 2012. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/global0612ForUploadFinal.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2020.
- ICJ. Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda).
- ICJ. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion).
- ICJ. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion).
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Opinión Consultiva OC-8/87)*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_08\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf). Acesso em: 4 jan. 2020.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, "Judgement", IT-96-23-T and IT-96-23/1-T*. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2020.
- KELSEN, Hans. *Peace through law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2000.
- KENNEDY, David. International law and the nineteenth century: history of an illusion. *Nordic Journal of International Law*, v. 65, n. 3, p. 385–420, 1996.
- KENNEDY, David. *Of war and law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- KOLB, Robert. The protection of the individual in times of war and peace. In: THE OXFORD Handbook of the History of International Law. New York: Oxford University Press, 2014. p. 317–337.
- KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870–1960*. New York: Cambridge University Press, 2001.
- KOSKENNIEMI, Martti. The politics of international law. *European Journal of International Law*, v. 1, 1990.
- LAUTERPACHT, Hersch. *The function of law in the international community*. New York: Oxford University Press, 2011.
- LESSA, Pedro Augusto Carneiro. O direito no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Pau-

lo, v. 8, p. 161–207, 1900.

MERON, Theodor. *The humanization of international law*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

MILANOVIC, Marko. The Lost Origins of Lex Specialis. In: THEORETICAL Boundaries of Armed Conflict and Human Rights. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 78–117.

MOYNS, Samuel. From Antiwar Politics to Antitorture Politics. In: *LAW and War*. Stanford: Stanford University Press, 2014, p. 154–197. (Austin Sarat, Lawrence Douglas, Martha Umphrey).

MOYNS, Samuel. *The last utopia*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.

NAGAMINE, Renata R. V. K. O Tribunal para a antiga Iugoslávia na formação da norma da responsabilidade individual por graves violações de direitos humanos: tensões entre direitos humanos e princípios penais liberais. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 17, n. 3, p. 779–796, 2016.

NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal Kawano; RORIZ, João Henrique Ribeiro. O combatente inimigo no debate sobre a condução da guerra dos Estados Unidos contra o terrorismo. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 120, p. 329–377, 2016.

NORMAND, Roger; JOCHNICK, Chris Af. The legitimization of violence: a critical analysis of the Gulf war. *Harvard Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 49–95, 1994.

ORFORD, Anne. *International authority and the responsibility to protect*. New York: Cambridge University Press, 2011.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Convention of Human Rights*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.ht>. Acesso em: 4 jan. 2020.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de direito internacional*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1903. t. 1.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de direito internacional*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1903. t. 2.

ROBINSON, Darryl. The identity crisis of international criminal law. *Leiden Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 925–963, 2008.

RORIZ, João. Direitos Humanos como um novo projeto para o direito internacional: notas sobre the Last Utopia, de Samuel Moyn. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 2, p. 490–496, 2018.

ROY, Arundhati. “Brutality smeared in peanut butter”. *The Guardian*, 2001. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2001/oct/23/afghanistan.terrorism8>. Acesso em: 4 jan. 2020.

SCHABAS, William A. Sentencing by international tribunals: a human rights approach. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 7, p. 461–517, 1997.

SCHWARZENBERGER, Georg. From the Laws of War to the Law of Armed Conflict. *Current Legal Problems*, v. 21, n. 1, p. 239–258, 1968.

SHKLAR, Judith N. *Legalism: law, morals, and political trials*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11)*. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/453883fd1f.html>. Acesso em: 4 jan. 2020.

UNITED NATIONS. *Convention against torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cat.aspx>. Acesso em: 4 jan. 2020.

UNITED NATIONS. *International Covenant on Civil and Political Rights*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx>. Acesso em: 4 jan. 2020.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 1373 (S/RES/1373)*. Disponível em: [https://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/res\\_1373\\_english.pdf](https://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/res_1373_english.pdf). Acesso em: 4 jan. 2020.

WHIGHAM, Thomas. *The paraguay war: causes and early conduct*. 2. ed. Calgary: University of Calgary Press, 2018.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Regional integration in the South Pacific:** challenges for public governance

**Integração Regional no Pacífico Sul:** desafios para a governança pública

Joanna Siekiera

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

# Regional integration in the South Pacific: challenges for public governance\*

## Integração Regional no Pacífico Sul: desafios para a governança pública

Joanna Siekiera\*\*

### Abstract

The purpose of this article is to present and analyse regional integration in the South Pacific region, as well as to enumerate the potential challenges for public governance. The article is divided therefore into 5 sections, starting from introduction, where the author presents the idea of the research, gives definitions; second part deals with the South Pacific integration as an example of regionalisation, where it is necessary to present the characteristic features of the region, as well as its complex regional model of cooperation; third part enumerates obstacles for public governance gathered into categories of legal and extrajudicial challenges; fourth part brings about some reason, why the Pacific microstates can be called as weak democracies; finally, fifth part forms the conclusion where the author summaries the whole research. The used methodology is the legal analysis, where the legal acts, as well as political declarations have been taken into account. Overall, regional integration in the South Pacific is weak because of a multitude of challenges for public governance. On the other hand, though, those challenges might become a motivation for the small island states to improve the level of regional governance.

**Keywords:** regional integration, regionalisation, Pacific, South Pacific, public governance

### Resumo

O objetivo deste artigo é apresentar e analisar a integração regional na região do Pacífico Sul, bem como enumerar os desafios potenciais para a governança pública. O artigo está dividido em 5 seções. Na introdução, o autor apresenta a ideia da pesquisa com as devidas definições. A segunda parte trata da integração do Pacífico Sul como um exemplo de regionalização, onde é necessário apresentar as características da região, bem como seu complexo modelo regional de cooperação. A terceira parte enumera os obstáculos à governança pública reunidos em categorias de desafios legais e extrajudiciais. A quarta parte é uma reflexão sobre a razão pela qual os microestados do Pacífico podem ser chamados de democracias fracas. Finalmente, a quinta parte apresenta-se como uma síntese de toda a pesquisa. A metodologia utilizada é a análise jurídica, na qual foram considerados os atos jurídicos e as declarações políticas. No geral, a integração regional no Pacífico Sul é fraca

\* Recebido em 07/04/2020  
Aprovado em 16/05/2020

\*\* International lawyer at the University of Bergen, Norway; PhD at the Warsaw School of Economics, Poland; PhD scholar at the Victoria University of Wellington, New Zealand. Email:

devido a uma infinidade de desafios para a governança pública. Por outro lado, esses desafios podem se tornar uma motivação para os pequenos Estados insulares melhorarem o nível de governança regional.

**Palavras-chave:** Regional integration. Regionalização. Pacífico. Sul Pacífico. Governança Pública.

## 1 Introduction

The Pacific Ocean is the largest water basin in Earth. Despite this obvious geographic fact, the region remains isolated in both terms of geopolitics and academic interests. Research on the Pacific (so-called Pacific Studies) are highly needed also in the humanities, and legal studies. The huge importance of this geopolitical region can be observed since the last decade of the 20<sup>th</sup> century. First of all, regardless of the international legal status of the countries<sup>1</sup> located in the Australian continent, they are all involved in the global negotiations on universal norms, mainly through the United Nations (UN). The common voice of those Pacific Small Island Developing States (PSIDS)<sup>2</sup> became only relatively recently heard at the global arena. It appears to be common that very often in international law the regional regimes turn out to be a sufficient, less expensive and far quicker solution for the local problems or dilemmas than those at the global level<sup>3</sup>. Already now, the Pacific governments (“Pacific bloc” within the UN) engaged itself into climate change diplomacy, with considerable success. During the 13<sup>th</sup> session of the Conference of the Parties (COP 21) in Paris, the Pacific bloc managed to convince states to approve the agreement on keeping a global temperature rise in the 21<sup>st</sup> century below 2 degrees Celsius above pre-industrial levels (Paris Agreement 2015)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Here is essential to clarify that not all of the international entities in the Pacific possess the full personality as sovereign states. There are many dependent territories, as well as free associated states, which have limited scope of autonomy in internal and external matters. That affects their extent of participation in regional cooperation. Email: joanna.axe@gmail.com

<sup>2</sup> The author is a member of the ocean change project at the University of Bergen, entitled “Mare Nullius: Sea level rise and maritime sovereignties in the Pacific”. See the brochure made for the Division for Sustainable Development Goals at the Department of Economic and Social Affairs in the UN by fellow workers: O. Goransson, M. Vierros, C. Borrevik, *Partnerships for Small Island Developing States*, April 2019.

