

ISSN 2526-0464

# TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

PERIÓDICO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 2 NÚMERO 2 JULHO | DEZEMBRO 2017



# MISSÃO

TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA é um periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Sua missão é incentivar o intercâmbio de pesquisas contemporâneas e interdisciplinares na área de Teoria Jurídica entre acadêmicos do Brasil e do exterior. A revista é publicada duas vezes ao ano (jan.-jun./jul.-dez) e em formato exclusivamente digital. Sua linha editorial está orientada para a Teoria Jurídica Contemporânea, e desdobra-se nas seguintes temáticas: Sociedade, Direitos Humanos e Arte; Teorias da Decisão, Argumentação e Justiça; Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais. Nenhuma abordagem teórica em particular é privilegiada. O periódico compõe-se de três seções: uma Seção Geral de artigos científicos recebidos em sistema de fluxo contínuo; uma Seção Especial de artigos científicos recebidos em sistema de chamada pública sob a responsabilidade de Editor(es) Convidado(s); e uma Seção Extra dedicada à publicação de resenhas, traduções e comentários de jurisprudência. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

# EQUIPE EDITORIAL

## EDITORES CHEFES

**Lilian Balmant Emerique**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

**Rachel Herdy**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

## EDITORES ASSISTENTES

**Karina Denari Gomes de Mattos**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

**Ranieri Lima Resende**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

**Samir Ramos Zaidan**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

## EDITORES ASSOCIADOS

**Cecília Caballero Lois**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

**Fábio Shecaira**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

**Vanessa Berner**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

## EDITORES CONVIDADOS

**Deo Campos**

*Doctum/Juiz de Fora, Brasil*

**Jean-Louis Halpérin**

*École Normale Supérieure, França*

**José Ribas Vieira**

*Universidade do Rio de Janeiro, Brasil*

## ASSISTENTE EDITORIAL

**Rafael Monnerat**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

## EDITOR DE DESIGN

**Claudia Duarte**

*Avellar e Duarte*

## CONSELHO EDITORIAL

**Adolfo Ceretti**

*Università de la Bicoca, Itália*

**Amalia Amaya**

*Universidad Nacional Autónoma de México, México*

**António Manuel Hespanha**

*Universidade Nova de Lisboa, Portugal*

**Armin von Bogdandy**

*Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; Universität Frankfurt, Alemanha*

**Giovanni Damele**

*Universidade Nova de Lisboa, Portugal*

**Jan-Michael Simon**

*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha*

**Javier de Lucas**

*Universitat de Valencia, Espanha*

**Jean-Marc Thouvenin**

*Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, França*

**Jordi Ferrer Beltrán**

*Universitat de Girona, Espanha*

**José Ribas Vieira**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

**Julio Gaitán**

*Universidad del Rosario, Colômbia*

**Michael Quante**

*Universität Münster, Alemanha*

**Michele Taruffo**

*Università degli Studi di Pavia, Itália*

**Noel Struchiner**

*Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil*

**Raffaele Di Giorgi**

*Università di Salento, Itália*

**Renato Zerbini Ribeiro Leão**

*Centro Universitário de Brasília, Brasil*

**Robert Alexy**

*Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemanha*

**Roberto Gargarella**

*Universidad Torcuato Di Tella, Argentina*

**Stanley Paulson**

*Washington University Law, Estados Unidos da América do Norte*

**Stephan Kirste**

*Universität Salzburg, Alemanha*

**Susan Haack**

*University of Miami, Estados Unidos da América do Norte*

**Ulrich Sieber**

*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha*

**Wilfrid Waluchow**

*Department of Philosophy, McMaster University, Canadá*

## CONTATO

Teoria Jurídica Contemporânea

Programa de Pós-Graduação em Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rua Moncorvo Filho 8, Centro, Rio de Janeiro – RJ

CEP: 20211-340

Tel.: (21) 2242-7319

Fax: (21) 2224-8904 / Ramal 219

Contato Principal

Lilian Balmant Emerique ou Ranieri Lima Resende

E-mail: [tjc.ppgd.ufrj@gmail.com](mailto:tjc.ppgd.ufrj@gmail.com)

Contato para Suporte Técnico

Rafael Monnerat

E-mail: [rmonnerat@gmail.com](mailto:rmonnerat@gmail.com)

# SUMÁRIO

## SEÇÃO GERAL

- 1. DIREITO TRANSNACIONAL DO TRABALHO E  
CONSTITUIÇÃO GLOBAL**  
*Antonio Ojeda Avilés* **6**
- 2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR POR  
ACIDENTE DO TRABALHO: INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA  
POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL MAJORITÁRIA X INTERPRETAÇÃO  
SISTEMÁTICA E POR UNIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL E  
INFRACONSTITUCIONAL**  
*Ariete Pontes de Oliveira; Vitor Salino de Moura Eça* **37**
- 3. FUNÇÃO E FUNDAMENTO DA JUSTIFICAÇÃO POR  
DEDUÇÃO NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL  
MACCORMICK**  
*Fabício Diesel Perin* **72**

## SEÇÃO ESPECIAL A CONTEMPORANEIDADE DO DIREITO COMPARADO: ESTUDOS DE TEORIA E PRÁTICA

- 4. HERMENÊUTICA E COSMOPOLITISMO NA APLICAÇÃO DO  
DIREITO ESTRANGEIRO PELO JUIZ LOCAL**  
*Gabriel Valente dos Reis* **103**
- 5. DU DROIT PÉNAL COMPARÉ À LA DYNAMIQUE DES LOIS  
PROHIBITIVES**  
*Jean-Louis Halpérin* **120**
- 6. BREVE COMPARAÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA AMBIENTAL  
DE BRASIL E PORTUGAL**  
*João Hélio Ferreira Pes* **145**

7. A QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO FRANCÊS <i>Lívia da Silva Ferreira</i>	174
8. COMPARATIVE LAW AND DECOLONIZING CRITIQUE <i>Sherally Munshi</i>	203

## SEÇÃO EXTRA

Entrevista	
9. ANA LÚCIA DE LYRA TAVARES <i>Deo Campos Dutra, José Ribas Vieira</i>	239
Tradução	
10. O DIREITO COMPARADO COMO INTERPRETAÇÃO E COMO TEORIA DO DIREITO <i>Otto Pfersmann</i> (Tradução de Héloïse Pandelon)	251
Resenha	
11. RICHARD ALBERT Y CARLOS BERNAL (EDS.) (2015) CAMBIO CONSTITUCIONAL INFORMAL. BOGOTÁ: EDITORIAL UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. SERIE TEORÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO, NO. 79. 436 P. ISBN 978-958-772-536-0 <i>Michael Cruz Rodriguez</i>	270

# DIREITO TRANSNACIONAL DO TRABALHO E CONSTITUIÇÃO GLOBAL<sup>1</sup>

Antonio Ojeda Avilés

Professor Honorífico da  
Universidad Internacional  
de Andalucía, Sevilla,  
España. [aojeda@us.es](mailto:aojeda@us.es)

Recebido: maio 17, 2017

Aceito: maio 18, 2017

## Transnational labor law and global constitution

### RESUMO

Trata-se de artigo que pretende enfrentar o surgimento do chamado Direito Transnacional do Trabalho, como ramo autônomo do Direito, a partir da análise de seus interlocutores e da vinculatividade de sua atuação. Para tanto, examinam-se os fatores que culminaram no fenômeno sob análise, tais como a globalização digital e econômica e a repercussão e a violação mundial das violações aos direitos humanos. Os pontos de partida são diversos episódios de danos causados por transnacionais no último século. O estudo teve por objetivo lançar luz no fenômeno cada vez mais comum e forte decorrente da atuação das transnacionais em um mercado globalizado.

**Palavras-chave:** Direito Transnacional do Trabalho; Globalização; Direitos Humanos.

### Abstract

The present article intends to deal with the emergence of the so-called Transnational Labor Law, understood as an autonomous branch of the Law. The analysis is focused on transnational actors and the binding character of their actions. It is examined the factors that resulted in the phenomenon under analysis, such as digital and economic globalization and the repercussion and global violation of human rights. The points of departure are several instances of damages caused by transnational employers in the last century. The objective of this study was to shed light on the increasingly common phenomenon that result from the action of transnational actors on a globalized world.

**Keywords:** Transnational Labor Law; Globalization; Human Rights.

<sup>1</sup> Traduzido por Bárbara Soares Ferrito, mestranda em Direito na UFRJ, atua como Juíza do Trabalho Substituta, no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

## 1. UMA NOVA DISCIPLINA JURÍDICA?

O surgimento paulatino, a partir da década de 2000, de diversos estudos sobre o chamado Direito Transnacional do Trabalho (a partir de agora, DTT) tem despertado considerável curiosidade na comunidade científica, principalmente por parecerem assumir que surge um novo ramo do Direito, confrontado com o Direito do Trabalho Internacional, apesar de, nesses estudos, não parecer haver consenso sobre seu conteúdo e limites<sup>2</sup>. Pois, enquanto alguns usam o termo para se referir às regulamentações da União Européia<sup>3</sup>, outros assinalam a transnacionalidade com a globalização em uma chave geralmente crítica<sup>4</sup>, como expressa visualmente Trubek ao dizer que os acordos internacionais de livre comércio que protegem o investimento estrangeiro e a propriedade intelectual têm dentes, enquanto aqueles que protegem os padrões de trabalho são relativamente fracos, quando existentes<sup>5</sup>. E o que é pior, enquanto alguns autores adotam uma atitude fatalista sobre o suposto novo campo, há aqueles que duvidam que ele realmente exista, ao passo que, finalmente, outros entram sem preocupações no novo campo de estudo e com isso implicitamente delimitam suas fronteiras.

Desde o início, no entanto, e a voz que pode ser considerada como a pioneira nesses estudos, Hepple<sup>6</sup> já afirmou energeticamente que não estamos, de fato, diante de um novo ramo do direito, mas frente a algo muito mais modesto: em concreto, uma nova abordagem que dá primazia à perspectiva privada, ou, se quiser, a partir de baixo, deixando em segundo plano, mas sem esquecê-lo, os regulamentos de instituições e agências governamentais de todos os tipos, desde grandes organizações internacionais até os Estados. Semelhante inversão de ângulo supõe uma queda de modo ruidoso, como Copérnico, numa altura em que a globalização destrói a passos forçados os equilíbrios duramente alcançados entre capital e trabalho e os sindicatos sofrem seus momentos mais difíceis, atacando a questão de saber se não estamos em face de outra estratégia para alcançar a liberdade tendenciosa dos poderosos, aquela que deixa cada parte

<sup>2</sup> Veja sobre isso recentemente FROSECCHI, 2017, p. 219 ss.

<sup>3</sup> Por exemplo, AHLBERG, 2008.

<sup>4</sup> HEPPLÉ, 2005; ELLIOT e FREEMAN, 2003; ALSTON, 2005.

<sup>5</sup> TRUBECK, 2006, p. 732.

<sup>6</sup> TRUBEK, 2006, p. 727, considera que Hepple merece ser chamado *el decano de los transnacionalistas*.

sozinha com suas próprias armas e proclama a não intervenção dos poderes públicos. Ressoaria no fundo deste novo direito a ideia de que, se a globalização trouxe consigo a desregulamentação<sup>7</sup>, o tratamento sistemático desta nova disciplina, mesmo que se trate simplesmente de uma nova abordagem, significaria deixar em segundo plano as normas de trabalho tão arduamente alcançadas através de leis estatais e convenções internacionais em benefício de normas *softs* como as declarações e códigos de conduta das empresas multinacionais (EMN adiante), sem mais força do que a fracamente fornecida pelas próprias multinacionais. E na culminação dessa ideia, se implantam diante do leitor a massa compacta de convenções e legislação atualmente em vigor que estabelecem requisitos mínimos e os direitos trabalhistas na busca de um equilíbrio entre empregadores e trabalhadores que adoce a diferença factual entre eles. Um desdobramento que resultaria nos estudos do Direito Internacional do Trabalho cujas páginas geralmente começam com as Convenções da OIT, continuam com as Declarações da ONU e da OCDE, implantam a já vasta massa de Regulamentos e Diretrizes da União Européia, e às vezes prestam atenção às regras de conflito nas relações internacionais de trabalho.

As preocupações de Teubner<sup>8</sup> ou de Hespanha<sup>9</sup> em torno dos efeitos da nova *Lex Mercatoria* e do pluralismo jurídico no direito internacional em geral, e sobre a preservação do princípio da legitimação democrática do direito em semelhante contexto pós-estatalista, nos levam a partir com uma reserva: cena tão diáfana não é tão nítida quanto parece, pois, se pensarmos melhor, o desmantelamento do Direito do Trabalho ocorreu a partir de seu interior, a partir das próprias leis estatais, quer sejam as reformas Biagi, quer sejam *Jobs Act*, Rajoy, Macron ou Hartz. Sem dúvida, a acirrada competição internacional levou a estas em boa parte dos casos, mas a atração quase mágica que o capital internacional exerce sobre qualquer Estado não deve ser esquecida. Não faz diferença a entrada em ação das *soft law*, já que os próprios mínimos

<sup>7</sup> Coisa que nega HEPPLÉ, 2005, p. 253, indicando várias razões.

<sup>8</sup> Sobretudo em TEUBNER, 1996, p. 3 ss. Até certo ponto, há uma relação com outras obras suas sobre o caráter autogerativo do Direito: TEUBNER, 1996; do mesmo, *Autopoietic Law: a new approach to law and society*, W. de Gruyter 1988. Uma descrição anômica da globalização que vai além da simples *ignorantia iuris*, em LINDAHL, 2013.

<sup>9</sup> HESPANHA, 2016.

desaparecem ou permanecem inaplicáveis. Nas regiões em vias de desenvolvimento se dá a expressão extrema da submissão das leis nacionais aos interesses das grandes empresas na figura dos estados “tantálicos”, que não hesitam em legislar contra os seus próprios cidadãos para favorecer a chegada ou permanência de uma grande fábrica ou centro de produção<sup>10</sup>.

E se, quanto às leis nacionais, cabe comentar sobre seu atual estado deplorável, dos instrumentos promulgados por organizações internacionais não podemos falar melhor, por mais que isso nos doa. A maioria das convenções da OIT só é ratificada por uma minoria de Estados membros<sup>11</sup>, e sua eficácia imperativa – isto é, através do Comitê de Liberdade Sindical ou do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações – deixa muito a desejar, por mais que nos cause dor dizer isso. Poderíamos até falar de uma posição submissa em relação à situação internacional, pois vemos como os acordos referentes a setores nos quais há uma realidade mais equilibrada obtêm maior suporte<sup>12</sup>. E não podemos esquecer a situação crítica da própria entidade, impedida pelos representantes de empregadores em suas repetidas tentativas de extrair o direito de greve da aplicação da Convenção n.º 87 sobre a liberdade de associação.

A respeito do instrumento da ONU chamado *Global Compact*, com conteúdos laborais, ecológicos e conservacionistas voltados para empresas multinacionais em todo o mundo, o nível de ratificações é atualmente insatisfatório<sup>13</sup>. De maior interesse poderiam ser as Diretrizes

<sup>10</sup> Sobre o modelo tantálico (de Tântalo, da mitologia grega) pode-se ver o meu artigo “La confrontación de modelos sociales en el cambio de siglo”, CEF Trabajo y Seguridad Social 378 (2014), p. 14-43. Não apenas falamos de Estados totalitários, mas também, democráticos, cujos Parlamentos não exitam em aprovar legislações laborais abaixo dos padrões internacionais, como ocorre por exemplo em Bangladesh.

<sup>11</sup> As oito convenções fundamentais da OIT sofrem com a ausência de signatários de países grandes como os EUA ou Brasil, com argumentos fracos, como a de que uma Federação não é um Estado. Além deles, as quase 200 Convenções em vigor mostram um apoio fraco. Por exemplo, o término do emprego número 158 (1982) só obteve 36 ratificações; dos trabalhadores domésticos 189 (2011) ainda menos, 25 ratificações. A Convenção de Previdência Mínima Nº 102 (1952), finalmente, foi ratificada por 55 países. A OIT conta com 187 estados membros.

<sup>12</sup> Assim, a importante Convenção sobre trabalho marítimo MLC 2006 foi ratificada, até o momento, por 85 países.

<sup>13</sup> Foi assinado por quase 13.000 empresas em todo o mundo, em sua maioria pequenas e médias empresas, universidades, ONGs e entidades claramente não internacionais, como o Banco da Nação Argentina, a Companhia Municipal de Águas de Guayaquil ou o Município de Curitiba. Para termos uma ideia da densidade de ratificação, o número de empresas existentes, por exemplo, na Espanha, é superior a 3 milhões.

**Em suma, a desregulamentação e o estado insatisfatório dos padrões laborais não podem ser atribuídos exclusivamente à globalização, pois também há um discutível déficit de atuação dos organismos públicos internacionais e estatais.**

da OCDE<sup>14</sup>, também com mecanismos de aplicação muito fracos, embora os sindicatos tenham conseguido, certa vez, fazer uso criativo destes, como ocorreu no Bruylane, estudado por Compa e Feinstein<sup>15</sup>.

Apenas as normas da União Europeia gozam de um alto grau de imperatividade graças ao Tribunal de Justiça Europeu, ainda que tenhamos que concordar que o Direito Coletivo do Trabalho está fora de suas competências – exceto os comitês de empresa europeus – e que as Diretivas, espécie usual de sua legislação trabalhista, não são, por si só, aplicáveis, salvo casos excepcionais. Na verdade, é o Tribunal de Justiça Europeu quem tem elaborado uma doutrina laboral graças às decisões prejudiciais submetidas pelos tribunais nacionais e em sua ação, infelizmente, colide com a realidade subjacente às quatro liberdades da União, um reflexo das origens como um mercado comum de empresas.

Em suma, a desregulamentação e o estado insatisfatório dos padrões laborais não podem ser atribuídos exclusivamente à globalização, pois também há um discutível déficit de atuação dos organismos públicos internacionais e estatais. Quando olhamos desde “o outro lado”, ou seja, a partir do plano do privado, a partir da horizontalidade do transnacional, tampouco podemos falar de um deserto normativo no qual as únicas regras são os códigos *softs* das EMN. Há vida para além do Estado, e a paisagem privada está povoada por uma multidão de protagonistas que interagem e se comprometem, firmando compromissos que depois levam, se necessário, para tribunais de arbitragem, como a Haia ou San Jose, ou, pelo contrário, prescindem de terceiro e resolvem suas diferenças com procedimentos que começam a ser mais equilibrados.

O cenário internacional deixou de ser um deserto de normas onde as EMN’s prevalecem a seu livre arbítrio. Daí a importância de focar no que realmente acontece, em um novo prisma para obter uma enorme riqueza de conteúdo que até então tinha sido negligenciado

<sup>14</sup> Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais de 2010, revisadas em 2011, às quais 42 países aderiram. São recomendações dirigidas por governos a empresas multinacionais que operam em países aderentes ou que têm sua sede neles. Contêm princípios e padrões não vinculantes para a conduta empresarial responsável dentro do contexto global, conforme as leis aplicáveis e padrões internacionalmente reconhecidos. As Diretrizes constituem o único código de conduta empresarial responsável, abrangente e multilateralmente acordado que os governos se comprometeram a promover.

<sup>15</sup> COMPA e FEINSTEIN, 2012, p. 657 ss.

ou mesmo ignorado. O que não implica manter uma visão que soa desatualizada, mas válida e necessária para não cair na parcialidade novamente. Não equivocada, nesse sentido, a definição de Direito Transnacional do Trabalho como um conjunto de normas de todo tipo que regulam as relações entre sujeitos desprovidos de *impe-rium* com transcendência supranacional<sup>16</sup>.

Na formação de um cenário normativo plural, têm participado vários elementos, cuja formação durou décadas em alguns casos. Tratarei de resumir na seção seguinte como se chegou ao Direito Transnacional do Trabalho.

## 2. DIACRONIA: OS FATOS

I. A globalização econômica. Em 1956, o professor da Universidade de Colúmbia, Philip Jessup, observa em sua obra *Direito Transnacional*<sup>17</sup> o forte surgimento de organizações privadas no cenário internacional, embora aparentemente continuasse a ser dominado pela ação estatal, como sugeria o Acordo de Yalta entre Estados Unidos, a União Soviética e o Reino Unido. Alertou Jessup a exuberância e dinamismo das organizações não governamentais internacionais (doravante ONGs), em número de 1.100, em comparação com as intergovernamentais, que alcaçaram apenas 140, um dado quantitativo certamente elementar, mas que também apontava para uma força e visão muito diferente. Por trás das ONGs, uma grande gama de empresas norte-americanas havia desembarcado em todos os continentes durante o pós-guerra para o sustento da ajuda à reconstrução e desenvolvimento, e tinha aprendido a manejar governo e instituições públicas em seu próprio benefício. O inter-nacional, sinônimo de inter-estatal, já não poderia mais descrever adequadamente o novo cenário, que definitivamente passava agora para mãos privadas. Os Estados continuaram a desempenhar um papel importante, mas a globalização que começava de forma contundente já não dependia apenas destes, mas também, em uma parte substancial, de entidades privadas dos mais variados tipos. Assim, Jessup propôs a denominação que fez sua fortuna, *Direito Transnacional*, para nomear um ordenamento que já não era mais exclusivamente público, mas também privado.

<sup>16</sup> Definição existente em meu livro *OJEDA AVILÉS*, 2013, p. 24; e na versão inglesa do livro, *OJEDA AVILÉS*, 2015, p. 6.

<sup>17</sup> JESSUP, 1956.

**A globalização digital agregou-se à econômica no impulso ao privado, e enquanto, por um lado, tenha remado no mesmo sentido da ação empresarial, levando-a a um maior controle dos trabalhadores, também potencializou, na direção oposta, a expansão das ações dos sindicatos e o apoio da opinião pública às reivindicações laborais.**

Da grande variedade de sujeitos privados que assumem o protagonismo global, as EMN's eram as mais numerosas e poderosas, de modo que alguns autores falavam de uma nova *Lex Mercatoria* semelhante à existente nos tempos medievais e modernos. Inicialmente eram apenas multinacionais norte-americanas, que desenvolveram um estilo agressivo para obter a maior vantagem possível dos Estados mais fracos, mesmo contra as diretrizes de seu próprio país<sup>18</sup>. Nos anos seguintes, a opinião pública tomou conhecimento dos excessos cometidos contra trabalhadores de países em desenvolvimento, mas também dos efeitos prejudiciais da competição agressiva, baseada no *dumping* social, nos empregos nos Estados Unidos. Não muito depois, as empresas multinacionais europeias, japonesas e coreanas, que usam as mesmas práticas antissociais de suas contrapartes norte-americanas, são incorporadas ao cenário internacional, e as críticas também recaem sobre elas<sup>19</sup>.

No surgimento da transnacionalidade na seara laboral, no entanto, tem importância não apenas a globalização inicial, que poderia ser chamada de “liberal” e que apenas se submetia à normas. Existem outros fatores que a impulsionam em nosso campo e lhe dão um caráter diferente. O DTT amadurece devido a outros fatores, dentre os quais a revolução digital e o impacto na opinião pública de grandes desastres industriais e violações de direitos humanos.

II. Globalização digital. No final dos anos 80, a eletrônica se tornou amplamente difundida nos países desenvolvidos. A globalização digital agregou-se à econômica no impulso ao privado, e enquanto, por um lado, tenha remado no mesmo sentido da ação empresarial, levando-a a um maior controle dos trabalhadores, também potencializou, na direção oposta, a expansão das ações dos sindicatos e o apoio da opinião pública às reivindicações laborais. Um exemplo paradigmático do segundo aspecto nos é apresentado pelo conflito que surgiu em 2007 entre a IBM Itália e seus trabalhadores na negociação de um convênio coletivo. A empresa eliminou o primeiro bônus de produtividade de seus 9.000 trabalhadores, o que equivaleria a uma perda de 1.000 euros por ano, e recusou-se a falar com representantes trabalhistas. Os sindicatos aproveitaram as ilhas virtuais criadas pela própria empresa

<sup>18</sup> OJEDA; COMPA, 2002, p. 217-250.

<sup>19</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, 2010; COMPA; FEINSTEIN, 2012; COMPA, 2013; KALEK; SAAGE-MAAß, 2008.

**A economia 4.0, que hoje nasce, centraliza a atividade econômica em plataformas digitais, códigos e algoritmos de operação controlados por empresas, com uma opacidade que dificulta a ação de controle.**

no portal de internet *Second Life*, onde os escritórios e a atividade bancária foram recriados, para convocar uma manifestação virtual na frente deles. Organizados pela federação internacional UNI Global, 1800 ativistas de trinta países manifestaram-se como avatares vestindo camisas do sindicato, fazendo a empresa assinar o acordo. Outro caso no continente americano também serviu para que a multinacional Russell Athletics, dedicada à venda de roupas esportivas que abastece muitas universidades norte-americanas com as iniciais de cada uma, respeitasse os direitos de liberdade de associação e negociação: em 2009, em sua fábrica em Honduras, os trabalhadores haviam tentado organizar um sindicato e negociar um acordo coletivo, ao que a multinacional respondeu despedindo os líderes, primeiro, e fechando a fábrica, depois. O governo hondurenho manteve uma atitude de submissão à multinacional<sup>20</sup>, e o sindicato local era muito fraco. As redes digitais, no entanto, provocaram um boicote universitário aos produtos da empresa em seu próprio país e, junto com a pesquisa de uma ONG chamada Consórcio dos Direitos dos Trabalhadores, conduziram a uma retirada maciça de clientes institucionais, que levaram a Russell Athletics a reabrir a fábrica, restabelecer seus trabalhadores e reconhecer o direito de sindicalização e negociação, e celebração de acordo coletivo<sup>21</sup>.

A revolução digital, porém, não parou por aí. A economia 4.0, que hoje nasce, centraliza a atividade econômica em plataformas digitais, códigos e algoritmos de operação controlados por empresas, com uma opacidade que dificulta a ação de controle. No entanto, as primeiras reações começam a surgir, tanto em plataformas de distribuição e transporte de passageiros quanto, por fim, na troca de títulos: o setor financeiro é talvez o universo mais enigmático das plataformas, com suas bolsas, regulamentadas ou não, e seus mercados, líquidos ou não. A este respeito, cabe mencionar não apenas as leis nacionais e internacionais – a última destas, a Diretiva MiFID

<sup>20</sup> A queixa de arrependimento enviada ao Departamento do Trabalho dos EUA em 26 de março de 2012, intitulado “Em relação ao fracasso do Governo de Honduras em aplicar efetivamente suas leis trabalhistas e cumprir seus compromissos sob a declaração do OIT sobre Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho”, contém uma lista de assassinatos de sindicalistas cometidos no período aproximado em que os eventos ocorreram em Russell, bem como uma longa exposição das violações cometidas por inúmeras empresas nos setores têxtil, agrícola e portuário. Como fio condutor, a denúncia insiste na passividade do governo, quando não na sua participação ativa nas violações.

<sup>21</sup> O investigador encarregado de elaborar o relatório foi o professor Adrián Goldin, da Universidade de Buenos Aires, que faz um histórico dos fatos em seu artigo (CARL, 2014). Ver também WEDENOJA, 2010; OJEDA, 2014, p. 269 ss.

II 2014/65, sobre transparência e outras exigências dos mercados de valores – mas também os acordos dos grandes bancos com seus comitês de empresa europeus, dos quais falarei mais tarde.

III. A repercussão mundial de importantes violações dos direitos humanos pelas EMN's também ajudou a limitar o poder destas, inicialmente devido à formação de uma opinião pública contrária, que colocou as marcas mais degradadas na prancha, forçando-as a mudar sua atitude. É na década de 80 que esse movimento de opinião pública começa, quando a exploração do trabalho é revelada pelos fornecedores da firma Nike, na Indonésia, e esta envia um auditor independente para preparar um relatório, que resulta muito crítico no tema referente à violação dos direitos básicos dos trabalhadores. A empresa se vê obrigada a elaborar um código de conduta, iniciando, assim, o caminho da responsabilidade social corporativa e do *compliance* ou verificação de conformidade<sup>22</sup>.

Também dos anos oitenta vieram os primeiros casos ambientais com repercussões laborais no nível transnacional. Talvez o primeiro seja o das empresas bananeiras na Costa Rica que usaram o pesticida DBCR fabricado pelas empresas Dow Chemical e Shell, que havia sido proibido nos Estados Unidos em 1977, mas que essas empresas continuaram exportando para outros países. Ao utilizar o DBCR sem qualquer proteção para fumigar os campos, 800 trabalhadores tornaram-se estéreis e defensores dos direitos ambientais contataram advogados especializados em demandas de danos por toxicidade, os quais em 1984 iniciaram um processo judicial perante os tribunais da sede da empresa, em Houston. Demorou anos para coletar provas<sup>23</sup>, o que levou a celebração de um acordo extrajudicial que compensou com US \$ 15.000 cada trabalhador.

O impacto de grandes desastres industriais também tem repercussão no progresso da resposta às EMN's no âmbito transnacional. A sua importância para o nosso tema muda com base no fato de ter havido efeito transnacional ou se, ao contrário, foi puramente local, de modo que a reação é muito diferente conforme falemos de Fukushima ou Chernobyl, ou de Seveso ou Dhaka.

<sup>22</sup> Para uma boa exposição da evolução do tema, por todos SANCHÍS, 2001, p. 181 ss.

<sup>23</sup> Os trabalhadores resistiram em expor suas vergonhas: Los trabajadores se resistían a exponer sus vergüenzas: “Eles me chamam de mula – um trabalhador esforçado, sem ovos. Outros homens me perguntam se podem servir minha esposa. Eu queria envelhecer com meus filhos. Eu quero morrer “foi o tipo de testemunhos nas aldeias. Vid. OJEDA; COMPA, 2002.

Em Seveso, perto de Milão, uma fábrica pertencente a uma subsidiária da multinacional suíça Hoffmann-La Roche fabricava como subproduto uma das dioxinas mais letais, TCDD, e, ao incendiar a fábrica, em 1976, lançou uma nuvem tóxica na atmosfera que, por sorte, não causou lesão física ou morte de cidadãos, embora 400 mulheres grávidas tenham sido submetidas a abortos preventivos e 80.000 animais tenham sido sacrificados. A Comunidade Europeia aprovou primeiro a Directiva 82/501 (“Seveso I”), e depois a 96/82 (“Seveso II”), e 2012/18 (“Seveso III”), em uma ação lenta, mas decisiva para controlar acidentes graves no transporte, armazenamento e produção de substâncias perigosas. No entanto, as reações dos sindicatos e outras organizações privadas, por qualquer motivo, foram fracas.

Algo diferente aconteceu no desastre em Bhopal, na Índia, onde 20.000 pessoas morreram e 500.000 mais foram envenenados em 1984 pela emissão de isocianato de metila em uma fábrica da multinacional norte-americana Union Carbide, um veneno que se alastrou durante a noite toda sobre a população indefesa. Como a empresa que detém a fábrica era uma subsidiária indiana, o governo e os tribunais do país conheceram a questão e condenaram à pequena compensação pelas mortes até então ocorridas, sem parar para pensar no grande número de óbitos que ocorreram depois. No entanto, a reação internacional se produziu, porquanto os tribunais norte-americanos receberam numerosas demandas de pessoas afetadas, que, no entanto, foram rejeitadas com base no princípio *forum non conveniens*, isto é, incompetência de jurisdição por existir outro tribunal competente, qual seja, o Supremo Tribunal da Índia. Mais tarde, em 2001, a Union Carbide desapareceu, absorvida pela Dow Chemical, que se negou, desde o início, a abordar o tema das indenizações<sup>24</sup>.

A resposta transnacional foi mais bem sucedida no desastre de 2013 do edifício Rana Plaza em Dhaka (Bangladesh), quando 1.100 trabalhadores têxteis morreram no incêndio e o colapso ocorreu devido à falta de medidas de segurança. O prédio abrigava empresas locais que fabricavam roupas para marcas internacionais. A reação imediata das entidades públicas e privadas internacionais foi um exemplo de ação conjunta que possibilitou alcançar um im-

<sup>24</sup> Vid. FRANCIS, 2014.

portante acordo, apesar da relutância dos poderes locais. Da OIT às federações sindicais internacionais Industrie All Global Union e Uni Global Union, passando por quatro importantes ONGs<sup>25</sup> e – o mais importante de tudo – cerca de cento e cinquenta EMN's têxteis que tinham fabricantes locais contratantes. As EMN's se comprometeram a financiar o custo do acordo, centrado na seleção, treinamento e ativação de um corpo de inspetores de fábrica de Bangladesh que realizariam visitas às instalações, elaborariam relatórios sobre possíveis deficiências e os tornariam públicos na imprensa. O acordo, obviamente, dependia das sanções das empresas multinacionais aos fornecedores locais, com resolução de contrato em caso de não cumprimento das indicações dos inspetores. Além disso, se estabelecia um procedimento de arbitragem, sob as regras da ONU para arbitragem comercial. Como se verá, o acordo não fala de indenização às vítimas, mas de inspeções fabris, apesar de a maioria das multinacionais norte-americanas se recusarem a assinar, alegando que já haviam assinado outro acordo anos antes<sup>26</sup> e que, em qualquer caso, estavam expostas a reivindicações perante os tribunais americanos, como veremos mais adiante. Das diversas novidades trazidas pelo acordo, se destaca o fato de que a iniciativa partira de uma das próprias multinacionais, a rede sueca H&M, com 255 fornecedores em Bangladesh. Em 2017, após a conclusão do acordo, foi assinada uma renovação entre as duas federações sindicais citadas e mais de uma centena de EMN's<sup>27</sup>.

O Acordo de Bangladesh apresenta vários novos cenários relacionados com o sistema de cadeia de fornecimento (*supply chains*) das EMN's localizadas em países em via de desenvolvimento. Estamos provavelmente diante do nascimento de uma nova Constituição social transnacional no sentido de Teubner, cuja evolução, ocorrida a golpes de acordeão, criará um novo espaço dentro do sistema de trabalho globalizado<sup>28</sup>. Em particular, permite-nos observar a resistência da le-

<sup>25</sup> Clean Clothes Campaign, Maquila Solidarity Network, International Labor Rights Forum, Workers Rights Consortium.

<sup>26</sup> Na cadeia de incêndios e mortes de trabalhadores têxteis de Bangladesh, as EMN's Walmart e GAP haviam defendido um compromisso pelo qual seriam realizadas inspeções aleatórias, cujo cumprimento (*compliance*) seria controlado pelas EMN's e sem obrigações financeiras para elas. Esse acordo não foi efetivo.

<sup>27</sup> Cf. IndustrieAll, "Signatories to de 2018 Accord", marzo 2018. En total van 123 EMNs firmantes. El nuevo Acuerdo se firmó en junio de 2017 y tiene una duración de tres años.

<sup>28</sup> TEUBNER, 2012, p. 81.

**Antes de tudo, é necessário destacar como o fenômeno do pluralismo dos sistemas regulatórios ocorre não apenas no nível transnacional, tendo sido, ao mesmo tempo, detectado em todo o país no que Perez Luño chamou transbordamento das fontes típicas do Direito.**

gislação nacional à possibilidade de aplicação de um acordo entre terceiros, que repercute no cômodo – e perigoso – discordar das empresas locais e as exponha ao encerramento. Quanto à implementação, o acordo inicial havia sofrido atrasos e descumprimento, perseguição de líderes sindicais locais e ataques à imprensa<sup>29</sup>, mas em 2017 houve também manifestações nas ruas reunindo<sup>30</sup> trabalhadores amedrontados pelas ameaças de fechamento, e finalmente a Suprema Corte de Bangladesh admitiu, no mesmo ano, o recurso de amparo de um líder sindical local e suspendeu a aplicação do acordo até maio de 2018, exigindo que as autoridades explicassem “por que a decisão de prorrogar o acordo sem a permissão do governo, dos proprietários e dos trabalhadores [de Bangladesh] poderia não ser considerada ilegal”<sup>31</sup>.