<sup>3</sup> G. Fry, S. Tarte, *The New Pacific Diplomacy*, Australian National University Press, Canberra 2015.

<sup>4</sup> Paris Agreement under the United Nations Framework Conven-

Another international legal movement performed by PSIDS in order to help its members to command global stages is the negotiation process over the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)<sup>5</sup>. Here a slightly longer explanation needs to be made. Ocean change, intentionally used by the author instead of “climate change” in order to emphasise the main result of climate change to the Pacific region, is now one of the biggest threats facing humanity. It appears indisputable that changes in Earth’s environmental system are already causing huge harm especially to the small coastal and island states. PSIDS are indeed in the group of the most vulnerable. Still, legal consequences of ocean change have to be borne in mind too. Potential loss of territory, and consequently sovereignty, as well as losing their exclusive economic zones (EEZ) will eventually lead to unprecedented migrations for the small island states in the Pacific. UNCLOS was not drafted in the time when the sea level rise was just occurring, therefore the Convention lacks legal concepts for how to legally react now as the islands and their EEZs are sizing down. Process of submissions to UNCLOS in order to seek improved legal recognition of the zones, fully under the ocean change dynamics, is being held under the “Biodiversity Beyond National Jurisdiction” negotiations. The complex and highly relevant BBNJ became the topic of the international discussion, launched by PSIDS, and then the subject matter was codified in a form of the UN General Assembly Resolution in 2017<sup>6</sup>.

It should be stated already in the beginning that regional integration in the South Pacific is weak because of a multitude of challenges for public governance. On the other hand, though, those challenges might become a motivation for the small island states to improve the level of regional governance.

## 2 South Pacific integration

The region in concern is tighten up to the South Pacific instead of “the Pacific”. Still, the author uses the

tion on Climate Change of 22 April 2016.

<sup>5</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, ratified in 1994.

<sup>6</sup> The full title being: International legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction of 24 December 2017 (A/72/L.7).

term Pacific for the Pacific island territories and countries (PICT) laying down south to the equator. Thus, “the South Pacific” is the most suitable name in order to differentiate the existence of Oceania states, which are not part of the Asian continents, as some scientists still use the term “Pacific” when referring to the insular part of East Asia<sup>7</sup>. “Oceania” in turn is not used in any normative texts; therefore, it is hard to find its definition. Still, this is how the inhabitants of the South Pacific prefer to call its home region, what in turn represents the huge cultural and biological diversity<sup>8</sup>. Oceania islanders perceive themselves as “people of the sea”. This approach enables them to identify the ocean not only as their home, but also as foundation of their very existence<sup>9</sup>.

There should also be given a counterargument stating that great distances in the Pacific are in fact not an persisting problem for regional integration. It is the geographical fact that the Pacific is 10,000 km west to east and 5,000 km north to south. Nonetheless, slight inhabited areas and small population can make regional cooperation even more effective having in mind common purpose. Here comes the phenomenon of regional identity, which allows islanders to perceive themselves as a part of the big Pacific family. It is called “Pacific identity”.

There can be observed the growing awareness of the affiliation to the region by the involvement in many intergovernmental organizations (IGO), non-governmental organizations (NGO) and other non-state institutions acting with the purpose of the Pacific integration. Those organisations and other ad hoc institutions will be briefly presented in the further part of the article. Loyalties along with the feeling of affiliation to one community, the Pacific community, is very often brought from the family and is further cultivating at the national level. Thus, islanders regard their states as the basic elements of the Pacific Community<sup>10</sup>. Participa-

tion and advance actions through the regional agendas bring an even stronger sense of Pacific identity, while the feeling of Pan-Pacifism grows too. This affiliation is shown in increased membership in the regional institutions, through their meetings and scholarships across the region. Therefore, one can observe in this double way process kind of “self-driven” regionalism.

Nevertheless, somewhere between the sense of national and regional identity, there is also a “subregional identity”. It implies the affiliation to one of three groups of the Pacific countries. Regional identity across the Pacific may therefore form the following dimensions: Melanesian Way, Micronesian Way or Polynesian Way. More than any other part of the world, the Pacific is different in cultural matters, including languages. The Pidgin language facilitates cooperation based on Melanesian identity<sup>11</sup>. It is preferred in social gatherings, but not at the official ministerial meetings. The fragmentation of language (Creole languages) is indeed a characteristic feature in the Pacific. Nonetheless, it does not affect the cooperation process. Much of the greatest integration activities is held in English – among Commonwealth countries<sup>12</sup>. In the case of closer integration, this feeling of “Pacificness” grows and islanders are more likely to cooperate with their neighbours<sup>13</sup>. The Pacific region’s strength lies thus in its multiplicity.

Regional integration is set in both regionalisation and regionalism processes<sup>14</sup>. Those two routes are undeniably connected with one another. Regionalisation refers to the process of region formation, by which regions come into existence and are consolidated as separate entities<sup>15</sup>. Region formation has to be based on suitable ground: regional space (set on a particular territory, having own social identity), regional complex (with trans-local relations), regional society (organised in formal way), and regional community (multitude of links based

<sup>7</sup> There became popular another grouping of influential states from the Pacific Rim recently, under the joint name of the new North Pacific. Compare: M. Fry, J. Kirton, M. Kurosawa (ed.), *The North Pacific Triangle: The United States, Japan, and Canada at Century’s End*, University of Toronto Press, Toronto 1998.

<sup>8</sup> E. Hau’ofa, *Our Sea of Islands*. “The Contemporary Pacific”, 1994/6; B.V. Lal, K. Fortune, *The Pacific Islands: An Encyclopedia*, University of Hawai’i Press, Honolulu 2000.

<sup>9</sup> P. D’Arcy, *The People of the Sea: Environment, Identity, and History in Oceania*, University of Hawai’i Press, Honolulu 2006.

<sup>10</sup> R. Crocombe, *The South Pacific*, University of the South Pacific, Suva 2001, p.591.

<sup>11</sup> B. Warner, *Caribbean integration – lessons for the Pacific?* Development Policy Centre Discussion Paper 25, Crawford School of Public Policy, Australian National University, Canberra 2012.

<sup>12</sup> R. Crocombe, *The South Pacific: An Introduction*, University of the South Pacific, Suva 1989, p. 180.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>14</sup> Differentiation between them was already touched upon by the author in the previous edition of “Brazilian Journal of International Law”: J. Siekiera, *South Pacific regionalism as a driver of environmental policy – legal approach*, BJIL Vol. 16 No 2 (2019), p. 116-124.

<sup>15</sup> B. Badie, D. Berg-Schlosser, L. Morlino (ed.), *International Encyclopedia of Political Science*, Vol. 2, SAGE Publications Inc., Los Angeles 2011, p. 2246.

on shared values and goals)<sup>16</sup>. This process might be also characterised by long-term intensification and deepening of relations, mainly economic, between subjects (states, as they set the international norms) in geographic proximity to each other. Through those economic, social, cultural and political linkages, the whole region becomes intensely correlated. Hence, one can assume regionalisation is perceived as regional cooperation *de facto*, while regionalism – *de iure*<sup>17</sup>.

It has to be added here that the author is intentionally using such differentiation, even though it does not appear as common in the literature<sup>18</sup>. Process of regional cooperation in the Pacific is multidisciplinary and varied, while not only replying on political and economic growth. It is being maintained though either formal and binding intergovernmental organizations (IGO), or less formal ways where non-governmental organization (NGO) along with other ad hoc institutions do not create any valid norm. According to the author's calculation, there are over 30 regional organizations, status of which is very often hard to find. There is also over a dozen of less formalized groupings of states. Without going into details, it can be said that even the status of the three most influential IGO in the South Pacific was and still is controversial. The Secretariat of the Pacific Community (SPC) was established in 1947 by non-Oceania states by signing of the Canberra Agreement<sup>19</sup>. The Pacific Islands Forum (PIF) was created in 1971 only with the Pacific members, while not the administering metropolitan states, just like in the case of SPC. However, its international personality was emerged only in 2000 when the Tarawa Treaty<sup>20</sup> recognised the legal personality of the Secretariat of PIF in each of its sixteen

member countries, while not PIT as such. Finally, the latest IGO in the Pacific, the Pacific Islands Development Forum (PIDF) was formally established in 2015<sup>21</sup> after two previous informal gatherings. PIDF is seen<sup>22</sup> as a response to over politicised PIF. Among subregional organisations, there are no IGO, but two main forums came forth. The Melanesian Spearhead Group<sup>23</sup> and the Polynesian Leaders Group<sup>24</sup> gather regularly to launch close cooperation in basic disciplines, like health care, judiciary, police units.

The smaller, grass rooted initiatives create, however, the potential threat of putting subregional interests over the general, regional ones. On one hand, the Pacific region's strength lies in its multiplicity. Sadly, on the other, stratification among the Pacific economies is immense and generates even more spheres of interests<sup>25</sup>. The Pacific is now at the moment of regionalisation, within the process of region development, where the separate entity is being created and becomes aware of its own uniqueness, as well as obstacles, which can be overcome by the local means and methods. Those economic, social, cultural and political linkages have, been, since the 1980s, establishing the long-term intensification, and finally erecting the term of "Pacific". Contrariwise, the South Pacific region is not yet (if ever) at the moment of regionalism. This expected and indeed desired process of region formalization is long before the small, poor and undeveloped island microstates. They do have own national barriers, including those of the legal nature, and as soon as they manage them, they will be able to build the harmonized legal order at the level of the whole region.

<sup>16</sup> E. Stadtmüller, Regionalizm i regionalizacja jako przedmiot badań naukowych w stosunkach międzynarodowych, in: K. Jędrzejczyk-Kuliniak, L. Kwieciński, B. Michalski, E. Stadtmüller (ed.), *Regionalizacja w stosunkach międzynarodowych; Aspekty polityczno-gospodarcze*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2008, p. 25-26 [Regionalisation in International Relations; Political and Economic Aspects].

<sup>17</sup> R. Orłowska, K. Żołądkiewicz. *Globalizacja i regionalizacja w gospodarce światowej*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warsaw 2012, p. 169-171 [Globalisation and regionalisation in the world economy].

<sup>18</sup> Some authors suggest the existence of *de iure* and *de facto* regionalism, which would imply the various functioning of the already set institutions and legal mechanism, among which some work only on paper (*de iure*), while the rest form legally binding norms. See: R. Higgott, *De facto and de jure regionalism: The double discourse of regionalism in the Asia Pacific*, "Global Society" Vol. 11 (1997).

<sup>19</sup> "Canberra Agreement" - Agreement establishing the South Pacific Commission of 6 February 1947.

<sup>20</sup> Agreement Establishing the Pacific Islands Forum Secretariat of 30 October 2000.

<sup>21</sup> Charter of the Pacific Islands Development Forum of 4 September 2015; it needs to be added that another treaty was signed but not ratified yet by the member states. Agreement Establishing the Pacific Islands Forum, done at Port Moresby on 27 October 2005 will grant legal personality for PIF.

<sup>22</sup> S. Tarte, *A New Regional Pacific Voice? An Observer's Perspective On The Pacific Islands Development Forum, Inaugural Summit, Denarau, Fiji, 5-7 August 2013*, "Pacific Islands Brief", 28 August 2013.

<sup>23</sup> Compare: <https://www.msgsec.info/> (18.11.2019).

<sup>24</sup> No website exist. I. Iati, *Pacific Regionalism and the Polynesian Leaders Group*, "The Round Table" 2017/106(2).

<sup>25</sup> The poorest extreme is represented by Kiribati, Solomon Islands, Tonga or Vanuatu. M. Jędrusik, *Wyspy tropikalne: W poszukiwaniu dobrobytu*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warsaw 2005, p.143.

### 3 Legal and extrajudicial obstacles

The analysed region consists of the island microstates (also called microeconomies). This implies necessity of facing some of the challenges associated with smallness, as well as remoteness. But what is more relevant is their physical separation from continental lands. There is a high dependence on sea and air transport to establish and maintain both domestic and international links. What is more, the Pacific islands have made themselves more exposed to financial flows and possible global crisis. There are not many instruments to deal with external shock, especially when microstates decide to be legally (and functionally) predicated on own independence. In addition, islands do not possess sufficient number of qualified personnel. The human resources in government, administration, education and other vital sectors are lacking. Another aspect of small population in microstates is difficulties in separating personal, political and institutional interests<sup>26</sup>. This situation appears evident in both local levels of villages, certain islands, but also at the state level.

“The Pacific Way” is a slogan emerged to promote the Pacific identity. Besides the self-promotion, the other reason was to increase the regional formation in order to create one united region. It was coined by the first Prime Minister of Fiji, Ratu Sir Kamisese Mara, in 1970. He is still perceived as the most prominent regional leader in the Pacific. His main achievement was to make Fiji the biggest beneficent from Pacific regionalism<sup>27</sup>. Nonetheless, the other important outcome of Prime Minister’s regional politics was to elaborate the Pacific reputation outwards and to simulate regional identity inwards<sup>28</sup>. Development of the modern Pacific regionalism is being made mainly through signing treaties<sup>29</sup> and establishing intergovernmental organizations<sup>30</sup>. Contrary to well-known and primary in usage hard law methods, there are also many soft law instruments. The latter ones are more flexible, easier and de-

sirable for states. Why is that? Governments of certain states might not very often have an intention to formalise and maintain definitive bilateral or multilateral relations. Through international actions, such as signing a treaty, attending at an intergovernmental conference, participating at an international organisation, or establishing diplomatic or consular relations, states impose on themselves international rights and duties. Those duties may be *de iure* enforced in the future.

However, the Pacific states are not always willing to accomplish those regional duties, as they already struggle with domestic problems, at the governmental scale. After two waves of decolonisation, 1962-1970 and 1974-1980, there became a new legal situation for the island states. Former colonies, of mainly Great Britain, have finally gained international sovereignty and accordingly possessed, for the first time in their nationhood history, a status of independent entities. In other words, the Pacific nations, from now on the Pacific states, were at last able to make and execute own law. Sadly, those newly established and recognises states were not (and still are not) prepared to govern in a democratic way. However, also those of the islands that were not British or French colonies had to re-create a legal system suited to the western values of a democratic rule of law. Achieving the full independence of microstates in the Pacific should be, therefore, understood as the final step in the decolonization process, which was not monolithic, but was characterized by a multitude of varieties and strategies<sup>31</sup>.

The specificity of the Pacific region, resulting from its oceanic features, has an obvious impact on the legal culture of states, as well as the laws they pass. States create their legal order consisting of norms with universal impact, both at the national and regional level. However, those two levels must be compatible with the international system, which the Pacific governments are fully responsible for. In addition, the Pacific island states possess the specific legal culture. This term should be understood as a way of understanding legal norms along with the entire system of the state’s functioning, as well as choosing which values are protected, along with their impact on society and individual entities. These common normative values help the state to create a unique social order, and then an economic system

<sup>26</sup> B. Warner, *op. cit.*

<sup>27</sup> R. Crocombe, *The South Pacific*, p. 157.

<sup>28</sup> Interviews made by the author with Prof. Tony Angelo, a constitutional lawyer at the Victoria University of Wellington (VUW) in New Zealand. He was also a supervisor of the author during her PhD scholarship in 2015-2016.

<sup>29</sup> In accordance with Vienna Convention on the Law of Treaties from 22 May 1969.

<sup>30</sup> Therefore, not every regional grouping can be called as an international organization.