### **3. DEONTOLOGIA: UMA IDEIA DE CIVILIZAÇÃO E HUMANISMO**

Até aqui, temos assistido ao nascimento de um sistema jurídico transnacional em torno do trabalho e do equilíbrio progressivo que tem-se obtido entre os diferentes sujeitos intervenientes, partindo da situação de predominância absoluta das EMN's. Vale ressaltar, do exposto, a riqueza de instrumentos, sujeitos e ações que movimentam o acontecer diário do Direito Transnacional do Trabalho, um pluralismo sob cujo esplendor o protagonismo do público perde força. Chegou o momento de falarmos das Constituições sociais transfronteiriças.

#### **I. Identificação das Constituições Sociais Transfronteiriças.**

Antes de tudo, é necessário destacar como o fenômeno do pluralismo dos sistemas regulatórios ocorre não apenas no nível transnacional, tendo sido, ao mesmo tempo, detectado em todo o país no que Perez Luño chamou *transbordamento* das fontes típicas do

<sup>29</sup> Veja-se, por exemplo, os relatórios de setembro de 2015 e janeiro de 2016 das quatro ONG's citadas sobre o cumprimento de H&M, sob o título respectivamente de “Evaluation of H&M Compliance with Safety Action Plans for Strategic Suppliers in Bangladesh”, e “Ongoing Safety Delays at H&M Suppliers in Bangladesh”.

<sup>30</sup> A imprensa do país na língua inglesa havia circulado uma fotografia de manifestantes, na qual se lia: “This Aug 1 2017 file photo shows a procession of Jago Bangladesh Garments Shramic Federation against the closure of garment factories in the name of establishing safety by Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh and Alliance for Bangladesh Worker Safety”.

<sup>31</sup> Cf. Bdnews24.com – Bangladesh's First Internet Newspaper, “High Court halts new Bangladesh accord on garment factory fire, building safety”, 16 de outubro 2017.

Direito<sup>32</sup>. Continuar pretendendo que as fontes jurídicas são a lei, o costume e os princípios gerais de direito não resiste à mínima observação da realidade, mesmo quando queremos referir-nos às fontes de obrigações na lei, contrato e quase-contrato. A pirâmide kelseniana, na qual as Constituições nacionais são o ápice da juridicidade, também é questionada sob uma perspectiva moderna. Como Grossi indica, o Direito, embora suas manifestações mais marcantes sejam os atos legislativos solenes, pertence à sociedade e, portanto, à vida, expressa a sociedade mais do que o Estado; é o tecido invisível que ordena a nossa experiência cotidiana, viabilizando a coexistência pacífica das liberdades recíprocas. Isto emerge claramente hoje, acrescenta, quando em crise a própria estatalidade do Direito, seu ensimesmamento em um sistema de leis dos Estados, mas que agora descobrimos ser insuficiente para ordenar uma sociedade global como a presente, em que o Estado e os Estados figuram cada vez menos como produtores da Direito<sup>33</sup>. O transbordamento das fontes clássicas levou a uma evolução nos sistemas normativos nacionais, o que Pérez Luno descreve como hipertrofia legislativa (“poluição legal”), hipostenia ou déficit na eficácia das leis, e tendência a deslegalização normativa, que em seu conjunto implica um deslocamento do centro de gravidade das fontes, o que entende como um fenômeno de infraestatalidade normativa e pluralismo<sup>34</sup>.

Então, o que é estranho ao jurista tradicional – a importância das normas privadas – não é apenas o um enfraquecimento do panorama jurídico, mas uma necessidade e um avanço gnoseológico. Nas palavras de Teubner,

*el Derecho global (¡no inter-nacional!) es un orden legal en sentido propio que no debería ser medido conforme a los estándares de los sistemas legales nacionales. Más bien su característica peculiar como Ordenamiento plenamente maduro lo diferencia del Derecho tradicional de los Estados-nación<sup>35</sup>”.*

O receio de um esvaziamento do Direito imperativo por meio de um DTT desmedido já pertence a outros tempos, e o que ainda está

<sup>32</sup> PÉREZ LUÑO, 1993. Cito por esta obra. Cf. PÉREZ LUÑO, 2011.

<sup>33</sup> GROSSI, 2007, introducción, § 2.

<sup>34</sup> PÉREZ LUÑO, 1993, p. 79 e ss; A partir de outra perspectiva, mas com resultados similares, CÁRCOVA, 2006.

<sup>35</sup> TEUBNER, 1996, p. 2.

pendente é a legitimação democrática dos instrumentos prevalentes, nas mãos das empresas. Em outras palavras, na esfera transnacional, os regulamentos privados foram dotados de capacidade imperativa, enquanto, pelo contrário, as normas públicas sofrem um enfraquecimento gradual<sup>36</sup>; porque o enfoque, a partir da abordagem que temos visto, dando prioridade aos sujeitos privados na análise da ordem transnacional, nos mostra um panorama hierarquizado, no qual as EMN's têm um poder maior do que o que está nas leis ocidentais, e em muitos casos, abusam deste.

Agora, a unilateralidade da maioria das normas privadas transnacionais não pode ser responsabilizada por essa questão, que apenas contribui para um ligeiro desuso do público sem, é claro, ignorar sua incidência. Se o público é também o que os Estados criaram para os Estados, embora com uma projeção transnacional, é claro que as Convenções da OIT ou as declarações universais de organizações como a ONU não deixam de ser propostas para que os Estados legislem e apliquem seus princípios, pois, de pronto, espera-se que os Estados-Membros os ratifiquem e editem uma lei de transposição<sup>37</sup>.

Também não se deve esquecer que o público – das leis nacionais às convenções internacionais – presta apoio universal ao poder normativo das empresas e sua livre iniciativa com algumas restrições. Não perdemos de vista, finalmente, que diante da OIT como representante dos direitos dos trabalhadores – de composição tripartida, no entanto – existe a Organização Mundial do Comércio como garantidora da liberdade empresarial, e, enquanto a primeira atua por meio de Convenções que, por várias razões, poderiam ser descritas como *soft law*, a segunda *tem dentes*, como já mencionado.

Dito isso, o fato de que a gama de instrumentos privados que a perspectiva transnacional coloca sob os holofotes está evoluindo para um jogo de maiores equilíbrios levanta a questão de para onde o fenômeno genérico da globalização é orientado. A constante des-construção do Direito, como diria Derrida, ou melhor ainda, a permanente autopoiese dos sistemas globais, como Luhmann

<sup>36</sup> Para Teubner, hoje as regras do mundo dos Estados tornam-se *soft laws* enquanto as ordenações privadas das EMN's chegam ao nível de *hard law*, porque têm sanções efetivas e são vinculantes: TEUBNER, 2012, p. 31.

<sup>37</sup> Embora os países que seguem o modelo francês, de aplicação direta dos acordos ratificados, sejam vários na América Latina.

ou Teubner afirmam, deixou para trás um universo decididamente autoritário para dar lugar a uma progressiva democratização dos múltiplos sistemas transnacionais, que atinge inclusive a *Lex Mercatoria*.

Em relação ao Direito Transnacional do Trabalho, as seguintes características específicas podem ser detectadas neste mundo globalizado:

- Primeiramente, o DTT forma um sistema jurídico próprio que, como todos os sistemas, de acordo com as categorizações de Luhmann, se move em torno de uma comunicação estável entre os sujeitos em torno do conceito de *trabalho*.
- É claro que dentro deste sistema é possível distinguir várias constituições sociais, desde a da OIT a dos códigos de conduta das EMN's<sup>38</sup>. As várias condições intra-sistêmicas se encontram em um *desequilíbrio dinâmico* permanente, segundo Streek e Polanyi, com ondas cíclicas claramente visíveis nas convenções da OIT e seus processos de fissão e fusão, adiamento e reavaliação ao longo do tempo.
- Existe, apesar da relativa autonomia das múltiplas constituições internas, uma comunicação comum entre todas e um conjunto de limites e referências bem conhecidos no momento presente. Por último,
- Atualmente, o sistema autopoietico próximo e com o qual se discute espaços normativos é o da *Lex Mercatoria*, que se recusa a ceder um de seus feudos tradicionais: a organização do trabalho nas empresas; e tenta manter o domínio que até agora exercia de seus parceiros do FMI, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio e – em segundo plano – as normas da União Européia – o Mercado Comum – ou os Tratados do Mercosul, Nafta ou APEC<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Contra o conceito formal ou kelseniano de Constituição, hoje são usados até quatro critérios (funcional, epistemológico, processual e estrutural): TEUBNER, 2012, p. 71. Neste sentido, HART, 2001, p. 97 ss., defende a existência de uma regra de reconhecimento social, de existência empírica, raramente estabelecida expressamente, próxima das teorias do Volkgeist. Kelsen, 1960, p. 197, modificou seu conceito de Constituição e passou a considerá-lo como uma norma meramente concebida, que não faz parte do sistema jurídico, o que parece uma contradição com a sua teoria pura do direito, de acordo com PÉREZ LUÑO, 2011, p. 22-23.

<sup>39</sup> As diferenças entre os dois sistemas não são apenas de sujeitos e normas, mas também de racionalidades. A coordenação destes como um problema de constitucionalidade global, em KJAER, 2011.

## II. Direitos fundamentais como conteúdo substancial do Direito Transnacional do Trabalho

Mesmo que um sistema transnacional não tenha necessariamente que regular os direitos humanos, apesar da aparente contradição da afirmação ao se referir a conceitos universais como estes e aqueles, no nosso caso, o DTT os considera como conteúdo característico, pelo menos desde algumas décadas. Não é demais recordar que várias das oito convenções fundamentais da OIT se referem à proibição do trabalho escravo ou à igualdade de género no trabalho, bem como à liberdade sindical. E ainda mais importante do que isso, os códigos de conduta das empresas multinacionais evoluíram rapidamente e suas seções sobre o respeito pelos direitos fundamentais e ambientais estão sujeitas a procedimentos de *compliance*, deixando para trás as auditorias parciais, com resultados que chegam a pôr em xeque a própria empresa contratante. Talvez o caso mais indicativo da evolução a este respeito tenha sido o da firma Nestlé em 2016, que, em um procedimento de *compliance*, detectou trabalho escravo em suas cadeias de fornecedores na Tailândia (produtos alimentícios), enquanto ao mesmo tempo foi denunciada perante os tribunais por trabalho infantil em suas plantações de cacau na Costa do Marfim. Diferente do que aconteceu no caso Russell Athletics que vimos, onde um primeiro relatório não viu sinais de violações de direitos humanos na fábrica de Honduras, neste caso a multinacional suíça não só adotou todos os meios para uma investigação séria, como também deu publicidade à mídia e provavelmente fará todo o possível para que as fábricas de fornecedores tailandesas corrijam essas práticas<sup>40</sup>.

No entanto, os direitos humanos precisam de um positivação legal, pois, para além das situações limites que provocam protestos da opinião pública mundial, na prática, o tipo de rol de direitos lançados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ou, ainda mais clara, os direitos humanos das declarações universais podem ser muito ambíguos e possíveis violações são confrontados com a livre iniciativa e outros poderes legais ou factuais, sem resultados claros, para não dizer decepcionantes. A série de sentenças do Tribunal de

<sup>40</sup> O *compliance* foi feito por uma empresa dedicada a essas questões, a norte-americana Verité, que no ano passado realizou outra pesquisa na empresa têxtil californiana Patagonia. Observe a legislação que surgiu em vários países sobre as cadeias de fornecimento transnacionais, sobre as quais falarei abaixo. No caso da Nestlé, vid. por exemplo, KELLY A., 2016.

Justiça Europeu sobre grupos de direitos fundamentais, como a organização, a negociação colectiva e à ação coletiva publicada na segunda metade da década de 2010 (Viking, Laval, Rüffert etc.) enfrentou precisamente esses direitos perante as *liberdades União*, em especial a livre circulação de serviços e liberdade de estabelecimento de empresas, ao passo que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, muito mais sensível a estes princípios que o anterior, chegou a se pronunciar a favor do *uso proporcional da força* frente ao direito à vida de quem mais tarde provou ser inocente, com base na convicção moral da polícia sobre o acerto de um disparo mortal<sup>41</sup>.

Os casos acima parecem confirmar a posição da melhor doutrina em sua defesa no sentido de que não basta apenas a validade universal dos direitos humanos, o direito das gentes de que fala Scellé, ou que a afirmação retumbante de Cícero que *omnium gentium consensus lex naturae putanda est*<sup>42</sup>. Para Teubner, seguindo Renner, somente a prática decisória de regimes transnacionais – sentenças ou laudos arbitrais – pode validamente criar direitos fundamentais dentro de suas fronteiras, para efeitos de positivação jurídica<sup>43</sup>. Mas, embora não seja possível unificar e consolidar, a partir da pura deontologia, o universo dos direitos fundamentais, tampouco podemos transformar sua prática no resultado das doutrinas judiciais e coleção de laudos. Não podemos nos limitar ao que Hurrell chama de *Common Law Transaccional*, como um Direito surgido dos casos (processuais)<sup>44</sup>, e isto porque existem outras fontes de positivação como o costume internacional, que deriva não só das causas decididas pelos juízes ou árbitros, mas das soluções consensuais para evitar o litígio; e como as fontes derivadas de organismos como comitê de empresa europeu, os convênios entre sujeitos coletivos globais, os

<sup>41</sup> No caso do brasileiro De Menezes, morto em 2005 no metrô de Londres pela polícia, que lhe deu um tiro na cabeça ao confundir-lo com um terrorista islâmico, a sentença da Corte Européia de Direitos Humanos da Silva v. Reino Unido de 30 de março de 2016 (recurso 5878/08) confrontou o direito à vida com o princípio do uso proporcional da força, em um sentido favorável a este último, com base na convicção subjetiva daqueles que atiraram nele que ele estava indo para ativar uma bomba que estava escondida. Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, 2018, p. 48 ss.

<sup>42</sup> CICERÓN, *Tusculanae disputationes* I,1,30. LLANO ALONSO, 2017, p. 27 e 137 ss.

<sup>43</sup> RENNER, 2011, que parte de um estudo aprofundado dos laudos em conflitos comerciais TEUBNER G., 2012, p. 146, alude a sentenças arbitrais e decisões judiciais, inclusive nacionais, sobre casos transnacionais, mas trata-se apenas de um parecer semelhante aos tribunais institucionais de arbitragem de órgãos como a Organização Mundial do Comércio, o Tribunal Arbitral Internacional ou órgãos mais específicos, como ICANN ou ICSD.

<sup>44</sup> HURRELL, 2007.

acordos dos chamados tribunais de opinião, ou mesmo as soluções fornecidas por desastres anteriores. De isto falarei em breve.

Já temos uma certa ideia do que é, como evolui e para onde caminha o DTT. Vou agora me debruçar sobre dois aspectos que lhe dão um perfil peculiar: os sujeitos intervenientes e a origem de seu caráter imperativo.

#### 4. OS PROTAGONISTAS

Deixemos de lado aqueles que poderíamos chamar de atores secundários – os internacionais – do DTT e dos quais nos interessam mais suas sentenças, leis ou atos com repercussão ao nível global. Os protagonistas do sistema global de trabalho não são as leis nacionais, nem mesmo as organizações internacionais formadas pelos Estados, mas os sujeitos privados que veremos a seguir. Na intersecção de um com outros, a estrutura da OIT levanta a questão de saber se, sendo formado por membros representantes dos Estados, sindicatos e associações empresariais, poderia ser considerada protagonista, mais do que auxiliar no DTT. A resposta da-nos o fato de que nos interessa a sua atividade, suas convenções e recomendações, bem como suas ações de mediação e formação realizadas em todo o mundo, mas não esta como uma organização. Em termos práticos, há um fato revelador: a única vez que vimos aparecer OIT nos casos que temos vindo a descrever, tão importantes na evolução do DTT, foi por ocasião do desastre em Bangladesh, no qual as multinacionais e sindicatos globais signatários do Acordo de 2013 a nomearam como presidente da comissão diretiva da sua aplicação. Para o resto, a OIT não foi considerada.

I. Os principais protagonistas do sistema global de trabalho são as empresas multinacionais, incluindo neles, em sentido amplo, as ONG's, associações de todos os tipos e organismos públicos internacionais, ali, onde encontramos conotação transnacional ou *elemento estranho*<sup>45</sup>. De sua atuação, cabe ressaltar o predomínio de seus códigos de conduta, que paulatinamente passaram de quase inteiramente ditados pela própria empresa e propagados para a regulação do comportamento dos empregados, para um novo tipo de códigos acordados com representantes transnacionais dos trabalhadores, quer sejam

<sup>45</sup> Por exemplo, voluntários da Oxfam, Médicos Sem Fronteiras ou ACNUR têm cometido alguns abusos com trabalhadores e a população local dos países que foram recentemente visitados.

**É hora, portanto, de uma apreciação conjunta da matriz-controladora nas suas relações com os fabricantes locais que lhes fornecem produtos, a chamada cadeia de suprimentos (*supply chain*), para se analisar o grau de envolvimento da multinacional com a produção da subsidiária local.**

sindicatos globais e ou comitê de empresa europeu, e contemplar com algum detalhe o respeito aos direitos trabalhistas fundamentais proclamados pelas Declarações e Convenções em vigor. Nesse sentido, se distinguem três classes de responsabilidade social corporativa: a autorregulada, negociada e heterorregulada, sendo o exemplo mais recente das últimas, as normas ISO 26000 e 26001<sup>46</sup>.

Do comportamento trabalhista das EMNs, se relatam as seguintes novidades:

a) Desde a estratégia habitual de produção até recentemente, quando as empresas transnacionais fabricavam produtos em outros países, mas sob seu próprio nome, a atuação passou a ser feita por meio de subcontratação de empresas locais, mesmo que sob a supervisão da matriz. Provavelmente, a evolução teve a ver com a relutância dos tribunais em enfrentar casos que ocorreram em outras partes do mundo e por empresas que não eram as demandadas, mas suas filiais. Então, lembre-se do caso de Bhopal, quando os tribunais americanos rejeitaram sua competência por pentencer a fábrica incendiada a uma filial da Union Carbide, ou caso apartheid sobre as filiais de IBM e Ford, que forneceram ao governo racista da África do Sul equipamentos de informática e veículos para a repressão laboral e social, ainda não resolvida pelo motivo indicado<sup>47</sup>. É hora, portanto, de uma apreciação conjunta da matriz-controladora nas suas relações com os fabricantes locais que lhes fornecem produtos, a chamada cadeia de suprimentos (*supply chain*), para se analisar o grau de envolvimento da multinacional com a produção da subsidiária local. As MNEs gradualmente conectam seu poder de decisão ao longo de toda a cadeia com sua responsabilidade pela atuação das fábricas no cumprimento de compromissos, sendo um modelo deste o acordo da Ikea com o sindicato global de madeira ICM<sup>48</sup>. E, paulatinamente, com isso, surgem leis nacionais que exigem responsabilidade da empresa matriz pelos atos das subsidiárias. É um exemplo

<sup>46</sup> Sobre os padrões ISO de responsabilidade social, LANDA ZAPIRAIN, 2011, p. 147 s; sobre acordos marcos globais, BAYLOS GRAU, 2011, p. 199 ss; sobre os códigos unilaterais, SIERRA HERNÁNIZ, 2011, p. 222 ss.

<sup>47</sup> No caso Bhopal, veja acima. No caso Ntsebeza e Khulumani (“Apartheid case”), começou em 2003 perante um tribunal de Nova York, que admitiu apenas os processos contra empresas norte-americanas, mas em 2014 declarou sua inadmissibilidade porque os réus eram subsidiárias locais das empresas americanas, embora pudessem continuar apelar para o tribunal superior. Às empresas são atribuídos crimes de genocídio, trabalho forçado, tortura, discriminação racial, violência sexual e outros crimes: sentença de 29 de novembro de 2004, Lungisile Ntsebeza et al. v. Citigroup, Inc. e outros, Tribunal Distrital dos Estados Unidos Distrito Sul de Nova York, caso 1499 (JES).

<sup>48</sup> HELLMANN, 2007, p. 23 ss.

disto a Lei de 2010 da Califórnia sobre a transparência nas cadeias de fornecimento, e esta, como outras americanas e britânicas, exige que as EMNs publiquem relatórios anuais sobre as suas medidas para prevenir o trabalho escravo nos seus fornecedores de qualquer país.

b) Relacionado com o anterior se encontra a questão de saber se os relatórios de organizações dedicadas a monitorar a conformidade com os direitos fundamentais em cadeias de produção pode ser considerado fonte jurídica para os sistemas sociais de trabalho. Destacam-se entre essas organizações as empresas independentes de auditoria, mas também ONGs que lutam pelos direitos humanos, como o Grupo de Apoio Khulumani, Unseen UK, Ropa Limpia, Freedom Found e tantos outros. Entendo que, por si só, a ação de denunciar ou apoiar uma decisão ou acordo não cria a própria decisão ou acordo, razão pela qual a resposta deve ser negativa em geral, embora a classificação possa mudar quando a ação se verifica em um juízo com relevância social, como, talvez, sejam os ditames dos chamados “tribunais de opinião” como o Tribunal Permanente dos Povos, o Tribunal Internacional de Liberdade Sindical ou o Tribunal Internacional Independente contra o Trabalho Infantil<sup>49</sup>. Infelizmente a relevância de tais julgamentos depende de seu conhecimento pela opinião pública por meio de sua difusão pela mídia de nível transnacional.

II. As organizações sindicais globais e, em primeiro lugar, as Federações Globais filiadas à Confederação Sindical Internacional<sup>50</sup>, repartem sua atividade entre a negociação coletiva, o conflito coletivo e a coordenação de outros órgãos vinculados à representação dos trabalhadores. Já vimos vários deles nas linhas anteriores, por exemplo, no Acordo de Bangladesh. Também foram firmados Acordos Marcos Globais com várias empresas multinacionais, apesar da inibição da Organização Internacional de Empregadores da negociação coletiva, que deixa seus membros nacionais, subtrai um importante campo de atividade. A conexão oferecida pelos sindicatos globais entre seus afiliados nacionais é especialmente importante no momento de coordenar uma ação conflitiva, seja para fazer cessar uma atitude de uma EMN, seja para levá-la à mesa de negociações. Nesse sentido, a medida de ação

<sup>49</sup> Por exemplo, Tribunal Permanente dos Povos, Parecer sobre a União Fenosa, Águas de Barcelona, Canal Isabel II, Endesa, Telefónica e Aviatour TQ3, Bogotá 8 a 10 de março de 2008. Sobre os tribunais de opinião, cfr. MERINO SEGOVIA, 2011, p. 174 ss.

<sup>50</sup> Embora inicialmente houvesse onze Federações Globais, em 2012 FITIM, ICEM e ITGLWF foram fundidos em um, IndustriAll.

preferida pelos sindicatos em nível transnacional, o boicote, encontra nessas organizações o protagonista ideal, embora não seja o único.

Assim foi o caso do boicote à companhia finlandesa de balsas Viking Line em 2007<sup>51</sup>, porque a empresa queria mudar uma planta fabril de seus navios, que era deficitária, para a Estônia e, aí, negociar um novo acordo com salários, mais baixos. A Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes (ITTF) lançou um boicote ordenando que os sindicatos afiliados não negociassem um acordo com a Viking, e este demandou perante o tribunal do domicílio da ITTF. O tribunal, por sua vez, levantou uma questão prejudicial perante o TJE para saber se o boicote restringia a liberdade de estabelecimento da empresa. A decisão do TJE pode ser considerada salomônica e ambígua: o boicote poderia ser justificado desde que se demonstrasse apropriado ao objetivo perseguido e não fosse além do necessário para alcançá-lo.

III. Um forte alívio transnacional assume gradualmente os comitês de empresa europeu, à medida que admitem em seu seio representações de subsidiárias de todo o mundo, e não apenas da Europa. Ao assinar acordos com o respectivo grupo empresarial – quando não se limitam a proclamar respeito aos direitos fundamentais – passam a competir como sujeitos transnacionais de primeira ordem. Exemplos disso são o acordo de 2017 entre o grande banco italiano UniCredit e seu comitê de empresa europeu sobre a conciliação da vida profissional e familiar, uma questão importante no trabalho de consultores, assessores e empregados do setor financeiro em geral, no qual o *smart working* está esfumando as fronteiras entre o trabalho de escritório e o descanso doméstico; ou o acordo de 2011 entre a multinacional ENEL e seu comitê de empresa europeu, que culminou dois anos depois em um acordo com as federações sindicais globais<sup>52</sup>. Em alguns casos, o comitê de empresa europeu mantém uma demanda judicial internacional, apesar da passividade dos comitês e sindicatos nacionais, como foi o caso do fechamento conflituoso da fábrica da multinacional americana Visteon em Cádiz em 2011 e a ação movida perante um tribunal de Colônia pelo comitê de empresa europeu<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Sentença TJE de 11 de dezembro de 2007, International Transport Workers' Federation y Finish Seamen's Union c. Viking Line y OÜ Viking Line Eesti C-438/05

<sup>52</sup> BANO; VALENTI, 2015, p. 181 ss.

<sup>53</sup> O processo foi afetado pela transferência da sede da empresa para Londres, e a compra e liquidação da empresa pela Ford, que fechou a última fábrica em Plymouth em 2014.

**Há uma seção difusa de novos protagonistas que poderíamos incluir sob o conceito de representantes da opinião pública transnacional, cuja importância não podemos desprezar porque já demonstraram força quando enfrentaram um dos tesouros mais preciosos das EMNs: a imagem ou reputação corporativa.**

IV. Há uma seção difusa de novos protagonistas que poderíamos incluir sob o conceito de representantes da opinião pública transnacional, cuja importância não podemos desprezar porque já demonstraram força quando enfrentaram um dos tesouros mais preciosos das EMNs: a imagem ou reputação corporativa. Estas são as redes e plataformas digitais, em primeiro lugar, mas também organizações não-governamentais especializadas em direitos dos trabalhadores ou direitos humanos, acompanhadas por escritórios de advocacia com a mesma especialização e, no sentido já indicado, escritórios de conformidade (*compliance*), quando autenticamente independente. Desempenham, de costume, um papel auxiliar, em apoio aos afetados e suas organizações, mas nada impede que, por fim, assumam a direção do conflito, ou, mais dificilmente, da negociação.

A transnacionalidade requer um longo alcance, uma capacidade de transpassar os limites da opinião local, razão pela qual não basta batizar o projeto com nomes pomposos ou solenes, porque o necessário é que adquira repercussão global. Durkheim expressa bem, embora por uma denominação estranha, quando ele diz que a “cólera pública” pode ser uma fonte de Direito<sup>54</sup>. E essa fonte de Direito explode e cria normas jurídicas na ocasião de eventos globais. Em primeiro lugar, em situações como as definidas por Luhmann como o paradoxo de nosso tempo, pois ocorre, com certa frequência, que não é a norma global ou internacional que faz surgir um direito, se não, precisamente ao contrário, é a violação de um direito – visto assim pela opinião pública – que provoca a indignação que leva ao nascimento da norma<sup>55</sup>. Não só atua no âmbito da criação jurídica, em outros casos, intervém na aplicação da norma, fazendo recuar a EMN em seu comportamento, sob pena de sanção social. Por exemplo, a maioria das universidades norte-americanas e canadenses assinou um acordo especial em 2000 para o cumprimento de um código de conduta laboral, a partir do qual se exigiria das marcas fornecedoras de roupas esportivas com logotipos universitários<sup>56</sup>, e já vimos antes como a multinacional Russell Atletismo precisou retratar-se pelo fechamento de sua fábrica em

<sup>54</sup> DURKHEIM, 1999, p. 99 ss.

<sup>55</sup> LUHMANN, 1995, p. 581; VERSCHRAEGEN, 2006, p. 223 ss.; TEUBNER, 1995, p. 144.

<sup>56</sup> Vid. Collegiate Licensing Corporation, *Special Agreement regarding Labor Codes of Conduct*, revisado em 2008.

Honduras como resultado da condenação social recebida. Às vezes, a raiva social é tão intensa e súbita que acaba com a multinacional antes que possa se corrigir<sup>57</sup>.

## 5. A EXIGIBILIDADE

O Direito não precisa ser em toda a sua extensão imperativo, e já vimos como, em um nível internacional, a maioria das normas tem um caráter dispositivo ou de *soft law*, se parmos de mentir que normalmente a obrigação de cumprimento intraestatal depende de algo tão inconsistente como a ratificação ou não pelo Estado, além de sua transposição por regra interna em muitos casos. Aqui, no entanto, falamos de exigibilidade, uma qualidade que acompanha a imperatividade das normas públicas, mas que no âmbito global tem maior alcance, porque reportamo-nos também às normas privadas e como fazê-las cumprir. Em outras palavras, a cólera pública que vimos acima, ou o boicote sindical, sem mencionar o desinvestimento empresarial como uma medida de pressão, não é compreendida como uma maneira de aplicar uma norma imperativa, cuja execução tenha sido reconhecida como o canal processual apropriado, embora nada impeça sua utilização, quando, por exemplo, os tribunais tardam excessivamente em julgar<sup>58</sup>. Formam, nas palavras de

<sup>57</sup> No momento em que escrevo estas linhas, o escritório de advocacia panamenho Mosack Fonseca, que se dedicava à lavagem de dinheiro de vários países, anunciou seu fechamento quando a imprensa internacional começou a publicar listas de clientes bem conhecidos e suas operações (os “papers of Panamá”), levando o resto a abandoná-lo apressadamente e em unísono. Duas forças convergentes, a imprensa internacional e a conseqüente indignação pública que persuade os clientes a evitar sua aparição como fraudadores, podem ser encontradas nesta ação.

<sup>58</sup> Embora também caiba o contrário: bloquear a ação transnacional com uma ação judicial: no caso do conflito em 2008 entre a British Airways (BA) e sindicato dos pilotos BALPA, por exemplo, em razão da intenção de BA de criar uma linha de baixo custo Paris-Londres, foi a ação judicial que enfraqueceu a greve votada principalmente pelo grupo de pilotos. O fato de que poucos meses antes a sentença TJE Viking e Laval tinha implementado os requisitos da efetividade e proporcionalidade dos meios de ação sindical, levou a União BALPA a desconvocar a greve, diante da ameaça da BA de obter uma liminar para suspender a ação sindical por meses ou anos até que pudesse ser determinado se cumpria esses requisitos, assumindo que a empresa iria recorrer da sentença se contrárias aos seus interesses e, se necessário, solicitaria que o tribunal de recurso lhe desse a palavra perante o TJE. Veja EWING; HENDY, 2010. p. 2 ss.; RASNIC, 2013, p. 353 ss. Outros casos de ação judicial para aplicação da doutrina do Tribunal de Justiça, por exemplo, a condenação pelo Tribunal de Estocolmo dos sindicatos suecos a pagar uma indenização por danos e prejuízos, como resultado do caso Laval, em Bernitz U. e N. REICH, “Case No. A 268/04, The Labour Court, Sweden (Arbetsdomstolen) Judgment No. 89/09 of 2 December 2009, Laval un Partneri Ltd. V. Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al”, Common Market Law Review 48 (2011), 603 ss; MALMBERG, 2012, p. 5 ss.; SCIARRA, 2010, p. 25; OJEDA AVILÉS, 2012, p. 16 ss.

Renner<sup>59</sup>, a *praxis* decisional dos regimes transnacionais, suas vias de positivação e cumprimento das regras por estes estabelecidas, se somam às que lhes são por vezes fornecidos por sujeitos públicos. Malmberg distingue, com acerto, três tipos de exigibilidade nas normas laborais: por ação sindical, por ação judicial e por ação administrativa<sup>60</sup>. Vamos ver em detalhes de cada um delas.

I. A ação sindical foi vista no caso Viking, quando a Federação Internacional de Transporte lançou um boicote global de negociação coletiva contra dita EMN, embora tanto neste como em outros casos o sindicato global intervenha a pedido de um sindicato local, e raramente tomando a iniciativa. Isso tem a ver com o receio dos sindicatos locais de perder seus espaços de negociação e luta, e o fato de que a globalização liberal trouxe consigo uma carga importante de competitividade comercial que não deixou de afetar o movimento sindical. A ação transnacional surge, no entanto, em casos como os da greve de solidariedade em razão do fechamento sem aviso prévio da fábrica da Renault em Vilvoorde (Bruxelas), e também orientando e coordenando tanto as ações de conflito quanto as de negociação. Pense no Acordo de Bangladesh de 2013, quando são as EMNs que tomam a iniciativa de financiar um corpo elucidativo de inspetores de fábricas locais e se deparam com a quase inexistência de sindicatos, manipulados pelos fabricantes e perseguidos pela polícia: apenas a presença do sindicatos globais permitiu a assinatura e implementação de um compromisso tão importante, com o apoio de várias ONGs.

Em outros casos, a ação de solidariedade, que geralmente é o boicote, não vem dos sindicatos globais, nem sequer dos locais, mas das redes ou organizações sociais, ou mesmo da solidariedade espontânea dos trabalhadores de outros países, sem se esquecer dos comitê de empresa europeu, que já assinaram um número significativo de declarações bilaterais de responsabilidade social corporativa de suas respectivas EMNs e as acompanham. Por este motivo, talvez seja melhor aludir a uma atividade representativa a este nível com o nome de ação *coletiva* transnacional.

É mencionado como um dos mais antigos boicotes transnacionais o lançado contra o cargueiro Jade em 1997, por causa das demissões

<sup>59</sup> RENNER M., *Zwingendes transnacionales Recht*, cit.

<sup>60</sup> MALMBERG, 2003, p. 63 ss.

**Muitas indenizações às vítimas de conduta comercial irresponsável foram acordadas e permaneceram suspensas no tempo, mas também a exigibilidade dos acordos globais deixa muito a desejar.**

em massa para a adaptação do porto de Liverpool e da solidariedade de algumas centenas de portos em todo o mundo com os demitidos. O Jade havia estocado carga em um porto britânico muito conectado a Liverpool, e quando chegou em Oakland, Califórnia, deparou-se com uma linha de piquetes formada por sindicalistas que se comunicaram por e-mail, universitários de associações estudantis de apoio aos direitos laborais e membros de partidos políticos simpatizantes da causa. Durante três dias, os estivadores de Oakland deixaram o navio no cais. Depois disso, o Jade partiu para Vancouver, Canadá, com a mesma ação dos piquetes, e de lá partiu para Yokohama, onde os estivadores japoneses se recusaram igualmente a trabalhar, como também aconteceu em Kobe. Em outros casos, o conflito leva a uma solução inesperada: a transferência dos armadores argentinos para o Paraguai para pagar salários menores devido à ausência de sindicatos terminou em 2011 com um estranho “piquete fluvial” de vários dias que bloqueou o tráfego de carga pelo Paraná, e depois com a criação de um sindicato de marinheiros paraguaios, que depois de algumas tensões alcançou a assinatura de um convênio.

O problema dessas ações coletivas reside na aplicação dos compromissos assumidos quando o caso chega a uma solução consensual. Muitas indenizações às vítimas de conduta comercial irresponsável foram acordadas e permaneceram suspensas no tempo, mas também a exigibilidade dos acordos globais deixa muito a desejar. Assim vemos os acordos sobre vários assuntos assinados pela Confederação Europeia dos Sindicatos com o seu homólogo *BusinessEurope*, alguns dos quais foram apoiados por diretivas<sup>61</sup>, mas não outros<sup>62</sup>, e entre ambos se percebe um importante vão no grau de aplicabilidade.

**II.** A ação administrativa global pode vir de organizações internacionais ou organismos estatais, e, ainda que não tenham a visibilidade dos outros dois que agora olhamos, merece o respeito do observador, porque presta papel de apoio no assessoramento quanto à padrões laborais e na redação de textos internacionais que dão

<sup>61</sup> Entre outros, acordos sobre a jornada dos marítimos, dos ferroviários e da tripulação de cabina, respectivamente reforçados pelas Directivas 1999/63, 2000/79 e 2005/47.