<sup>31</sup> M. Quanchi, *End of an Epoch: Towards Decolonisation and Independence in the Pacific*, “Agora” 2008/43(4), p. 19.

conditioning the standard of living, including expected prosperity, and ending with a sense of internal and external security.

The problems faced by the newly created countries in the South Pacific are almost identical, despite the difference in belonging to one of the three subregions. The weakness of young democracies in the South Pacific comes from the fact of (too?) rapid change of administration on the islands. Such quick process of modernization was made due to the desire to exercise independence without unnecessary delays, and thus introduction of changes without any burden of their former metropolitan norms. These legal systems of European colonialists, which proved themselves in a different geographical and civilizational space, were not adopted properly in the Pacific islands. Such legal order imposed by the British, French or Americans was later called as “acquired law”, “introduced law”, or “received law”<sup>32</sup>. All those names suggest the noticeable fact that islanders themselves do not perceive democracy as something what belongs to them but they rather associate it with old, negative times of colonialism.

Taking into account the provisions of the national law of the Pacific states, along with their international declarations governments in the South Pacific are being democratically elected, and then they pursue politics using only democratic means of power. In practice, too, there is a tendency of the Pacific politicians to govern in a stable manner<sup>33</sup>. Nevertheless, de facto, the same countries appear to be defective democracies, full of legal and political contradictions, which cause suffer for their citizens, as well as whole economic and civilization development. However, the instability of the Pacific democracies is not only strictly a national threat, but also a danger to the entire Pacific region increase. It is where the interests of the global powers meet. The Pacific basin is the most extensive point of trade, primarily made by the sea but also by air. Former Australian Prime Minister Kevin Rudd, as a political excuse for his country’s intervention in the affairs of microstates in the Pacific, had forged the term “arc of instability”<sup>34</sup>. This had

<sup>32</sup> B. Hughes, *Report on the South Pacific countries*, “New Zealand Yearbook of International Law” 2005/2, p. 274.

<sup>33</sup> The most glaring exceptions from this general rule were the conflict in West Papua (so-called Western Irian, former province of Indonesia) in 1950-1962, as well as modern military coups in Fiji (1987, 2000, and 2006).

<sup>34</sup> K. Rudd, *The Mismanagement of Australia’s National Security: the Death of Disarmament as a Priority of Australian Diplomacy*, Address

an obvious connection with the so-called “Howard doctrine” - the term used in 1999, which defined the Australian regional policy starting from the cabinet of John Howard (1996-1998). This doctrine determined the need to interfere in the affairs of the region, and thus somehow gained Australia the name of a regional power or even a sheriff<sup>35</sup>.

In the vast majority of islands in the Pacific, there can be observed a lack of efficiency of the state administration bodies, which should implement reforms. Second thing is that the parliamentary structures have no real effect on pursuing laws. With regard to ineffective internal policies, it should be clarified that the primary problems appear already at the stage of suggesting reforms. A number of formal and substantive doubts can be given here. First of all, former colonies did not have legal universities, or so-called administrative and judicial staff forges for the newly created state apparatus<sup>36</sup>. The Pacific politicians, derived from the local tribes or clans, did not have any education to introduce the necessary regulations to transform own post-colonial states. In addition, technical reconstruction of the state system required establishing of the appropriate public bodies, chambers, commissions, etc. In the Pacific, such reconstruction equivalent was the institution of governors - introduced by metropolises or local governments, after all, filled only with the European officials<sup>37</sup>. Hence, the newly independent Pacific states were forced to adopt the legal orders of their former administrations.

When it comes to the parliaments, which do not bring the expected legislative results, it should be stated that this is caused by two reason. First reason lays in insufficient training (or often simply the lack thereof) of public officials, which was already recalled in this article. Secondly, there is a lack of adequate organs equipped by the effective competences, including the possibility of enforcing the established earlier provisions. The Pa-

to the Commemoration of the 10th Anniversary of the Canberra Commission, Brisbane 2.08.2006.

<sup>35</sup> R. Leaver, *The meaning, origins and implications of ‘the Howard Doctrine’*, “The Pacific Review” 2001/14, p. 15-34.

<sup>36</sup> This situation remains unchanged also in the 21<sup>st</sup> century, when the only law faculty in this enormous Pacific basin is the University of the South Pacific (USP), being a field institute in Vanuatu. There is also a tendency to send representatives of a given community or tribe to Wellington, Auckland or Sydney in order to obtain prestigious higher education. The author observed this during her doctoral scholarship at the Faculty of Law at VUW.

<sup>37</sup> H.N. Van Trease, *The Politics of Land in Vanuatu: From Colony to Independence*, Suva 1987.

cific countries are aware of structural problems, which they are trying to solve by establishing offices aimed at controlling reforms. An example here can be the special committee of the Fiji government, which prepares legal and political assessments of the effectiveness of the introduced changes. This body watches over correctness of the smooth merging of two legal orders - local and postcolonial<sup>38</sup>. In other countries, like in Vanuatu or the Solomon Islands, the organs reforming the legal system, despite their *de iure* existence, *de facto* they did not function due to the lack of budget funds, thus producing no effects.

#### 4 Reason for the weak democracies

What is very important when considering obstacles in regional integration among the developing countries to initially look at their civilization problems. Those obstacles are mainly presented in difficult or even lack of access to potable water, provision of proper health care or elementary education. Hence, the Pacific parliaments decide to allocate funds and competences of governmental or local government bodies for development aid instead of reforming the legal system. Thus, the systemic transformation did not take place entirely and successfully in the 20<sup>th</sup> century. It, however, still does not take place in the new century, as it was expected to happen right after gaining independence. The weaknesses of democracy in Oceania are evident in the fact that neither legal norms exist in certain areas of life at all, nor residents or representatives of state authorities respect them.

Obstacles in correct implementation of democratic principles of law can be found in a variety of reasons. Among the social factors of the obstacles in performing effective national and regional policies, the most vital are cultural ones. Institutional attempts to reconcile the two legal orders: the colonial, built in most cases on the British common law system, and the local tradition of the Pacific islanders, resulted in appearance of many formal and substantive dilemmas. These problems concern political and legal spheres, and thus essential public areas relevant to the efficient functioning of a sovereign

state<sup>39</sup>.

Incorrect or even incomplete political transformation of the young Pacific democracies can be explained by three basic aspects. First of them is rigid, adamant bureaucracy, completely detached from any local realities. Any attempts, suggested in order to introduce innovative solutions to lead the Pacific governments out of the economic and humanitarian collapse, are being strongly refused by both public officials and ordinary residents. Those attempts are perceived as an inevitable announcement of instability in already unstable economic and social situation. Not so many interprets the reforms as being positive or even necessary to improve the living conditions of the region inhabitants. Implementation of legal mechanisms depends on activity (or rather lack of it) of public administration clerks. Hence, in the case of the Pacific democracies, one can see an open and persistent recession<sup>40</sup>.

Second feature implies the static culture being present in the traditionalist societies. In the Pacific therefore, there is a strong feeling, connotation against changing the existing status quo. Islanders, both average citizens, as well as officials and politicians, effectively oppose any introduction of changes in legislation, as well as private life norms. Everyday practices of the Pacific inhabitants are deeply rooted in their ancestors' spiritual beliefs, which all together form "the Pacific identity"<sup>41</sup>. On one hand, the feeling of the Pacific community definitely enriches the region and its societies. On the other hand, this culture and tradition appears as an obstacle that is difficult to circumvent in carrying out political reforms. The most striking examples, known and described extensively by press and literature, are the legally protected noble payments, as well as public tolerance of domestic violence<sup>42</sup>. Although the exemplifications cited here come from the Kingdom of Tonga, the same factual and legal situation prevails throughout the whole Pacific. Fortunately, this "feudal" system is being contested by the young generation pointing to its incompatibility with the principles of a democratic and egalitarian rule of law<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Pacific Institute of Public Policy: <http://pacificpolicy.org/2015/07/why-pacific-reformers-find-it-difficult> (18.11.2019).