<sup>62</sup> Embora o acordo sobre o tempo de trabalho nos transportes rodoviários não tenha sido acompanhado por uma directiva devido à falha das negociações entre a Comissão e as partes signatárias (artigo 154.º do TFUE), e outros acordos os signatários não solicitaram o procedimento estabelecido no Artigo 155.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da UE

visibilidade ao pilar social da globalização. O apoio financeiro e de todo o tipo, por exemplo, ao Tribunal Arbitral de Haia, por parte da ONU, permite que os laudos para a resolução de conflitos trabalhistas e outros possam ser emitidos. Na Espanha teve uma enorme repercussão o relatório em 1977 de uma comissão nomeada pela OIT sobre o sindicalismo corporativo da ditadura, o qual iniciou a evolução até o reconhecimento da liberdade sindical. Para não mencionar os dois comitês de monitoramento e fiscalização das convenções da OIT, o CLS e o CEACR, ambos financiados e apoiados pelo primeiro. Por sua parte, as regras da União Europeia muitas vezes mencionam a colaboração das autoridades administrativas estatais como um dos instrumentos para a transposição das diretivas, embora apenas a diretiva relativa às demissões coletivas requer intervenção administrativa no procedimento estabelecido<sup>63</sup>. Mais duvidosa é a questão sobre se o princípio da efetividade judicial das regras comunitárias, expressa a partir da sentença TJE 14/83 *von Colson* em numerosas sentenças, na verdade, obriga todos os poderes do Estado, e não apenas à Justiça, a tomar as medidas necessárias para o cumprimento real do Direito da União<sup>64</sup>. As medidas devem ser “eficazes, proporcionais e dissuasivas”, o que inclui também os atos administrativos, como proclamado nos casos *Francovich e outros*<sup>65</sup> e *Dillenkofer e outros*<sup>66</sup> ao se reconhecer a responsabilidade do Estado na transposição das diretivas, ou como se extrai da alusão a “*sanções efetivas*” em casos de discriminação<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Os empresários devem informar as autoridades administrativas para que possam encontrar e propor soluções ou mediar entre as partes. LAULOM, 2003, p. 124-125, considera que o papel administrativo no processo de reestruturação da empresa não está bem definido, e deixa grande liberdade de regulação aos Estados membros.

<sup>64</sup> O princípio já havia sido um avanço em relação aos requisitos mínimos estabelecidos no Comet 45/76 e no Rewe 33/76. Uma enumeração de sentenças, inicialmente referida no artigo 6 da Directiva sobre Igualdade de Tratamento, em MALMBERG, 2003, p. 51 ss., que mostra o salto qualitativo do princípio em Johnston 222/84, com o seu reconhecimento como um princípio geral do Direito baseado nos artigos 6 e 13 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, com extensões como o caso Factortame 213 / 89 (injunção contra a Coroa) e Francovich 6/90 (responsabilidade extracontratual), e um retorno ao minimalismo com Steenhorst-Neerings 338/91 e novamente um possível avanço em Draehmpaehl 180/95, Coote 185/97, Mangorrian 246/96 ou Levez 326/96.

<sup>65</sup> Casos reunidos 6/90 y 9/90.

<sup>66</sup> Casos reunidos 178, 179, 188, 189 y 194/94: considera o Estado responsável pela falta de efetividade de uma Diretiva.

<sup>67</sup> Diretiva Marco sobre a Igualdade no Emprego 2000/78 / CE, artigo 17º: “Sanções. Os Estados-Membros estabelecerão o sistema de sanções aplicáveis em caso de descumprimento das disposições nacionais adoptadas em aplicação da presente Diretiva e tomarão todas as medidas necessárias para garantir o seu cumprimento. Estas sanções, que podem incluir indenizações à vítima, serão efetivas, proporcionadas e dissuasivas.”

**A ação judicial assume o papel principal no cumprimento dos instrumentos transnacionais, sejam eles códigos, pactos ou declarações, superando em muito as possibilidades de ação coletiva e administrativa.**

III. A ação judicial assume o papel principal no cumprimento dos instrumentos transnacionais, sejam eles códigos, pactos ou declarações, superando em muito as possibilidades de ação coletiva e administrativa. A surpresa vem quando notamos que não é a ação judicial internacional, dos tribunais criados *ex professo* ou permanente para a defesa dos direitos humanos e fundamentais, mas dos humildes tribunais locais, de onde vem a aplicação dos padrões laborais internacionais.

Com o desempenho dos tribunais criados por organismos públicos internacionais não podemos estar satisfeitos porque o seu âmbito de aplicação pessoal e material é limitado, uma vez que só aceitam denúncias de Estados contra Estados e crimes contra a humanidade (genocídio etc.), que, apesar de compreenderem em suas manifestações situações laborais extremas, como trabalho escravo ou infantil, tortura, desaparecimento forçado de trabalhadores ou execuções extrajudiciais de dirigentes sindicais, em temas mais sutis como a igualdade de gênero ou jornada exaustiva mostram grande fragilidade<sup>68</sup>. Do que acaba de ser dito escapa o Tribunal de Justiça Europeu, que, graças ao mecanismo da questão prejudicial, tem permitido o ajuizamento de numerosos casos laborais, inclusive de natureza comum – não relacionados com direitos humanos ou fundamentais – por violação de uma norma europeia. A sua execução, como se sabe, compete ao tribunal nacional que levantou a questão.

É na jurisdição universal dos tribunais nacionais que encontramos uma grande gama de pronunciamentos, no que pese aqui também se tratar de uma competência limitada aos casos reconhecidos pelas leis do país, que podem inclusive negá-la ou reconhecê-la apenas nos casos em que a vítima seja um nacional e até mesmo reduzi-la ao longo dos anos em uma reforma legislativa malfadada. A competência jurisdicional mais marcante e poderosa encontramos nos EUA, cuja antiga lei de reclamações por danos ilícitos a estrangeiros de 1789 (ATCA) permite reivindicar por danos extracontratuais por

<sup>68</sup> Juntamente com os crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, a doutrina alude ao crime de agressão contra um povo ou país, e outros pressupostos que não são habituais no âmbito laboral, como os crimes de tortura, desaparecimento forçado de pessoas, execuções extrajudiciais e terrorismo internacional: HELLMAN MORENO, 2011, p. 160 ss. da versão digital. Sobre o valor do conceito como um avanço qualitativo na proteção dos direitos humanos, PÉREZ CEPEDA, 2012.

violação dos direitos humanos cometidas por empresas norte-americanas no exterior, que, juntamente com a possibilidade de uma ação judicial coletiva<sup>69</sup>, nos permitiu chegar à sonhada condenação de EMNs desse país e à especialização de escritórios de advocacia na matéria. Mais recentemente, a legislação de alguns Estados deu uma reviravolta em relação aos excessos das cadeias de fornecimento transnacionais ao emitir leis para obrigar o respeito aos direitos humanos e fundamentais nas empresas fornecedoras. Destas, a mais significativa é a Lei do Estado da Califórnia de 2010 sobre transparência nas cadeias de fornecimento, mencionada acima.

A aplicação pelos tribunais nacionais também pode vir de outra linha argumentativa usada no Acordo de Bangladesh e de importância semelhante: os conflitos sobre sua aplicação são apresentadas em primeira instância ao comitê gestor do Acordo, e em recurso a uma arbitragem, conforme as regras estabelecidas pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional<sup>70</sup>, a ser resolvida por um tribunal do domicílio do réu, e executada por qualquer tribunal cujo Estado seja signatário da Convenção de Nova York de 1958 sobre o reconhecimento e aplicação de sentenças arbitrais estrangeiras. Como indicado por Hensler e Blasi, a arbitragem comercial das Nações Unidas é aquela normalmente usada pelas EMNs em seus conflitos com outras EMNs para o cumprimento de contratos comerciais, razão pela qual goza de amplo reconhecimento e utilização, a ponto de muitos deles incluir rotineiramente incluem uma linguagem similar<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Regulamentado no art. 23 das Regras Federais de Processo Civil. A ação coletiva pode ser apresentada por um ou alguns dos afetados por uma conduta que prejudique um grupo de pessoas, e a sentença deve ditar uma solução única para os danos de todos. A maior ação de classe apresentada até agora foi de três funcionários da rede de lojas Walmart em nome de um milhão e meio de empregados “presentes e passados” por discriminação de gênero enraizada no uniforme de toda a empresa, ação apresentada no início dos anos 2000. Mas os queixosos apenas forneceram um relatório sociológico da política discriminatória da empresa, e embora a ação tenha sido julgada procedente pelo tribunal a quo e pelo tribunal de apelação, fracassou perante o Supremo Tribunal porque não foi possível ditar uma única solução na sentença.

<sup>70</sup> A Lei Modelo da CNUDMI sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985 foi revista em 2006. Observa-se que os padrões da ONU exigem um “acordo de arbitragem” entre as partes em conflito, mas o Acordo de Bangladesh determina que a arbitragem pode ser solicitada unilateralmente por qualquer das partes. as partes em conflito. A questão poderia ser resolvida pela própria natureza do Acordo de Bangladesh, onde todos os signatários concordam com essa cláusula.

<sup>71</sup> HENSLER; BLASI, 2013, p. 2.

## REFERÊNCIAS

- AHLBERG, K. et al. *Transnational Labour Regulation: A Case Study of Temporary Agency Work*. Bruselas: Peter Lang, 2008.
- BANO, F.; VALENTI, A. El Acuerdo Marco Global de Enel, una multinacional italiana del sector de la energía. In: (SANGUINETI RAYMOND W., dir.) *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión de las empresas multinacionales españolas*. Madrid: Cinca, 2015.
- BAYLOS GRAU, A. Empresas transnacionales y acuerdos marco globales. In: SEIN, José Luis Goñi (ed.), *Ética empresarial y códigos de conducta*. Madrid: La Ley, 2011.
- CICERÓN, *Tusculanae disputationes*. I,1,30. Disponível em: <[https://archive.org/stream/cicerostusculand00ciceiala/cicerostusculand00ciceiala\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/cicerostusculand00ciceiala/cicerostusculand00ciceiala_djvu.txt)>. Acesso em: 30 mai. 2018.
- COMPAGNON, L.; FEINSTEIN, F. Enforcing European corporate commitments to freedom of association by legal and industrial action in the United States: Enforcement by industrial action. In: *Comparative Labor Law & Policy Journal*. Illinois: University of Illinois, v. 4, 2012.
- DURKHEIM, R. *La divisione del lavoro sociale*. Turín: Edizioni di Comunità, 1999.
- ELLIOT, K.A.; FREEMAN R. *Can Labor Standards Improve Under Globalization?* Washington: Institute for International Economics, 2003.
- EWING, K.; HENDY, J. A Tale of Two Cities. Strasbourg and Luxembourg and the Rights to Collective Bargaining and to Strike. In: *Industrial Law Journal*, v.1, 2010.
- FRANCIS, A. *Bhopal: el desastre que envenenó a 500.000 personas*. Disponível em: <[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/12/141202\\_india\\_bhopal\\_tragedia\\_indemnizaciones\\_ac](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/12/141202_india_bhopal_tragedia_indemnizaciones_ac)>. Acesso em: 30 mai. 2018.
- FROSECCHI, G. Percorsi di lettura sul concetto di 'diritto transnazionale del lavoro'. In: *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 153, 2017.
- GROSSI, P. *L'Europa del diritto*. Roma: Laterza, 2007.
- HART, H. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961
- HELLMAN MORENO, J. *Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales Su aplicación en España*. Madrid: Universidad de Madrid, 2011.
- HELLMANN, M. Social partnership at the global level: Building and Wood Workers International experiences with International

Framework Agreements. In: SCHMIDT, V. (Ed.), *Trade Union Responses to Globalization*, OIT, 2007.

HENSLER, B.; BLASI J. *Making Global Corporation's Labor Rights Commitments Legally Enforceable: The Bangladesh Breakthrough*. Washington: Worker Rights Consortium, 2013.

HEPPLE, B. *Labour Laws and Global Trade*. Oxford: Hart Publishing, 2005.

HESPANHA, A.M. *Pluralismo jurídico e sistema democrático*. São Paulo: Annablume, 2016.

HUMAN RIGHTS WATCH. A Strange Case: Violations of Workers' Rights in the United States by European Multinational Corporations, Report 2010. In: GORELLI J. (Coord.). *El derecho a la negociación colectiva*. Sevilla: CARL, 2014.

HURRELL, A. *On Global Order*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

JESSUP, P. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

KELLY, A. A Nestlé admite a escravidão na Tailândia enquanto combate o processo de trabalho infantil na Costa do Marfim. In: *The Guardian*, 1 de fevereiro de 2016.

KJAER, P.F. *The Structural Transformation of Democracy: Elements of a Theory of Transnational Constitutionalism*. Farnham: Ashgate, 2011.

LANDA ZAPIRAIN, J.P. Ética nos negócios e responsabilidade social corporativa. In: GOÑI SEIN (Org.). *Ética empresarial e códigos de conduta*. Madrid: La Ley, 2011

LINDAHL, H. *Fault Lines of Globalization: Legal Order and the Politics of A-Legality*, OUP. Oxford: Oxford, 2013.

LLANO ALONSO, F. *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*. Toronto: Thomson Reuters, 2017.

LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 1995.

MALMBERG, J. Introduction. In: MALMBERG J. (Ed.). *Effective Enforcement of EC Labour Law*. Uppsala: Iustus Förlag, 2003.  
MALMBERG J. Trade Union Liability for 'EU-Unlawful' Collective Action. In: *European Labour Law Journal*, n. 1, 2012.

MERINO SEGOVIA A. El surgimiento de un nuevo modelo de relaciones industriales transfronterizo: un desafío para las legislaciones nacionales. In: GOÑI SEIN (Org.). *Ética empresarial e códigos de conduta*. Madrid: La Ley, 2011.

OJEDA, A.; COMPA L. Globalización, class actions y Derecho del Trabajo. In: *Relaciones Laborales*, v. 2, 2002. Disponível em: <<http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/articles/375/>>.

- OJEDA, A. Las funciones del sindicato en un mundo globalizado. In: VILLA GIL; GARCÍA-PERROTE (Eds.) *Los sindicatos: Liber amicorum en honor del profesor J. Montalvo*. Madrid: Lex Nova-Thompson Reuters, 2014.
- OJEDA AVILÉS, A. Diritti fondamentali, concorrenza, competitività e nuove regole per il lavoro in una prospettiva di diritto comparato. In: *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro: competizione versus garanzie?* Turin: Giapichelli, 2012.
- OJEDA AVILÉS, A. *Transnational Labour Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer International, 2015.
- OJEDA AVILÉS, A. *Derecho Transnacional del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- PÉREZ CEPEDA, A. *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*. Valencia: Tirant, 2012.
- PÉREZ LUÑO, A. *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Madrid: La Ley, 2011.
- RASNIC, C. Shootout at the ECJ Corral: Management 4, Labor 0 – European Labor Dispute Law After Viking Line. In: *South Carolina Journal of International Law and Business*, v. 2, 2013.
- RENNER, M. *Zwingendes transnational Recht*. Berlin: Nomos, 2011.
- SANCHÍS, N. *El ALCA en debate: una perspectiva desde las mujeres*. Buenos Aires: Biblos, 2001.
- SCIARRA, S., Un'analisi delle fonte. In: SCIARRA (Ed.) *Manuale di Diritto Sociale Europeo*. Turin: Giapichelli, 2010.
- SIERRA HERNÁNIZ, E. Tipificación y caracterización de los códigos de conducta unilaterales de las empresas. In: GOÑI SEIN (Org.). *Ética empresarial e códigos de conducta*. Madrid: La Ley, 2011.
- TEUBNER, G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. In: TEUBNER, G. (Ed.), *Global Law Without A State*. London: Dartmouth Pub Co., 1996.
- TEUBNER, G. *Il diritto come sistema autopoietico*. Milano: Giuffrè, 1996.
- TEUBNER, G. *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*. Milano: Mondadori, 2012.
- TRUBECK. The Emergence of Transnational Labor Law. In: *American Journal of International Law*, v. 3, 2006.
- VERSCHRAEGEN, G. Systems Theory and the Paradox of Human Rights. In: KING, M. (Coord.), *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*. Oxford: Hart, 2006.
- WEDENOJA, L. *Russell Athletic Tries to Keep the Shirt on Its Back (A)*. Michigan: William Davidson Institute, 2010.

# RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR POR ACIDENTE DO TRABALHO

Interpretação a partir da posição jurisprudencial  
e doutrinária majoritárias x  
interpretação sistemática e por unidade da norma  
constitucional e infraconstitucional

## Ariete Pontes de Oliveira

Doutora em Direito Privado:  
Direito do Trabalho,  
modernidade e democracia  
pela PUC Minas. Professora  
da Rede de Ensino Doctum.  
Coordenadora Geral  
dos Cursos de Direito da  
Rede de Ensino Doctum.  
Advogada.  
arietepontes1979@  
gmail.com

## Vitor Salino de Moura Eça

Pós-Doutor. Professor da  
graduação e pós-graduação  
*stricto sensu* em Direito da  
PUC Minas. Juiz do Trabalho  
Titular – TRT/MG.  
arietepontes1979@  
gmail.com

Recebido: janeiro 29, 2018

Aceito: abril 2, 2018

## Objective responsibility of employer by accident of work:

interpretation from the majority jurisprudential and  
doctrinal position x systematic interpretation and by unit of  
the constitutional and infraconstitutional norm

## RESUMO

No que toca à tutela ao meio ambiente juslaboral, o artigo 7º, XXVIII, da CR/88, estabelece, numa interpretação sintático-semântica que a responsabilidade do empregador, em caso de acidente do trabalho, tem natureza subjetiva. A interpretação da natureza jurídica do dever de reparação dada pela jurisprudência tem em sua maioria, caminhado no sentido da interpretação sintático-semântico do texto havido no referido artigo. Contudo, defender-se-á, que a interpretação a ser dada à matéria deve ser definida a partir da responsabilização objetiva e, com fundamentos em Luño, será afirmado que a norma constitucional é fundamental e fundamentadora da ordem jurídica, a ser interpretada em sua unidade e em coerência com o sistema jurídico. Para o enfrentamento da temática proposta, a pesquisa pautou-se no método da revisitação bibliográfica crítica da interpretação positivista para defender a interpretação jurídica para além do positivismo.

**Palavras-chave:** Acidente do trabalho; Responsabilidade objetiva; Interpretação constitucional.

With regard to the protection of the labor environment, article 7, XXVIII of Constitution of the Federative Republic of Brazil (CR1988) establishes, in a syntactic-semantic interpretation, that the liability of the employer in the event of an occupational accident is subjective in nature. The interpretation of the legal nature of the duty of reparation given by the case-law is mostly directed towards the syntactic-semantic interpretation of the text in the article. However, it will be argued that the interpretation to be given to the matter must be defined based on objective accountability and, based on Luño, it will be affirmed that the constitutional norm is fundamental and grounding of the juridical order, to be interpreted in its coherence with the legal system. In order to confront the proposed theme, the research was based on the method of critical bibliographical revision of the positivist interpretation to defend the legal interpretation beyond positivism.

**Keywords:** Accident at work; Objective responsibility; Constitutional interpretation.

### 1. INTRODUÇÃO

O atual quadro interpretativo apresentado ao dever do empregador em reparar os danos ocorridos em razão dos acidentes do trabalho - art. 7º, XXVIII da CR/88 – revela-se aporético, em razão das várias e distintas interpretações que vêm sendo apresentadas. Numa interpretação das principais defesas tem-se: i) num primeiro momento, defender-se que incidirá o dever de reparação quando da apuração do elemento culpa, como regra geral e, excepcionalmente, defende-se a aplicação da responsabilidade objetiva, em se tratando de atividade de risco nos moldes do parágrafo único do art. 927 do Código Civil; ii) numa segunda interpretação, defende-se a responsabilidade subjetiva, mas fundamentada na teoria contratual, o que impõe, a presunção de culpa e iii) numa terceira interpretação defende-se a responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco assumido pelo empregador nos moldes do art. 2º da CLT.

A presente proposta de pesquisa tem por objetivo buscar a interpretação da matéria a partir da análise sistêmica e unitária do ordenamento jurídico brasileiro, o que se propõe a partir dos comandos constitucionais, defendendo-se que a Constituição é norma fundamental e fundamentadora da ordem jurídica. Nesse ínterim, defende-se a argumentação trazida na pesquisa a partir de Luño (1999).

**Santos afirma que a transição societal da modernidade à pós-modernidade exige que o intérprete das ciências, aí incluindo o Direito, deve se posicionar de forma que se conceba uma interpretação contextualizada socialmente, sob pena de se constituir uma ciência acrisolada e afastada dos problemas sociais.**

Com a referida interpretação defende-se, também, que a ciência jurídica não deve ficar acrisolada nos termos morfológicos da letra da norma, mas que a interpretação deve ser contextualizada aos valores da moralidade e, assim, defende-se que a norma jurídica não é o pressuposto, mas sim o resultado do processo interpretativo<sup>1</sup>.

Para tanto, num primeiro momento analisar-se-á a disposição interpretativa dada ao dever de reparar do empregador em casos de acidentes do trabalho, para então, num segundo momento, adotar-se a interpretação da interpretação da suspeição, resgatar os argumentos da interpretação socializada e comprometida com o reconhecimento do outro, defendendo-se que ou o Direito é humano ou não é Direito<sup>2</sup>.

## **2. A INTERPRETAÇÃO POSTA AO DEVER DE REPARAR IMPOSTO AO EMPREGADOR EM CASO DE ACIDENTE DO TRABALHO: ANÁLISE DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA**

Santos afirma que a transição societal da modernidade à pós-modernidade exige que o intérprete das ciências, aí incluindo o Direito, deve se posicionar de forma que se conceba uma interpretação contextualizada socialmente, sob pena de se constituir uma ciência acrisolada e afastada dos problemas sociais<sup>3</sup>. Nesse sentido, a fim de buscar uma interpretação do dever de reparação contextualizada, propõe-se, em um primeiro momento, uma interpretação que recupere as construções epistemológicas da racionalidade, dada pela interpretação sintático-semântico, para então, numa interpretação da suspeição, resgatar os argumentos da interpretação socializada e comprometida com o reconhecimento do outro, defendendo-se que ou o Direito é humano ou não é Direito<sup>4</sup>.

Para tanto, necessário se faz resgatar o conceito de acidente do trabalho, para então, apresentar a interpretação majoritária em torno da matéria.

<sup>1</sup> LUÑO, 1999, p. 254.

<sup>2</sup> SANTOS, 2000, 2002; GONTIJO, 2011; CRUZ, DUARTE, 2013.

<sup>3</sup> SANTOS, 2000, p.12-13.

<sup>4</sup> SANTOS, 2000, 2002; GONTIJO, 2011; CRUZ, DUARTE, 2013.

O termo acidente do trabalho é concebido pela legislação – Lei 8213/91, art.19-21 – num sentido genérico, sendo apresentadas como espécies: i) o acidente tipo; ii) doenças ocupacionais, que sua vez se distinguem em ii.1) doenças profissionais; ii.2) doenças do trabalho e iii. 3º) doenças provenientes de contaminação acidental; iii) acidentes por equiparação, ocorridos no ambiente e no horário de trabalho, como a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho, b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho, c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho, d) ato de pessoa privada do uso da razão, e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior; iv) acidentes por equiparação, ocorridos fora do ambiente e do horário de trabalho, como a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa, b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito, c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado, d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado<sup>5</sup>.

Dessa forma, entende-se que o acidente do trabalho é o evento danoso que decorre do exercício da atividade juslaboral, que acarreta dano injusto ao empregado, seja em sua esfera material, moral, estética, existencial, ou ainda, configurando-se enquanto perda de uma chance. Nesse sentido, afirma-se que o dano pode ser apresentado na esfera do dano material ou como ofensa à pessoa humana.

A disposição quanto a natureza do dever de reparar os danos injustos em razão de acidente do trabalho está disposta, isoladamente, no art. 7º, XXVIII da CR/88, nos termos seguintes: “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”. Trata-se de morfologia que, numa leitura clássica, tem sido interpretada

<sup>5</sup> BRANDÃO, 2015; SILVA, 2008a.

de forma isolada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. No entanto, há de se reconhecer que há interpretações realizadas observando a ordem sistemática e por unidade da ordem jurídica.

A proposição temática exige o estudo clássico desta interpretação para então, numa leitura sistemática e unitária do Direito, buscar compreender a propositura interpretativa sistematizada da matéria em estudo.

A princípio, observa-se que o dever de reparar em razão de acidente do trabalho é estruturado sob duas perspectivas: i) a primeira, centra-se sob o conceito do risco e seguro social, de reparação conferida à Previdência Social, na forma de benefícios previdenciários; ii) a segunda, de forma cumulada com a primeira, centra-se no dever de reparação a ser instituído em desfavor do empregador, que recebe interpretações distintas quanto a sua natureza jurídica, ora o dever do empregador é definido como responsabilidade subjetiva, ora como objetiva. Tal pluralidade de interpretações vai desde a leitura clássica do dever de reparar fundamentado na apuração da culpa, passando pela culpa presumida até chegar às interpretações do dever de reparar na forma objetiva.

Numa leitura clássica do dever de reparar do empregador, apresenta-se a teoria subjetiva que impõe a vítima – trabalhador – a prova da culpa. Dessa forma, tem-se o entendimento de Oliveira<sup>6</sup>, defendendo que a responsabilidade por acidente do trabalho se dá em razão de comportamento ilícito do empregador, por violação aos deveres previstos nas normas gerais de proteção ao trabalhador e ao meio ambiente do trabalho. Portanto, trata-se de dever de reparação extracontratual. Assim, defende Oliveira que “a indenização dos danos sofridos por acidente do trabalho tem como suporte principal a responsabilidade subjetiva, isto é, exige-se a comprovação da culpa do empregador, de qualquer grau, para gerar o direito da vítima.”<sup>7</sup>

No mesmo sentido, entendendo pela natureza subjetiva do dever de reparação posiciona-se Dallegrave Neto afirmando que o elemento culpa é próprio do dever de reparar os acidentes do trabalho<sup>8</sup>. “Assim, via de regra, a responsabilidade é do tipo subjetiva”, sendo

<sup>6</sup> OLIVEIRA, 2014, p. 95-97.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, 2014, p. 96.

<sup>8</sup> DALLEGRAVE NETO, 2010, p. 375-376.

a culpa patronal caracterizada de duas formas i) a culpa por violação de norma legal, como disposição normativa contida na CR/88, na CLT e em outras normas e ii) por violação ao dever geral de cautela, incluindo-se os deveres de prevenção e precaução. Defende o autor que cabe ao empregador o dever de tutela ao patrimônio, psicológico e moral do trabalhador, o que pode ser depreendido do art. 157 da CLT.<sup>9</sup> Nesse sentido, já se posicionou o TST, nos termos do acórdão de decisão do ED-RR – 4800-21.2003.5.03.0111, julgado em 10/08/2005, tendo como relator o Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, da 4ª Turma- Data de Publicação: DJ 26/08/2005, veja-se:

[...] Isso nem tanto pela evidência de ele reportar-se, na verdade, ao artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas sobretudo pela constatação de a pretensão indenizatória provir não da culpa aquiliana, mas da culpa contratual do empregador, extraída da não-observância dos deveres contidos no artigo 157 da CLT.

No mesmo sentido, tem-se:

[...] III – Essa conclusão não é infirmável pela pretensa circunstância de a indenização prevista na norma constitucional achar-se vinculada à responsabilidade civil do empregador. Isso nem tanto pela evidência de ela reportar-se, na realidade, ao artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas sobretudo pela constatação de a pretensão indenizatória provir não da culpa aquiliana, mas da culpa contratual do empregador, extraída da não-observância dos deveres contidos no artigo 157 da CLT. [...] (Processo: RR – 231500-19.2005.5.03.0131 Data de Julgamento: 31/10/2007, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 23/11/2007.)

No sentido de interpretar o dever de reparação na clássica leitura subjetiva enquanto regra geral, tem-se o posicionamento adotado pelo TST, e neste sentido, aponta-se:

*[...] o Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto fático probatório, asseverou que “constata-se que o evento em questão foi ocasionado por duplo ilícito patronal, a uma porque o preposto da Reclamada ligou imprudentemente o disjuntor, sem sequer ter verificado se o Reclamante ainda estava trabalhando no local, e, a duas, porque não*

<sup>9</sup> Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; [...]

*promoveu nenhuma fiscalização no que concerne ao cumprimento das precauções necessárias para eliminar ou, ao menos, minimizar as conseqüências deste tipo de acidente, a teor da imposição contida no art. 157, I e II, da CLT e na Súmula n. 289 do C. TST, esta última aplicável por analogia à hipótese”. Assim, concluiu que “não há a menor dúvida de que a Reclamada participou culposamente para que o evento que vitimou o Obreiro acontecesse, o que lhe gera o dever de indenizar os danos por ele suportados”. Asseverou ainda, aquela Corte Regional que “a ocorrência do acidente laboral e das lesões resultantes (traumatismo craneoencefálico) foram satisfatoriamente demonstradas pelos atestados, exames e receiptuários médios, pela CAT e pela carta de concessão do benefício de auxílio-doença acidentário juntados pelo Reclamante às fls. 22/26, 32 e 39” e que “o nexó de causalidade entre as lesões e o acidente ocorrido por ocasião do exercício da atividade de eletricista na empresa também foi certificado pela perícia médica oficial”. Desse modo, ao constatar a ocorrência de conduta culposa e nexó causal, e condenar o empregador ao pagamento de indenização por danos morais, o Tribunal Regional deu a exata subsunção da descrição dos fatos ao conceito contido no artigo 186 do Código Civil, que informa que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. [...] (Conteúdo do inteiro teor Processo: AIRR – 110840-88.2006.5.23.0006 Data de Julgamento: 29/09/2010, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/10/2010, grifo acrescido)*

Do aresto juntado, depreende-se a fundamentação do dever de reparação atribuído ao empregador, em razão da acidentalidade, justificada em razão do elemento culpa, no conceito de erro de conduta, pelo descuido em verificar se o empregado ainda estava exercendo suas atividades, e também pelo descumprimento de comando legal, no caso, de fiscalização.

No mesmo sentido, de se atribuir o dever de reparação em caso de acidentalidade do trabalho, fundamentado na apuração da conduta culposa, tem-se:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DOENÇA OCUPACIONAL. CONFIGURAÇÃO. Consigna o Regional, ao exame do conjunto probatório, que a atividade profissional do autor concorreu para a sua moléstia,

**[...] a doutrina e a própria jurisprudência conflitam acerca de qual o tipo de risco a justificar a aplicação da responsabilidade objetiva, ora defende-se a teoria do risco criado, ora da atividade da empresa e ora da atividade desenvolvida pelo empregador.**

acentuando, também, a culpa do empregador, e concluindo que – a doença desenvolvida produz dor e desconforto de toda ordem ao trabalhador, bastando ter presentes os afastamentos e a cirurgia a que submetido. *Nesse contexto, demonstrados os elementos configuradores da responsabilidade civil subjetiva, ensejadora do dever de indenizar, a saber, dano experimentado pelo autor, nexos de causalidade e culpa da reclamada. Incólumes os arts. 7º, XXVIII, da Lei Maior e 186 e 927 do Código Civil. Arestos inespecíficos (Súmula 296, I, do TST). [...] Revista conhecida e provida, no tema. (Processo: RR - 14900-60.2008.5.04.0231, Data de Julgamento: 06/04/2011, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011, grifo acrescido)*

Oliveira (2014) e Dallegrave Neto (2010), defendem que o caput do art.7º, da CR/88, permite que a lei ordinária amplie o rol de direitos que tutelam a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e com tal argumento entendem que haverá responsabilidade objetiva na hipótese de atividade de risco, nos termos definidos no parágrafo único do art. 927 do Código Civil brasileiro. A aplicação da responsabilidade objetiva para os autores está fundamentada na teoria do risco criado, defendendo-se que aquele que com sua atividade crie riscos à sociedade deve, em caso de dano, responder objetivamente.

Contudo, a doutrina e a própria jurisprudência conflitam acerca de qual o tipo de risco a justificar a aplicação da responsabilidade objetiva, ora defende-se a teoria do risco criado, ora da atividade da empresa e ora da atividade desenvolvida pelo empregador. Essa posição aporética pode ser visualizada pelos arestos, ora juntados:

Observando a primeira corrente, entendendo-se que o risco a que se refere o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, é o risco da atividade desenvolvida pelo empregador, já se posicionou o TST, eis que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ASSALTO À AGÊNCIA DA ECT. BANCO POSTAL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO. Em que pese a não haver norma expressa a disciplinar a responsabilidade objetiva do empregador, entende esta Corte Superior que a regra prevista no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal deve ser interpretada de forma sistêmica aos demais direitos fundamentais,

e a partir dessa compreensão, admite a adoção da teoria do risco (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil), *sendo, portanto, aplicável à espécie a responsabilização objetiva do empregador no âmbito das relações de trabalho para as chamadas atividades de risco da empresa*. Assim, prevalece no Direito do Trabalho a Teoria do Risco Negocial, que enseja a atribuição da responsabilidade objetiva ao empregador, impondo a este a obrigação de indenizar os danos sofridos pelo empregado, independentemente de culpa, *quando a atividade normal da empresa propicie, por si só, riscos à integridade física do empregado.[...]*. (Processo: AIRR – 788 – 85.2011.5.22.0003 Data de Julgamento: 17/06/2015, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2015, grifo acrescido)

Do aresto da decisão tem-se a discussão quanto a fundamentação de qual o risco fundamenta o dever de reparação no plano juslaboral, defendendo-se que haverá a aplicação da responsabilidade objetiva “[...] quando a atividade normal da empresa propicie, por si só, riscos à integridade física do empregado.[...]”.

Em consonância com o segundo parâmetro, pela interpretação do risco da atividade empreendida pelo trabalhador, já decidiu por exemplo o TRT 3ª Região ao analisar qual a responsabilização a ser imposta ao empregador em razão de acidente – queda de cavalo – que envolvia a atividade do trabalhador em realizar a montaria, a saber:

ACIDENTE. TRABALHO RURAL. QUEDA DE CAVALO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A Jurisprudência adota o entendimento de que o trabalho que envolve montaria de cavalo implica a responsabilidade objetiva do empregador, *em razão dos maiores riscos de acidente*. O próprio legislador já deixou clara essa circunstância ao fixar a responsabilidade objetiva, como se infere do art. 936 do Código Civil. Assim, o empregador responde, salvo no caso de culpa exclusiva da vítima, pelos danos causados por animais em razão do trabalho rural prestado por seus empregados, seja em razão do comportamento inesperado do animal, seja pelas imperfeições do próprio campo, circunstâncias que criam uma real iminência de acidente a justificar a sua responsabilidade objetiva (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010813-66.2014.5.03.0041 (RO); Disponibilização: 26/09/2016, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 315; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator: Taisa Maria M. de Lima, grifo acrescido).

Por outro lado, há decisão que considera que, tanto o risco da atividade econômica quanto o risco profissional, ou seja, o risco da atividade desenvolvida pelo empregado, sejam capaz de ensejar a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC). INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA (FATO DA VÍTIMA). A regra geral do ordenamento jurídico, no tocante à responsabilidade civil do autor do dano, mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva (arts. 186 e 927, caput, CC). *Contudo, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco acentuado para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CC, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco). [...] (RR-850/2004021-12-40.0, 6ª T., Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 12.06.2009, grifo acrescido)*

Outro entendimento, a defender a natureza jurídica da reparação do acidente do trabalho na culpa, mas presumida, é dado por Cairo Júnior (2015), argumentando que as obrigações contratuais assumidas em um pacto juslaboral vão além das obrigações principais, o dar – do empregador e o fazer – do empregado, de modo a atingir as obrigações impostas ao empregador de tutelar a incolumidade psicofísica do empregado. Assim,

o empregador, detentor do poder de comando e direção, deve acautelar-se de toda forma possível, cumprindo as determinações contidas nas normas de segurança, higiene e saúde do trabalho para evitar a ocorrência de acidentes laborais<sup>10</sup>.