<sup>40</sup> J.M. Fanelli, G. McMahon, *Understanding Market Reforms: Volume 2: Motivation, Implementation and Sustainability*, Springer, New York 2006, p. 230-255

<sup>41</sup> R. Crocombe, *The South Pacific*, p.591

<sup>42</sup> P. Langa'oi, *The Roots of Instability: Administrative and Political Reform in Tonga*, Asia Pacific University, Tokyo 2009, p. 21-35.

<sup>43</sup> *Nobles nobbled*, „The Economist” (11.01.2015): <http://www>.

<sup>38</sup> Fiji Law Reform Commission Act of 6 April 1979. The Laws of Fiji: <https://laws.gov.fj/Acts/DisplayAct/2295> (18.11.2019).

Thirdly, the impact of institutionalized religion, its misinterpretation by a significant portion of the Pacific population, needs to be mentioned. Faith is the foundation of both collective and individual Pacific identity. Here, however, a clear distinction must be made between the steadfast experience of faith on one side, and the orthodox interpretation of Christian doctrine on the other. The dominant religion among the Pacific states is Christianity<sup>44</sup>. It introduced the “Sunday law” principle. Sunday law, also known as “blue law”, obliges state legislators to pass provisions that prohibit conducting commercial transactions on public holidays<sup>45</sup>. This applies to not only recreational activities during Sundays and church holidays, but also to the transport sector (by sea and air) and fisheries, which are the basis of most of the Pacific economies. In the isolated and logistically undeveloped Pacific region, this aspect appears as indeed strategic. For this reason, it is impossible to close entirely airports or harbours, as the life and health of residents depend on interisland transport. In addition, public and private transport, supplies of food (including potable water) and medical products, as well as energy raw materials, due to the great distances and travel costs, take place relatively rarely<sup>46</sup>. The occurrence of a particular holiday on the day when sea or air delivery is planned might mean its suspension. This in turn results in chaos among the population and considerable disorganization of the islands<sup>47</sup>.

Finally, there are also systemic problems within the Pacific societies, which unable public governance to pass effectively any democratic reforms, but most importantly those problems unable public governance itself to function properly. The major issue is a problem of corruption, which is encountered at every level of society: from the local, rural settlements, larger population centres, through official, administrative relations, up to nationwide political ties building the island autho-

rities<sup>48</sup>. Weakness of democracies in the South Pacific states is demonstrated at the same stage by their poor ability to prosecute crime or solve social problems. In addition, law enforcement rarely reaches rural clusters living already on the edge of poverty. The main shortcoming of the Pacific state legal systems is the low expenditure on law enforcement agencies. Such low salary of public clerks creates opportunities for abuse of position, nepotism and corruption<sup>49</sup>.

## 5 Final conclusions

Regional integration in the South Pacific started in the 1980s. It has not stopped yet, as the processes of close economic and political linkages are still not fully developed and implemented to the national legal orders. The reason for that is relatively young history of the Pacific states’ nationhood. After many decades of hard times of colonisation, and then equally rough period of decolonisation, challenges for public governance did not disappear. What is more, with development of transport, new technologies and ways of using land and sea resources there came forth dilemmas that are more complex. Weakness of the Pacific democracies has many roots, both legal, strictly at the political level of governing the state, as well as extrajudicial, cultural, deeply based in the society and its values. Therefore, national barriers, such as lack of educated clerks, public consent on disobedience towards codified norms, as well as unwritten principles of democratic state of law bounced back at the regional level too. Regional governance needs to be improved in order to help the Pacific islanders to get out of the humanitarian crisis. To do so, the improvement has to be accomplished at the national level by overcoming obstacles, no matter of which origin.

## References

Agreement Establishing the Pacific Islands Forum Secretariat of 30 October 2000.

economist.com/news/asia/21638913-tonga-gets-common-man-prime-minister-nobles-nobbled (18.11.2019).

<sup>44</sup> The main denomination is Catholicism. See American agency Pew Research: <http://www.pewforum.org/2012/12/18/global-religious-landscape-christians/> (18.11.2019).

<sup>45</sup> D.N. Laband, D.N. Heinbuch, *Blue Laws: The History, Economics, and Politics of Sunday Closing Laws*, Lexington Books, New York 1987.

<sup>46</sup> Interview made by the author with Dr. Dariusz Zdziech, founder of the Australia, New Zealand and Oceania Research Association (ANZORA) and the humanitarian aid foundation “Poland helps Poland”, which helps the islanders of a small village in Kiribati, which was named Poland. Cracow, 16.09.2016.

<sup>47</sup> M. Jędrusik, *op. cit.*, p. 101-120.

<sup>48</sup> R. Nicholls, *Corruption in the South Pacific: the Potential Impact of the UN Convention against Corruption on Pacific Island States*, “New Zealand Yearbook of International Law” 2005/2, p. 236.

<sup>49</sup> Rapport by Asian Development Bank–Commonwealth Secretariat, *Toward a New Pacific Regionalism*, Pacific Studies Series 2005, p. 24.

- Badie B., Berg-Schlosser D., Morlino L. (ed.), *International Encyclopedia of Political Science*, Vol. 2, SAGE Publications Inc., Los Angeles 2011.
- Canberra Agreement - Agreement establishing the South Pacific Commission of 6 February 1947.
- Charter of the Pacific Islands Development Forum of 4 September 2015.
- Crocombe R., *The South Pacific*, University of the South Pacific, Suva 2001.
- Crocombe R., *The South Pacific: An Introduction*, University of the South Pacific, Suva 1989.
- D'Arcy P., *The People of the Sea: Environment, Identity, and History in Oceania*, University of Hawai'i Press, Honolulu 2006.
- Fanelli J.M., McMahon G., *Understanding Market Reforms: Volume 2: Motivation, Implementation and Sustainability*, Springer, New York 2006.
- Fry G., Tarte S., *The New Pacific Diplomacy*, Australian National University Press, Canberra 2015.
- Fry M., Kirton J., Kurosawa M. (ed.), *The North Pacific Triangle: The United States, Japan, and Canada at Century's End*, University of Toronto Press, Toronto 1998.
- Goransson O., Vierros M., Borrevik C., *Partnerships for Small Island Developing States*, Division for Sustainable Development Goals, Department of Economic and Social Affairs, UN, April 2019.
- Hau'ofa E., *Our Sea of Islands*. "The Contemporary Pacific", 1994/6.
- Higgott R., *De facto and de jure regionalism: The double discourse of regionalism in the Asia Pacific*, "Global Society" Vol. 11 (1997).
- Hughes B., *Report on the South Pacific countries*, "New Zealand Yearbook of International Law" 2005/2.
- Iati I., *Pacific Regionalism and the Polynesian Leaders Group*, "The Round Table" 2017/106(2).
- International legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction of 24 December 2017 (A/72/L.7).
- Interview made by the author with Dr. Dariusz Zdziech, Cracow, 16.09.2016.
- Jędrusik M., *Wyspy tropikalne: W poszukiwaniu dobrobytu*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warsaw 2005.
- Jędrzejczyk-Kuliniak K., Kwieciński L., Michalski B., Stadtmüller E. (ed.), *Regionalizacja w stosunkach międzynarodowych; Aspekty polityczno-gospodarcze*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2008.
- Laband D.N., Heinbuch D.N., *Blue Laws: The History, Economics, and Politics of Sunday Closing Laws*, Lexington Books, New York 1987.
- Lal B.V., Fortune K., *The Pacific Islands: An Encyclopedia*, University of Hawai'i Press, Honolulu 2000.
- Langa'oi P., *The Roots of Instability: Administrative and Political Reform in Tonga*, Asia Pacific University, Tokyo 2009.
- Leaver R., *The meaning, origins and implications of 'the Howard Doctrine'*, "The Pacific Review" 2001/14.
- Melanesian Spearhead Group: <https://www.msgsec.info/> (18.11.2019).
- Nobles nobbled*, „The Economist” (11.01.2015): <http://www.economist.com/news/asia/21638913-tonga-gets-common-man-prime-minister-nobles-nobbled> (18.11.2019).
- Nicholls R., *Corruption in the South Pacific: the Potential Impact of the UN Convention against Corruption on Pacific Island States*, "New Zealand Yearbook of International Law" 2005/2.
- Orłowska R., Żołądkiewicz K., *Globalizacja i regionalizacja w gospodarstwie światowej*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warsaw 2012.
- Rapport by Asian Development Bank–Commonwealth Secretariat, *Toward a New Pacific Regionalism*, Pacific Studies Series 2005.
- Paris Agreement under the United Nations Framework Convention on Climate Change of 22 April 2016.
- Pacific Institute of Public Policy: <http://pacificpolicy.org/2015/07/why-pacific-reformers-find-it-difficult> (18.11.2019).
- Pew Research: <http://www.pewforum.org/2012/12/18/global-religious-landscape-christians/> (18.11.2019).
- Rudd K., *The Mismanagement of Australia's National Security: the Death of Disarmament as a Priority of Australian Diplomacy*, Address to the Commemoration of the 10th Anniversary of the Canberra Commission, Brisbane 2.08.2006.