Nesse sentido, a cláusula de incolumidade é um dever imposto ao empregador e, caso desrespeitada, gera o dever de reparar de forma que a culpa reste presumida. Em assim sendo compreendido, tem-se que o dever de reparação circunscreve o descumprimento do pacto contratual, pelo seu inadimplemento, não devendo, portanto, o acidente juslaboral ser considerado como um ato ilícito *stricto sensu*. Portanto, o dever de reparar estaria compreendido dentro da normativa do art. 389, do Código Civil, dispondo que

<sup>10</sup> CAIRO JÚNIOR, 2015, p. 94.

“não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. E, em sendo um dever de reparar de natureza contratual, o dano injusto decorrente do acidente do trabalho impõe a presunção da culpa por parte do empregador<sup>11</sup>.

Neste sentido, também há posicionamentos do TST, a saber:

RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE TRABALHO SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO – PREVISIBILIDADE DO RISCO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA COM CULPA PRESUMIDA – [...] 5. A aplicação do instituto da responsabilidade civil no Direito do Trabalho distingue-se de sua congênere do Direito Civil. Ao contrário das relações civilistas, lastreadas na presunção de igualdade entre as partes, o Direito do Trabalho nasce e desenvolve-se com o escopo de reequilibrar a posição de desigualdade inerente à relação de emprego. Nesse sentido, a apuração da culpa no acidente de trabalho deve adequar-se à especial proteção conferida pelo ordenamento jurídico ao trabalhador. *Essa proteção se concretiza, dentre outras formas, pela inversão do ônus da prova, quando verificada a impossibilidade de sua produção pelo empregado e a maior facilidade probatória do empregador.* [...]. 7º No presente caso, seria insensato exigir dos reclamantes a comprovação da inexistência de culpa da empresa no *eventus damni*, sob pena de desvestir o instituto da responsabilidade civil de toda sua eficácia e de negar vigência à garantia constitucional do art. 7º, inciso XXVIII. 8. Cabia à empresa, e, não, aos reclamantes, desvencilhar-se do ônus da prova da inexistência da culpa. Como não se desonerou do ônus que milita em seu desfavor, presume-se a culpa, surgindo o consequente dever de indenizar o trabalhador pelo prejuízo sofrido. Recurso não conhecido. [...] (RR 930. Relator Ministra: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, Data de Publicação: DJU 19.03.2004, grifo acrescido)

“O gravíssimo problema do acidente do trabalho, a mais contundente agressão ao direito fundamental à saúde no ambiente de trabalho [...]”<sup>12</sup> tem, como percebido, encontrado distintas interpretações na

<sup>11</sup> *Ibid.*, 2015, p. 109-113.

<sup>12</sup> SILVA, 2014, p. 282.

**[...] o dever de reparação, em caso de acidentalidade do trabalho, é definido, regra geral, pela apuração da culpa do empregador.**

doutrina e na jurisprudência, ora entendendo que o dever de reparar tem natureza jurídica de responsabilização subjetiva, como regra e objetiva, com fundamento no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Ainda, tem-se a interpretação que o dever de reparar em razão do acidente do trabalho dá ensejo à responsabilização subjetiva, mas com presunção de culpa.

Previamente, conclui-se que, a doutrina até aqui citada<sup>13</sup>, entendem que o dever de reparação, em caso de acidentalidade do trabalho, é definido, regra geral, pela apuração da culpa do empregador. Registre-se que há posicionamento também pela aplicação da responsabilidade subjetiva com culpa presumida de, conforme argumentos trazidos por Cairo Júnior (2015). E, em caso de risco, aplicar-se-á o parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Contudo, não há unanimidade acerca de quais os parâmetros interpretativos a serem aplicados ao referido dispositivo, decorrendo daí, a problemática: qual o risco a ensejar o dever de reparabilidade objetiva, risco da atividade econômica ou o risco da atividade empreendida pelo trabalhador? Esse entendimento também é depreendido dos arestos jurisprudenciais analisados, ou seja, regra geral, aplica-se a responsabilização na forma subjetiva e em caso de risco (qual?) aplica-se a responsabilidade objetiva.

Contudo, as interpretações não param por aqui.

Há autores, que defendem que a responsabilização deve ser sempre objetiva, entre eles Almeida (2003), Melo (2013) e Silva (2014).

Almeida (2003) afirma que a responsabilidade juslaboral deve ser definida a partir da natureza objetiva, tendo como parâmetro de interpretação o *caput* do art. 7º da CR/88, que preordena a busca de melhorias de condições ao trabalhador, conjugado com o *caput* do art. 2º da CLT que impõe ao empregador os riscos do empreendimento e, dentre eles, os riscos da acidentalidade. Trata-se de efetivar o comando normativo da progressividade assegurado no texto constitucional – art.3º da CR/88.

Melo (2013) defende que os acidentes do trabalho devem ser analisados como danos ao meio ambiente do trabalho, apontando que os arts. 5º, V e X, 7º, incisos XXII e XXVIII, 225, §3º, da CR/88; Lei

<sup>13</sup> OLIVEIRA, 2014; DALLEGRAVE NETO, 2010; BRANDÃO, 2010.

6.938/81, art.14, §1º; Código Civil, art. 927, parágrafo único, art. 932, III, arts. 933 e 942 e parágrafo único asseguram que esta responsabilidade deve ser objetiva<sup>14</sup>.

### Segundo Melo,

seguindo-se os padrões tradicionais de interpretação desse dispositivo constitucional, poder-se-ia simplesmente dizer que se trata de responsabilidade fundada na culpa, a chamada responsabilidade subjetiva ou aquiliana, em face da qual para alcançar reparação civil por dano decorrente de acidente de trabalho, teria o trabalhador de demonstrar a culpa ou dolo do empregador. Ou, de outra forma, poder-se-ia, também de forma simplista, como já o fizeram alguns, enfatizar o parágrafo único do art. 927º do novo Código Civil, que estabelece a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, e concluir, desde logo, que nas atividades de risco a responsabilidade civil será sempre objetiva. Numa terceira ótica, também seria possível dizer-se, com base no que dispõe o art.2º da CLT, que no âmbito trabalhista a assunção dos riscos da atividade incumbe ao empregador, que responderá sempre objetivamente pelos danos decorrentes de acidente do trabalho<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> “CR/88, art. 5º, V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

“CR/88, art. 5º, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação ”

“CR/88, 7º, XXII: redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”

“CR/88, 7º, XXVIII: seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;”

“CR/88, 225, §3º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados;”

“Lei 6.938/81, art.14, §1º: Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente;”

“Código Civil, art. 927, parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem;”

“Código Civil, art. 932, III: o empregador ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

“Código Civil, art. 933: As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos ”

“Código Civil, art. 942 e parágrafo único: Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

<sup>15</sup> MELO, 2013, p. 315.

A interpretação do dever de reparar os acidentes do trabalho, para Silva<sup>16</sup>, deve observar o método sistemático de interpretação, apoiando-se, também, no art.2º da CLT que determina que “a responsabilidade do empregador para com os haveres do trabalhador é objetiva, por ser ele quem assume os riscos da atividade econômica [...]” (grifo do autor). Nesse dispositivo, o legislador recepcionou a teoria do risco, fundamento do dever de reparar na forma objetiva. É por esse dispositivo que o empregador irá responder pelos direitos trabalhistas, independentemente da ocorrência de fatos imprevisíveis, inaplicáveis ao Direito do Trabalho por meio da teoria da imprevisão.

Trata-se de garantir efetividade ao direito fundamental à reparabilidade em caso de acidente do trabalho com fundamento no próprio Direito do Trabalho. Segundo Silva<sup>17</sup>, o *caput*, do art.2º, da CLT, institui o dever do empregador de assumir todas as obrigações advindas do pacto juslaboral a partir do conceito do risco.

Portanto,

[...] para o direito do trabalho *todo e qualquer risco é de responsabilidade do empregador, em qualquer atividade por ele desenvolvida. Essa construção se alinha com o princípio da proteção [...]*. Outrossim, não se está tratando de um risco de somenos importância, porquanto os infortúnios laborais, risco a que estão sujeitos todos os trabalhadores, em qualquer atividade econômica, atingem diretamente sua saúde, sua integridade física e psíquica, e por vezes ceifam sua própria vida. De modo que não se deve ficar investigando o risco em si, *mas o dano provocado quando o risco deixa o plano teórico e produz efeito na prática, atingindo a saúde ou a vida do trabalhador*<sup>18</sup>.

Defende Silva<sup>19</sup> que a referida interpretação é possível e fundamentada no art.7º, *caput*, da CR/88, que garante o reconhecimento de outros direitos, para além dos estabelecidos no rol exemplificativo do art.7º, e seu objetivo é alcançar a progressividade da tutela dos direitos dos trabalhadores de modo a melhorar as suas condições de vida. Ou ainda, como defendido por Almeida (2003, p. 77), a interpretação

<sup>16</sup> SILVA, 2014, p. 283-290.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 2014, p. 283.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 2014, p. 289-290, grifo do autor.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 2014, p. 293.

por força constitucional deve ser aquela que implicar melhoria nas condições sociais do trabalhador.

Para reforçar seus argumentos, Silva invoca a fundamentação da responsabilidade consumerista, justificada a partir da teoria do risco<sup>20</sup>. Soma-se ao seu argumento a responsabilidade objetiva por danos nucleares e a responsabilização objetiva do Estado.

A jurisprudência tem acolhido, parcialmente, a tese defendida por Silva. Entendeu o TST que a interpretação a ser dada ao art. 7º, XXVIII da CR/88, não comporta análise restritiva, mas deve ser ampliada a fim de tutelar a pessoa do trabalhador. Contudo, apoiam-se no art. 927, parágrafo único do Código Civil, para atribuir o dever de reparar objetivamente às hipótese de acidente do trabalho, enfim, entendem pela aplicação da responsabilização objetiva nas hipóteses de atividade de risco<sup>21</sup>. Veja-se:

DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. TEORIAS DO RISCO E DA CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA. 1. *“O caput do art. 7º da Constituição Federal constitui-se tipo aberto, vocacionado a albergar todo e qualquer direito quando materialmente voltado à melhoria da condição social do trabalhador. A responsabilidade subjetiva do empregador, prevista no inciso XXVIII do referido preceito constitucional, desponta, sob tal perspectiva, como direito mínimo assegurado ao obreiro. Trata-se de regra geral que não tem o condão de excluir ou inviabilizar outras formas de alcançar o direito ali assegurado. Tal se justifica pelo fato de que, não raro, afigura-se difícil, se não impossível, a prova da conduta ilícita do empregador, tornando intangível o direito que se pretendeu tutelar. Não se pode alcançar os ideais de justiça e equidade do trabalhador – ínsitos à teoria do risco –, admitindo interpretações mediante às quais, ao invés de tornar efetivo, nega-se, por equivalência, o direito à reparação prevista na Carta Magna. Consentâneo com a ordem constitucional, portanto, o entendimento segundo o qual é aplicável a parte final do parágrafo único do art. 927 do CCB, quando em discussão a responsabilidade civil do empregador*

<sup>20</sup> *Ibid.*, 2014, p. 296-299.

<sup>21</sup> Contudo, a atual interpretação dada pelo TST é objeto de discussão junto ao STF no Recurso Extraordinário (RE) 828040, em que a demandada Protege S/A insurge-se contra decisão proferida pelo TST que a condenou ao pagamento de reparação a trabalhador vigilante por transtornos psicológicos decorrente de um assalto, a fundamentação foi dada com base na normativa prevista no parágrafo único do 927 do Código Civil, por se tratar de atividade de risco - atividade perigosa.

por acidente de trabalho” (E-RR – 9951600-44.2005.5.09.0093, Rel. Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 12/11/2010). 2. *Prevalecendo compreensão mais ampla acerca da exegese da norma constitucional*, revela-se plenamente admissível a aplicação da responsabilidade objetiva à espécie, tendo em vista que a incapacitação da reclamante se deu por doença diretamente vinculada às atividades desempenhadas no reclamado, já bastante conhecida dos bancários - lesão por esforços repetitivos (LER/DORT). 3. Presente o elemento subjetivo “culpa”, evidencia-se também a responsabilização com base na conduta patronal-, consignado, no acórdão regional, que a anomalia que incapacitou a autora decorreu diretamente do ambiente e das condições de trabalho, a revelar o descumprimento por parte do reclamado dos deveres de segurança e zelo decorrentes da boa-fé objetiva. 4. Incumbe ao empregador o dever de proporcionar ao empregado as condições de higiene, saúde e segurança no ambiente laboral, sob pena de afronta ao princípio da prevenção do dano ao meio ambiente, exteriorizado, no âmbito do Direito do Trabalho, na literalidade do artigo 7º, XXII, da Carta Magna, segundo o qual é direito dos trabalhadores, urbanos e rurais, dentre outros, “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene segurança”. 5. A exegese perfilhada permite que se atribua ao mencionado princípio máxima efetividade, outorgando-lhe “o sentido que mais eficácia lhe dê (...)” e conferindo a essa norma fundamental, “ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação e de realização” (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II - Constituição. 5ª. ed., revista e atualizada. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, pág. 291), de modo a permitir a concretização não apenas do direito fundamental a um meio ambiente equilibrado (CR, arts. 200, caput e VIII, e 225), mas também do direito fundamental à saúde do trabalhador (CR, art. 6º), uma das dimensões do direito à vida, o qual constitui “suporte para existência e gozo dos demais direitos (...), sendo necessário, para sua proteção, assegurar-se os seus pilares básicos: trabalho digno e saúde” (MELO, Raimundo Simão de. Proteção legal e tutela coletiva do meio ambiente do trabalho. In: Meio Ambiente do Trabalho - coordenação Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, pp. 13-4). 6. A Convenção nº 155 da OIT, de 1981, estipula, em seu artigo 16, que “deverá exigir-se dos empregadores que, na medida em que seja razoável e factível, garantam que os lugares de trabalho, a maquinaria,

o equipamento e as operações e processos que estejam sob seu controle são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores”. 7. Ao não proporcionar ao empregado um ambiente de trabalho adequado à melhor execução de suas atividades, com estação de trabalho ergonomicamente adaptada, programas de exercícios laborais preventivos, que evitem ou minimizem os efeitos negativos da atividade empresarial à saúde obreira, o empregador também viola o princípio da função social da empresa, que, no dizer de EROS GRAU, “impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem”, e “quando manifestada na esfera trabalhista, significa um atuar em favor dos empregados, o que, na prática, é representado pela valorização do trabalhador, por meio de um ambiente hígido, salário justo e, acima de tudo, por um tratamento que enalteça a sua dignidade enquanto ser humano (arts. 1º, 3º, 6º, 7º, 170 e 193, todos da CF)” (JOSÉ AFFONSO DALLEGRAVE NETO in Responsabilidade Civil no direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2ª ed., 2007, p. 335). 8. Além de comprovado o nexo de causalidade entre a doença ocupacional (LER/DORT) que incapacitou a autora e a atividade por ela exercida no reclamado – a atrair a responsabilidade objetiva do empregador –, também resultou evidenciado o descumprimento dos deveres de segurança e zelo – decorrentes da boa-fé objetiva –, bem como a afronta aos princípios da prevenção do dano ao meio ambiente e da função social da empresa – a demonstrar a culpa patronal (responsabilidade subjetiva). 9. Logo, tanto pela teoria do risco como pela da culpa, emerge a responsabilização civil do reclamado, a ensejar a devida indenização, por danos materiais e morais, à reclamante. Recurso de embargos conhecido e não provido, no tema.” (E-ED-RR-29840-97º.2001.5.03.0006, Redatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, julgado em 16.12.2010, grifo acrescido)

Depreende-se da decisão juntada que, a tutela na forma da responsabilidade subjetiva, art. 7º, XXVIII da CR/88 é tutela mínima, permitindo o próprio *caput* do art.7º, norma aberta, que se dê interpretação mais favorável a tutela conferida em seus incisos. Ao se referir ao inciso XXVIII, registrou-se que “trata-se de regra geral que não tem o condão de excluir ou inviabilizar outras formas de alcançar o direito ali assegurado.”

No mesmo sentido, tem-se:

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007º. DANO MORAL. ACÓRDÃO DO TRT QUE REGISTRA A EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. 1. A CF, *no caput do artigo 7º, XXVIII, refere que a responsabilidade do empregador será subjetiva. No entanto, a mesma Constituição Federal consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual – as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio (objetos) – (Immanuel Kant). Nesse contexto, conclui-se que a regra prevista no artigo 7º, XXVIII, da CF deve ser interpretada de forma sistêmica aos demais direitos fundamentais. Acrescente-se que os direitos elencados no artigo 7º, XXVIII, da CF são mínimos, não excluindo outros que – visem à melhoria de sua condição social –. Logo, o rol do artigo 7º, XXVIII, da CF não é exaustivo* 2. Uma vez demonstrado que o dano ocorreu pela natureza das atividades da empresa, ou seja, naquelas situações em que o dano é potencialmente esperado, não há como negar a responsabilidade objetivado empregador. 3. Nesse sentido, em Sessão do dia 04/11/2010, ao examinar o Processo nº TST-9951600-43.2006.5.09.0664, esta SBDI-1/TST decidiu que a responsabilidade é objetiva em caso de acidente em trabalho de risco acentuado. Recurso de embargos conhecido por divergência jurisprudencial e provido.” (E-ED-RR-9951600-43.2006.5.09.0664, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 11/03/2011, grifo acrescido)

Nos termos da decisão acostada, tem-se, novamente, a garantia da interpretação no sentido de garantir ao art. 7º, XXVIII, da CR/88 a sua interrelação com todo o sistema jurídico de tutela aos direitos fundamentais, e assim, assegura que, para além da referida tutela, outras devem ser efetivadas no sentido de garantir a melhoria de condições de vida ao trabalhador, já que, reconhecidamente, o Direito do Trabalho não se caracteriza como um sub-sistema fechado e imune a influência de outras normas<sup>22</sup>.