---

Quanchi M., *End of an Epoch: Towards Decolonisation and Independence in the Pacific*, “Agora” 2008/43(4).

Siekiera J., *South Pacific regionalism as a driver of environmental policy – legal approach*, BJIL Vol. 16 No 2 (2019).

Tarte S., *A New Regional Pacific Voice? An Observer’s Perspective On The Pacific Islands Development Forum, Inaugural Summit, Denarau, Fiji, 5-7 August 2013*, “Pacific Islands Brief”, 28 August 2013.

The Laws of Fiji: <https://laws.gov.fj/Acts/Display-Act/2295> (18.11.2019).

United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) of 10 December 1982.

Van Trease H.N., *The Politics of Land in Vanuatu: From Colony to Independence*, Suva 1987.

Warner B., *Caribbean integration – lessons for the Pacific?* Development Policy Centre Discussion Paper 25, Crawford School of Public Policy, Australian National University, Canberra 2012.

## PARTE III

RESENHAS

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Resenha da obra**

"Democracia e policentrismo do poder", de Murilo Gaspardo

Angela Limongi Alvarenga Alves

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:  
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

## Resenha da obra “Democracia e policentrismo do poder”, de Murilo Gaspardo

Angela Limongi Alvarenga Alves\*

GASPARDO, Murilo. *Democracia e policentrismo do poder*.  
São Paulo: Alameda, 2016.

“Democracia e policentrismo do poder” é o título da obra de Murilo Gaspardo dedicada a analisar as transformações sofridas pela democracia após a globalização. Tem como delimitação temporal o início do desenvolvimento do atual processo de globalização, no final da década de 1970, com especial enfoque na conjuntura da crise econômica mundial iniciada em 2007, nos Estados Unidos, e seus desdobramentos até o presente momento.

Considerando a lógica de funcionamento do sistema financeiro internacional que deflagrou a crise, por se basear na especulação sem a correspondente produção de riquezas e benefícios sociais, a obra enfatiza a necessidade de tomada de consciência sobre a falência generalizada dos mecanismos de regulação que se acreditava serem funcionais. E, a partir disso, alerta para a necessidade de discussão de alternativas, como a criação de um instrumento supranacional de regulação financeira, já que, sozinho, um Estado seria incapaz de regular o fluxo de capitais sem a fuga de investimentos. Nesse contexto são expostos os limites das instituições representativas para lidarem com tais questões e a propositura de um modelo democrático de caráter transterritorial para enfrentá-los, tecendo análises, em especial, no caso brasileiro.

A presente obra é de extrema relevância no contexto dos estudos nacionais e internacionais sobre a grande temática da democracia exatamente porque ao buscar alternativas para os limites que o *status* democrático impõe transcende o modelo tradicional de democracia de base territorial em favor de um modelo de democracia cosmopolita, para além das fronteiras do Estado nacional, subvertendo assim, a lógica não apenas do direito, mas das ciências sociais aplicadas, que tem no Estado e na territorialidade, seu ponto de referência.

Para tanto, a obra entende por policentrismo do poder o contexto político em que o Estado nacional continua a ser um sujeito fundamental, mas deixa de ser o único centro político-decisório, já que com a globalização, a deliberação última passa a ser condicionada e compartilhada com outros atores internacionais, regionais e locais. Desta maneira, como o poder se encontra desconcentrado, descentralizado e fragmentado, as decisões se dão a partir da formação de redes globais que escapam ao controle estatal. Essa concepção política de policentrismo tem, por evidente, a sua repercussão no direito, manifestada no pluralismo jurídico e na pluralidade das fontes normativas.

Reconhecendo o contexto do policentrismo do poder que a globalização engendra, o modelo de democracia cosmopolita propõe a resolução desses

\* Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Estágio Pós-doutoral na mesma instituição. Visiting Research na Universidade de Durham (Reino Unido).  
E-mail: angelalimongi2005@hotmail.com

problemas através de mecanismos de governança global e de uma concepção cosmopolita de cidadania. Existem diferentes propostas de democracia cosmopolita. A obra, entretanto, opta por analisar o modelo desenvolvido por David Held, Anthony McGrew e Daniele Archibugi, através do estudo de um conjunto de trabalhos publicados por esses teóricos entre os anos de 1995 e 2012.

A democracia, por sua vez, segundo a visão do autor, constitui uma forma de legitimação do poder com diversas faces: (i) refere-se ao governo do povo e tem como horizonte o autogoverno, sendo um regime político em que, de diferentes formas, o povo exerce o poder, assegurando-se que todos os afetados possam participar de alguma maneira na tomada de decisões; (ii) diferencia-se da autocracia por se tratar de uma forma de poder ascendente, ou seja, exercida “de baixo para cima”; (iii) trata-se de governo do poder visível, que é aquele que se exerce ou deveria exercer-se publicamente e sob controle da opinião pública; (iv) todos os cidadãos são considerados iguais; (v) através dela, os conflitos devem ser resolvidos de forma pacífica (havendo violência, não se pode mais falar em democracia); (vi) as garantias dos direitos liberais são fundamentais para o seu verdadeiro exercício; (vii) o método democrático é necessário para a concretização dos direitos humanos; (viii) trata-se de um conceito histórico e dinâmico; e no qual (ix) o princípio republicano está essencialmente ligado (p. 81-82).

A obra assinala, com acerto, que a democracia, apesar de representar potente sustentáculo da vontade popular, enfrenta uma série de limitações, a começar pela própria ideia de representatividade, já que ao invés de se buscar o interesse nacional, há de fato, a conjugação de uma série de interesses parciais (p. 89), conduzindo a promessas não cumpridas. Essas, por sua vez, não se realizaram porque o projeto político democrático foi idealizado para uma sociedade muito menos complexa que a de hoje, ou seja, aos poucos foram surgindo condições sociais que não estavam previstas quando de sua construção, a se assinalar que: (i) a economia atingiu um nível de complexidade que passou a exigir soluções técnicas e especializadas para lidarem com os problemas de política econômica; (ii) para atender à demanda crescente de intervenção do Estado na economia e na prestação de serviços sociais cresceu também a burocracia estatal, mas a lógica hierárquica do poder burocrático contraria a lógica ascendente do poder democrático; (iii)

a incapacidade do governo de responder às demandas que provêm de uma sociedade livre e emancipada, as quais são sempre mais numerosas, urgentes e onerosas; (iv) o ideal democrático pressupunha uma sociedade centrípeta e monista, ou seja, com um único centro de poder para o qual confluíam todas as decisões que afetassem a coletividade. A realidade, porém, revelou que o que se tem é uma sociedade centrífuga e policêntrica, poliárquica ou pluralista, portanto, em que convivem vários centros de poder (p. 89-90).

Diante dessas limitações, a obra apresenta o modelo de democracia cosmopolita, mas não o faz de forma incondicional e acrítica. Apresenta discussões práticas e epistemológicas interdisciplinares, em especial as referentes ao Estado e seu arcabouço institucional, convergindo análises que perpassam o processo globalizatório pela via dos direitos humanos.

A globalização, ao contrário do que se imagina, não é um fenômeno novo, mas uma tendência que caracteriza a humanidade desde os primórdios. Ocorre que, a partir da década de 1970 esse processo se intensificou e passou a ser associado a uma intensa circulação de bens, capitais e tecnologias através das fronteiras nacionais, bem assim com a criação de um mercado mundial e a sua progressiva interdependência. A partir de então, tornou-se multidimensional, envolvendo importantes mudanças em diversos domínios, como o econômico, o político, o tecnológico, o cultural e o ambiental, os quais interagem continuamente, o que, sem dúvida, repercute no funcionamento e na compreensão do direito e das instituições democráticas nacionais.

Nesse cenário, as grandes corporações tornaram-se globais, descentralizando suas cadeias produtivas e criando redes de produção com estruturas bastante flexíveis que atravessam as fronteiras nacionais, promovendo uma distribuição de tecnologia, produtos e, principalmente, de renda, assimétrica entre os Estados. Isso implica reconhecer que enquanto as instituições representativas funcionam no espaço do Estado e no tempo vagaroso da política nacional, a economia funciona em escala e tempo reais, com um crescente protagonismo das corporações transnacionais, sobre as quais as referidas instituições não exercem controle. Isso porque o sistema político ainda conserva seu caráter centralizado e hierarquizado. Da perspectiva socioeconômica, a globalização ampliou a miséria e a desigualdade entre ricos e pobres. Isso se explica pelo aumento da competição

econômica internacional e pelo desmonte da rede de proteção estatal, a qual, nos países periféricos e semiperiféricos nem chegou a se estruturar plenamente.

O Estado sempre desempenhou e continua a desempenhar um papel fundamental na mediação social. Apesar das deficiências, ele continua a ser o garantidor de direitos ao cidadão, sobretudo os fundamentais. Em razão da globalização, entretanto, a capacidade do Estado de definir autonomamente e concretizar a política econômica, regular suas atividades e mediar conflitos distributivos foi bastante comprometida.

Apesar disso, o Estado não acabou e está longe de acabar. Continua a ser um ator político fundamental e decisivo, com atribuições que lhes são próprias e que não devem ser transferidas para as esferas local, regional ou global. Porém, é preciso reconhecer que o Estado sozinho não é capaz de resolver uma série de problemas atuais, que se transnacionalizaram. Enquanto a economia se globalizou e muitos dos problemas a serem enfrentados são globais, a política continua essencialmente nacional. A democracia, portanto, não poderia continuar a ser pensada nos limites do Estado nacional, pois a política teria mudado de lugar, desterritorializando-se.

Essa constatação tem levado à experimentação de dois caminhos de enfrentamento do problema: o fortalecimento do Estado, sobretudo no que se refere à sua capacidade no domínio econômico, a fim de tentar restituir-lhe o poder que a globalização lhe retirou; ou o fortalecimento e a ampliação de organizações internacionais e a formação de blocos regionais, com crescente transferência do poder do Estado para essas instituições, esperando-se que possa cumprir o papel de regular democraticamente a economia.

Fortalecer os Estados requer, por certo, auxílio externo ou no mínimo, o conjunto de regras internacionais, na medida em que o Estado-nação não pode mais, sozinho, produzir e impor regras próprias. Além disso, as ações de Estados isolados não parecem ser capazes de alterar os rumos da globalização. Por outro lado, fortalecer as organizações internacionais e os blocos regionais pode implicar em reforçar estruturas assimétricas de poder, já que essas instituições são dominadas pelas grandes potências hegemônicas.

Apesar disso, o autor vê no fortalecimento das organizações internacionais e dos blocos regionais um caminho necessário para o enfrentamento do déficit democrático decorrente da globalização. Mas reconhece não

sê-lo suficiente. É imprescindível que tais instituições passem por um radical processo de democratização, pois, em geral, sua estrutura atual apenas reproduz, em escala maior, o déficit democrático dos Estados nacionais (p. 159).

Com isso, não se afirma que toda a explicação e soluções para os problemas políticos decorrentes da globalização se encontrem no campo institucional. Porém, sem instrumentos suficientes e adequados de governança, não há alternativas possíveis para os problemas existentes. Daí a aposta no modelo de democracia cosmopolita.

A essa altura o autor expõe a questão central da obra: o modelo de democracia cosmopolita seria capaz de fornecer instrumentos analíticos para uma melhor compreensão do déficit democrático das instituições representativas brasileiras e diretrizes para a construção de alternativas políticas?

Para tanto, começa por situar o modelo de democracia cosmopolita de David Held, Anthony McGrew e Daniele Archibugi. O reconhecimento de que a globalização impõe limites à soberania dos Estados e à democracia representativa levou ao questionamento sobre a vinculação da democracia e da cidadania ao espaço do Estado nacional e à apresentação de modelos democráticos alternativos ou complementares.

Trata-se de perspectiva globalista<sup>1</sup> em que a cidadania não se vincula apenas ao pertencimento do Estado, mas inclusive, ao fato de os indivíduos integrarem a humanidade, de forma que a participação política democrática deve se estender para além das fronteiras estatais.

Não há redução na capacidade de atuação internacional dos Estados, mas a promoção de instituições democráticas nos âmbitos regional e global que permitam complementar as nacionais, bem como a garantia de condições reais para a participação dos indivíduos nos processos decisórios. Objetiva-se, portanto, submeter questões que atualmente escapam ao controle das instituições representativas nacionais (como fluxo e regras de comércio internacional de capitais) a novas formas de controle democrático (p. 172).

<sup>1</sup> Diferentemente da perspectiva comunitarista, em que o pluralismo e a multiplicidade de centros de poder decorrentes da globalização são considerados e o futuro da democracia reside no fortalecimento das identidades e dos valores das comunidades locais, permitindo, assim, o engajamento nos processos decisórios dessas coletividades (p. 164).

Assim, se a democracia representativa de base territorial fundamenta-se na cidadania nacional, a democracia cosmopolita exige uma cidadania cosmopolita. Essa, por sua vez, não se vincula exclusivamente ao pertencimento a uma comunidade territorial, podendo fundar-se em critérios diferentes, como regras gerais e princípios democráticos e de direitos humanos, os quais conferem a todas as pessoas iguais direitos de liberdade e oportunidades de participação, independentemente de sua nacionalidade. A vinculação da cidadania ao território é interpretada como contingência histórica e não uma determinação lógica, de maneira que é possível articular a cidadania a outras formas, como o pertencimento à humanidade em si e não a uma nacionalidade.

Daí resulta o entendimento de que a cidadania cosmopolita não depende da cidadania nacional, ou seja, a possibilidade de os cidadãos terem voz sobre assuntos globais não deve requerer a autorização ou a mediação dos Estados. Para tanto, devem ser criados instrumentos de representação política que ultrapassem as fronteiras nacionais e sejam independentes dos respectivos governos. Isso implica a formação de um conjunto de instituições paralelas aos Estados e a limitação da soberania estatal pelos direitos globais de cidadania.

A democracia cosmopolita, entretanto, pressupõe a existência da democracia nacional e não a sua substituição. Ela deve se estruturar por meio de diferentes níveis de governo e decisão política, conforme o problema a ser enfrentado, dos locais para os globais. Há questões que podem ser solucionadas em nível local, aquelas relacionadas ao cotidiano das pessoas (trânsito, segurança, etc), outras, devem ser enfrentadas no âmbito nacional, como aquelas que afetam a coletividade de um Estado, mas que extrapolam suas fronteiras. Devem ser atribuídas ao âmbito regional de governança as decisões que requerem mediação transnacional em virtude de sua conexão com diferentes decisões nacionais, ou porque os Estados individualmente não têm condições de encaminhá-las. Conseqüentemente, caberão à esfera global somente aquelas questões que não possam ser resolvidas nas esferas local, nacional ou regional, em virtude de seu nível de interconexão mundial – por exemplo, os problemas ambientais e a regulação econômica internacional. Portanto, a viabilidade desse modelo de democracia depende de uma adequada divisão de poderes e competências em diferentes níveis, os quais devem estar adequadamente interconectados (p. 177-178).

Desta maneira, a democracia cosmopolita é orientada pelos princípios da subsidiariedade e da inclusão: a descentralização das decisões ocorre com o objetivo de criar diversos fóruns democráticos, o que permite a ampliação dos participantes e da participação; a centralização deve ocorrer somente se for necessária para evitar a exclusão de pessoas significativamente afetadas pelas decisões (p. 178).

Esse modelo, entretanto, não está imune a críticas. A primeira delas reside no fato de que a cidadania cosmopolita, que tem na universalidade dos direitos humanos o seu fundamento ético, não passaria de um discurso de legitimação da ideologia ocidental. Além disso, há o argumento de que não haveria sequer uma “sociedade internacional”, muito menos, solidariedade entre os povos e os Estados, e, portanto, haveria o risco de se ignorar as demandas dos países periféricos e se considerar as aspirações e projetos teóricos hegemônicos como se fossem consensos da sociedade civil global.

Importante salientar que o cosmopolitismo não defende a hegemonia cultural do Ocidente ou a supressão das diferenças, mas destaca o valor da diversidade cultural, propondo a criação de instituições democráticas capazes de mediar a relação entre diferentes culturas e de permitir que todos os povos se desenvolvam de acordo com suas particularidades, sem que isso represente um obstáculo para a busca de soluções para os problemas comuns.

Por outro lado, desigualdades socioeconômicas e políticas, diferenças culturais e conflitos de interesses existentes entre os Estados e regiões poderiam tornar inviável o modelo de democracia cosmopolita. Em contraponto, há que se ressaltar, que condições estruturais favorecem a concretização do projeto cosmopolita, como, por exemplo, a interação entre os Estados decorrentes da globalização econômica e cultural, a hegemonia da democracia enquanto sistema político e alguns avanços no campo das organizações internacionais, como a criação do Tribunal Penal Internacional, não obstante reconheça-se o fato de que as organizações mais importantes de coordenação da governança global não adotam princípios democráticos.

A democratização da governança global, no entanto, não decorrerá da iniciativa de uma grande liderança ou instituição com um plano abrangente para todos os setores e regiões, mas da ação de inúmeros atores em diferentes processos de transformações e inovações nos

níveis local, nacional, regional e global, influenciando-se mutuamente, de forma a contribuir para uma transformação progressiva da política global.

Já em relação à democracia representativa brasileira a obra aponta fatores que afetam o seu funcionamento e que são anteriores à globalização, tais como: a formação da opinião pública conduzida pela mídia alinhada ao neoliberalismo, a apatia política, o predomínio do voto clientelista, a representação de interesses parciais, processos decisórios não democratizados (como a definição da política econômica), a presença do poder oligárquico, os limites da regra da maioria, a influência decisiva do dinheiro nas eleições e na formação de consensos e a grande dificuldade em submeter o poder econômico ao controle democrático (p. 208). Isso não significa que o déficit democrático das instituições representativas brasileiras não tenha sido potencializado em razão da globalização e do policentrismo do poder até porque a existência de mecanismos de governança não democráticos e externos ao Estado constitui uma realidade há muito percebida.

Há, todavia, relevante questão acerca do tempo da democracia. A democracia representativa não responde satisfatoriamente à temporalidade (e velocidade) da economia globalizada e, esse seria, portanto, um fator preponderante para o déficit democrático no âmbito dos Estados. Esse dilema seria apenas transferido para a escala global? Os teóricos cosmopolitas não enfrentam diretamente esse problema.

Há o reconhecimento pelo autor de que não é possível acelerar os processos democráticos, muito menos conceber uma democracia instantânea. Assim, o aspecto temporal não poderia ser enfrentado diretamente, mas reformulado a fim de que esse problema seja minimizado (p. 221).

Para além disso, a inserção do Estado brasileiro, assim como qualquer outro Estado em um sistema de governança de múltiplos níveis exige uma revisão das próprias concepções de soberania e de Estado, como por exemplo, a substituição do conceito autônomo de soberania por um conceito heterônomo de rede e em maneiras de conciliar a decisão política democrática, normalmente centralizada, com a lógica descentralizada das redes (p. 228-229).

Assim, ressalta a obra que o modelo de democracia cosmopolita não seria suficiente para suprir o déficit democrático das instituições representativas brasileiras

atualmente, mas poderia promover mudanças institucionais profundas.

De toda sorte, as análises sobre o modelo de democracia cosmopolita no contexto brasileiro, ao desvincular a democracia do território estatal, apresentando uma concepção democrática transterritorial e ao substituir o conceito de cidadania nacional pelo de cidadania cosmopolita promove uma ruptura com o modelo representativo tradicional. O grande mérito da obra é, por certo, a busca de alternativas para problemas concretos e nessa empreitada ela é bem sucedida, já que se propõe a (re)pensar o Estado, o direito e a própria democracia.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico [www.rdi.uni-ceub.br](http://www.rdi.uni-ceub.br)

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

**Editorial**

Gustavo Cerqueira e Patrícia Perrone Campos Mello

**Comparação jurídica e ideias de modernização do direito no início do Século XXI**

Gustavo Cerqueira

**O direito comparado: esforço de resgate historiográfico e de problemas metodológicos**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Gustavo Ferreira Ribeiro

**Direito Comparado e Política: Reflexões Necessárias**

Raphael Carvalho de Vasconcelos e Deo Campos Dutra

**L'originalité du Droit Brésilien et le Droit Comparé**

Arnoldo Wald

**Lei da boa razão e comparatismo jurídico na doutrina civilista brasileira de 1850 a 1880**

Alan Wruck Garcia Rangel

**O Supremo em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?**

Patrícia Perrone Campos Mello e Felipe Meneses Graça

**Suprema Imprecisão: a metodologia em Direito Constitucional Comparado e as deficiências em seu uso pelo Supremo Tribunal Federal**

Alonso Freire e Hugo Sauaia

**Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile**

Juan Jorge Faundes e Fabien Le Bonniec

**Regulação do discurso de ódio: análise comparada em países do Sul Global**

Jane Reis Gonçalves Pereira, Renan Medeiros de Oliveira e Carolina Saud Coutinho

**La otra cara de la moneda: protección constitucional de la empresa, el emprendimiento y la libre competencia en Chile y Colombia**

Juan Pablo Díaz Fuenzalida e Juan Sebastián Villamil Rodríguez

**O Divino e o Racional no Direito: notas para um diálogo entre sistemas jurídicos**

Salem Hikmat Nasser e José Garcez Ghirardi

**The European Court of Human Rights Decision on there 'Burqa Ban' and the critical analysis of the Pragmatic experimental logic**

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e George Browne Rego

**Direitos humanos das deslocadas ambientais e os impactos da Usina de Belo Monte: da exploração amazônica à subjugação feminina**

Thais Silveira Pertille e Letícia Albuquerque

**Solução de Controvérsias em Acordos de Investimento: as experiências do CPTPP, CETA e dos ACFIs**

Fábio Morosini, Vivian Daniele Rocha Gabriel e Anastacia Costa

**50 anos dos "direitos da criança" na Convenção Americana de Direitos Humanos: a história do artigo 19**

Sven Peterke e Paloma Leite Diniz Farias

**Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades**

Melina Girardi Fachin

**Contemporary responses to businesses' negative human rights impact**

Andres Felipe Lopez

**Human right to labor protection in Ukraine: current situation and the prospects of implementation of international rules**

Nina Daraganova

**International Regulation and Global Governance: The EU influential method in times of normativity change**

Gabriela Hühne Porto, Paula Wojcikiewicz Almeida e Juliana Maia F. A. Netto

**Tecnologias digitais e o comércio de bens e serviços na OMC/Digital**

Umberto Celli Junior

**Los fuertes hacen lo que pueden: exponiendo los límites de la Corte Penal Internacional**

Cristián D. González-Ruiz e Víctor M. Mijares

**Human Rights, Humanitarian Law and State Power**

Renata Nagamine e João Roriz

**Regional integration in the South Pacific: challenges for public governance**

Joanna Siekiera

**Resenha da obra "Democracia e policentrismo do poder", de Murilo Gaspardo**

Angela Limongi Alvarenga Alves