Contudo, não tem sido esse o entendimento, diga-se, majoritário, do TST. Neste sentido, observa-se:

RECURSO DE REVISTA. 1. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MATÉRIA FÁTICA. O Tribunal Regional, ao analisar o conjunto probatório produzido, *concluiu pela existência da doença ocupacional e dos elementos suficientes a caracterizar a culpa da*

<sup>22</sup> ALMEIDA, 2003, p. 36.

**[...] o dever de reparar os acidentes do trabalho tem se transformado numa verdadeira aporética roupa velha remendada, com diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, caracterizados por interpretações fragmentadas, descontínuas e caóticas, numa clara mostra do tempo da pós-modernidade.**

*Reclamada, o que justificou a condenação em indenização por dano material e moral. Fixadas tais premissas pelo Tribunal Regional, instância soberana no exame do quadro fático-probatório carreado aos autos, adotar entendimento em sentido oposto implicaria o revolvimento de fatos e provas, inadmissível nesta seara recursal de natureza extraordinária, conforme o teor da Súmula 126/TST. Recurso de revista não conhecido.[...].(Processo: RR – 7º3600-97º.2005.5.18.0181 Data de Julgamento: 06/04/2011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011, grifo acrescido)*

Como já afirmado, o posicionamento majoritário do TST e também da doutrina, no que pertine à matéria, é no sentido de entender que a regra geral é de se aplicar a responsabilidade subjetiva e, em se tratando de atividade de risco, aplica-se a responsabilização objetiva com fundamentos no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Contudo, percebe-se também que o dever de reparar os acidentes do trabalho tem se transformado numa verdadeira aporética roupa velha remendada, com diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, caracterizados por interpretações fragmentadas, descontínuas e caóticas, numa clara mostra do tempo da pós-modernidade. Como consequência, afeta-se a segurança jurídica e o fundamento do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. “O Direito é um jogo de qualificações. Quando essas se tornam incertas, todo o edifício é afetado”<sup>23</sup>.

Dentre as interpretações conferidas ao dever de reparação em caso de accidentalidade, pode-se registrar como as que são mais defendidas, a nível de doutrina e de jurisprudência: i) dever de reparação consistente na apuração do elemento culpa, como regra geral e aplicação da responsabilidade objetiva, em se tratando de atividade de risco nos moldes do parágrafo único do art. 927 do Código Civil; ii) responsabilidade subjetiva, mas fundamentada na teoria contratual, o que impõe, a presunção de culpa; iii) responsabilidade objetiva, fundamentado na teoria do risco assumido pelo empregador nos moldes do art. 2º da CLT

Portanto, impõe-se ao intérprete a necessidade de definir a natureza jurídica do dever de reparação em caso dos acidentes do trabalho

<sup>23</sup> LEVY, 2012, p.4.

a partir de um único fundamento. Necessário se impõe, reafirma-se, uma leitura humanista e substancialista de tutela à pessoa.

A interpretação humanista se impõe pela tutela antropológica da normativa da CR/88 e da necessidade de efetivar os direitos fundamentais reconhecidos à pessoa humana. Por direitos fundamentais entende-se os direitos essenciais à dignificação da pessoa humana e dentre eles, aponta-se o direito à efetiva reparação em casos de danos.

Assim, o dever de reparar exige, numa concepção do Estado Democrático de Direito, fundado sob a dignidade da pessoa humana, uma interpretação mais humana, mais solidária, numa equação desmaterializada das relações humanas. Deve-se tutelar a pessoa humana, que no dever de reparar, é a vítima do dano injusto. No plano juslaboral, a vítima, o trabalhador, é por excelência o paradigma que orienta toda a interpretação antropocêntrica desta ciência tutelar.

A tutela da dignidade humana marca definitivamente o Direito do século XXI. O formalismo legitimador parece sucumbir diante da constatação progressiva de que a forma pode ser apropriada para justificar os mais diversos fins. Abre-se o mar da existencialidade, cuja outra face da moeda é a multiplicação – às vezes descontrolada – das categorias de danos ressarcíveis<sup>24</sup>.

É tempo de pensar o dever de reparar numa perspectiva da Ética da moralidade, do reconhecimento moral do outro.

### **3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR POR ACIDENTE DO TRABALHO A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E POR UNIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL**

A velha roupa remendada em que se transformou o dever de reparar a accidentalidade do trabalho no Brasil deve ser, necessariamente, revista a partir da perspectiva da humanização do Direito.

Essa é a presente propositura: revisitar a interpretação do dever de reparar a accidentalidade do trabalho, no Brasil, que ainda guarda fundamentos construídos, ideologicamente, pelo Estado Moderno

<sup>24</sup> LEVY, 2012, p. 21.

**[...] a definição da natureza jurídica do dever de reparar será fundamentada numa nova epistemologia, que propõe que a ciência deve ser instrumentalizada à dignidade humana.**

de feição individualista e patrimonialista, tornando, assim, questionável sua legitimidade no Estado Democrático de Direito que elegeu, como um de seus fundamentos, a dignidade humana, numa clara escolha político-jurídico-filosófica de repersonalização do Direito e da elevação da pessoa humana ao centro de tutela do Direito<sup>25</sup>.

Nesse intuito a definição da natureza jurídica do dever de reparar será fundamentada numa nova epistemologia, que propõe que a ciência deve ser instrumentalizada à dignidade humana<sup>26</sup> A responsabilização, em sua natureza subjetiva, remonta aos ideais filosóficos burgueses, condizentes com as bases do Direito Civil oitocentista de tutela patrimonialista, o paradigma era o cidadão dotado de patrimônio. Ao liberalismo burguês interessava a tutela da propriedade, o que levou os oitocentistas a atribuírem à responsabilidade civil a natureza jurídica subjetiva. Assim, para se chegar ao patrimônio do ofensor, diminuindo seu poder de propriedade, deveria a vítima provar a culpa do agente. Percebe-se que a instituição da responsabilização subjetiva interessava muito mais ao ofensor do que a vítima.

Toda esta leitura era condizente com os valores tutelados pelo Direito, cuja eticidade era de tutela à propriedade, em uma leitura liberal-individualista. “Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para justiça social”<sup>27</sup>. O individualismo implicou em uma reflexão do Estado e da sociedade em torno da propriedade privada, alicerçando todo o sistema produtivo. “No capitalismo, abrem-se as grandes matrizes de pensamento filosófico que acompanham até hoje o discurso comum da filosofia do direito: individualismo, direitos subjetivos(...)”<sup>28</sup>.

Contudo, com a redefinição do olhar do ordenamento jurídico, que ocorre após a II Guerra Mundial, tem-se a (re)leitura do Direito, defendendo-se como centro do ordenamento jurídico a tutela da dignidade humana. Despatrimonializa-se o ordenamento jurídico. As Constituições, em sua grande parte, elevaram ao centro de tutela a dignidade humana. Neste sentido, defende Moraes que, “[...] a

<sup>25</sup> MORAES, 2003.

<sup>26</sup> SANTOS, 2000, 2002; GONTIJO, 2011; CRUZ, DUARTE, 2013.

<sup>27</sup> LÔBO, 2009, p. 26.

<sup>28</sup> MASCARO, 2002, p. 21.

ideia de que o Direito ou é humano, ou não é Direito. Não por acaso, se considera que o fim da modernidade coincide com o término da Segunda Guerra Mundial”<sup>29</sup>.

É nesse sentido, que a CR/88 veio tutelar o trabalho, elevando-o ao centro de sua ordem tutelar numa correlação direta com a pessoa humana. No plano juslaboral o reconhecimento da pessoa representa o desenvolvimento da subjetividade, da igualdade, o respeito e o pertencimento à coletividade, dimensões essenciais à dignidade humana do trabalhador. O reconhecimento a ser dado no plano juslaboral exige a realização igualitária das necessidades, o que de fato, implica o reconhecimento das diferenças<sup>30</sup>.

Neste sentido, que deve ser compreendida a presente proposta de revisitação da natureza jurídica do dever de reparação em caso de acidentalidade do trabalho. A morfologia prevista no art. 7º, XXVIII, da CR/88 não reconhece a igualdade de tutela do trabalhador afetando diretamente o conceito de dignidade. A instituição do ônus da prova da culpa do empregador ao empregado em caso de acidentalidade do trabalho configura-se clara forma de desrespeito à dignidade do trabalhador de modo a afetar o desenvolvimento do seu autorrespeito atingindo a identidade da pessoa do trabalhador.

Portanto, nesta perspectiva, defende-se, a partir da interpretação da normativa constitucional a definição do dever de reparação em caso de acidente do trabalho na natureza objetiva, o que ocorrerá por meio da interpretação valorativa numa tentativa de superar a interpretação por meio da subsunção que se faz, majoritariamente, da morfologia contida no art.7º, XXVIII da CR/88.

Defende-se que o dever de reparação deve ser interpretado em conformidade com o texto normativo constitucional e, para tanto, necessário se faz buscar a compreensão do que pressupõe e em que moldes deve ser realizada a interpretação constitucional. O enfrentamento da temática é proposto a partir de Luño, que defende que *“La interpretación constitucional posee una importancia decisiva en cualquier sistema democrático, especialmente en aquellos que cuentan con una jurisdicción constitucional”*<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> MORAES, 2003, p. 67.

<sup>30</sup> WANDELLI, 2012, p. 159-160.

<sup>31</sup> LUÑO, 1999, p. 249.

Continua o autor afirmando que *“la interpretación constituye, en efecto, el punto de encuentro donde confluyen y se entremezclan los procedimientos metódicos de la ciencia y de la filosofía del derecho y el banco prueba de la respectiva validez de sus postulados”*<sup>32</sup>. Portanto, ao se defender a interpretação constitucional o objetivo é de se buscar o alcance normativo das normas tutelares à pessoa humana e, em especial, as de natureza de direitos fundamentais. *“De ahí que la hermenéutica constitucional, lejos de agotarse en la mera subsunción lógica o en la elaboración conceptual, exija la firme voluntad del intérprete dirigida a realizar de forma óptima los objetivos de la Constitución”*<sup>33</sup>.

Nesse sentido, reafirma-se que os objetivos do Estado Democrático de Direito são:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Há de se registrar que todos os objetivos implicam em atuação positiva do Estado a fim de assegurar a progressividade de tutela à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito – art.1º, III, da CR/88.

Ao se buscar a interpretação constitucional defende-se a observância que *“La constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”*<sup>34</sup> que, deve ser interpretada em sua materialidade em consonância com sua funcionalidade social.

Assim, a interpretação deve ser realizada em sua materialidade, entendendo-se que

<sup>32</sup> LUÑO, 1999, p. 249.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 1999, p. 254.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 1999, p. 272, grifo nosso.

**Ao interpretar a Constituição, deve-se fazê-lo de modo a guardar coerência com a realidade apresentada nos contextos sociais.**

[...] propugna la elaboración teórica y el máximo desarrollo de los valores básicos aceptados mayoritariamente por una colectividad y que fundamentan e informan la Constitución. En este sentido, la Constitución material se vincula a la idea de *sistema de valores*.<sup>35</sup>

Posto isso, a interpretação material da Constituição atuaria como instrumento hermenêutico a expressar os valores básicos e, por isso constitui-se como sistema de valores, aceitos pela coletividade e recepcionados pela ordem constitucional.

Associada à interpretação material, tem-se a interpretação sistemática partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico é sistema coerente, dotado de unidade orgânica e finalística.

La sistematicidad así entendida como unidad y coherencia del orden jurídico, que tiene su fundamento en la propia Constitución, no es, sin embargo, un dato puramente formal, sino que precisa *también tener presentes las exigencias de unidad y de coherencia de los intereses que conforman la realidad social y que se el intérprete no debe ni puede ignorar*.<sup>36</sup>

Ao interpretar a Constituição, deve-se fazê-lo de modo a guardar coerência com a realidade apresentada nos contextos sociais. Trata-se, no entendimento de Luño, da interpretação evolutiva que se traduz na interpretação finalística dos objetivos e metas constitucionais<sup>37</sup>. Trata-se da “[...] Constitución viviente construida, en cada momento, en base al texto normativo integrado por sus contextos sociales.”<sup>38</sup>

Esa Constitución viviente no refleja sólo la realidad del statu quo socioeconómico existente en el momento de su promulgación, sino que contiene el germen y auspicia las metas sociopolíticas a conseguir: no es una meta de llegada (Constitución-balance), sino un punto de partida (Constitución-programa). En función del logro de ese horizonte prospectivo se propone una clasificación de las normas constitucionales que las agrupa en: *normas de finalidad*, que son las dirigidas a indicar y promover una realidad futura, diversa de la actual [...].<sup>39</sup>

<sup>35</sup> *Ibid.*, 1999, p. 273, grifo do autor.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 1999, p. 274, grifo nosso.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 1999, p. 274.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 1999, p. 275.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 1999, p. 275, grifo do autor.

Trata-se de garantir legitimidade ao Direito, de modo a incorporar os discursos morais<sup>40</sup>.

Os métodos interpretativos a serem aplicados à normativa constitucional devem ser realizados tendo em vista a ordem principiológica de interpretação constitucional.

Dentre os princípios que orientam a interpretação constitucional, tem-se o princípio da unidade constitucional, cujo postulado defende que as normas constitucionais formam unidade normativa, de modo que a interpretação a ser conferida a normativa constitucional deve ser realizada guardando coerência numa perspectiva da totalidade da ordem constitucional, evitando contradições e antinomias.

Outro princípio a ser observado é da efetividade dos comandos normativos constitucionais, cujo postulado defende que deve-se garantir a máxima efetividade das normas constitucionais em coerência com os valores reconhecidamente constitucionais do Estado Democrático de Direito, dotado de pluralidade e alteridade. Nessa concepção, torna-se evidenciada a impossibilidade de se fazer a interpretação formalista, segundo a teoria positivista. A concepção democrática do Estado brasileiro, associada aos seus fundamentos, dentre eles a dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento do valor da pessoa humana, exige que a interpretação normativa seja funcionalizada em prol de sua tutela e toda a sua extensão de pluralidade que venha a ser apresentada. Desse modo, ou a concepção do Direito é humana ou, como já afirmado nesta pesquisa, não é Direito.

Portanto, afirmando-se que a norma constitucional é fundamental e fundamentadora da ordem jurídica e, considerando que a interpretação a lhe ser conferida deve observar os princípios da unidade e da efetividade dos comandos constitucionais, defende-se a definição da responsabilidade objetiva do empregador nos acidentes do trabalho pelos fundamentos exposto:

- i) o Estado Democrático de Direito está fundamentado, dentre outros, sob o valor da dignidade da pessoa humana e sobre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – art. 1º, III e IV da CR/88;

<sup>40</sup> CRUZ; DUARTE, 2003.

- ii) são objetivos da República brasileira, dentre eles, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, I a IV da CR/88;
- iii) é assegurada a reparabilidade dos danos sofridos pela pessoa humana, o que deve ser realizado em sua integralidade – art. 5º, V, da CR/88;
- iv) a concepção de que a norma constituinte permite uma interpretação normativa mais protetiva ao trabalhador, não esgotando a sua tutela no art. 7º da CR, a saber: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]” – art.7º, *caput* da CR/88;
- v) é dever do empregador zelar pela integridade psicofísica do empregado, bem como, de tutelar o meio ambiente do trabalho, de modo que sejam reduzidos os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- vi) a ordem econômica tem como princípios, numa ordem topográfica que precede, o princípio da função social da propriedade à livre concorrência, sem se esquecer dos princípios da defesa ao consumidor – impondo-se responsabilidade objetiva por meio do CDC, ao meio ambiente, a redução das desigualdades e da busca pelo pleno emprego – art. 170 da CR/88;
- vii) “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” – art. 193 da CR/88;
- viii) que a saúde é direito de todos e dever do Estado – art. 196 da CR/88;
- ix) “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” – art. 225, *caput*, da CR/88;
- x) a responsabilização objetiva do Estado, art.37, §6º e em caso de acidentalidade nas atividades nucleares – art. 21, XXIII, alí-

**A ordem jurídica brasileira ao se deparar com relações jurídicas desequilibradas e caracterizadas pela vulnerabilidade de um dos sujeitos, em distintas normas, definiu a reparação dos danos na natureza objetiva.**

nea d da CR/88. Nesse sentido, a interpretação constitucional não se esgota na interpretação subsuntiva, mas na realização dos objetivos da norma constitucional. Defende que a norma constitucional é fundamental e fundamentadora da ordem jurídica a ser interpretada em sua materialidade a fim de promover a tutela à dignidade humana em igualdade – objetivo do Estado Democrático de Direito.

Não esgotando os argumentos na normativa constitucional, mas indo além, de modo que se observe também, a coerência da ordem jurídica infraconstitucional, defende-se que a responsabilidade objetiva do empregador por acidente do trabalho pode ser fundamentada por meio do diálogo das fontes, “[...] significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes normativas [...] e gerais [...], com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais”<sup>41</sup>. O diálogo das fontes permite a aplicação coerente das leis, co-existentes no sistema e tem por fim evitar as antinomias num sistema tão plural e dialético.

Observa Marques:

“Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente seja subsidiariamente, seja permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente aos diferentes)<sup>42</sup>.

É no sentido posto por Marques (2008), de buscar uma opção mais favorável ao mais fraco da relação, aqui, leia-se trabalhador, que se buscará a interpretação dialogada das fontes normativas a fim de fundamentar o dever de reparação objetiva do empregador por acidente do trabalho.

A ordem jurídica brasileira ao se deparar com relações jurídicas desequilibradas e caracterizadas pela vulnerabilidade de um dos sujeitos, em distintas normas, definiu a reparação dos danos na natureza objetiva.

<sup>41</sup> MARQUES, 2008, p. 87.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 2008, p. 87-88, grifo do autor.

**O fundamento de se instituir a reparabilidade do dano na forma objetiva baseou-se justamente no conceito de vulnerabilidade, ou seja, na desigualdade jurídica havida na relação entre o Estado e seus administrados.**

Nesse sentido, passa-se a interpretar como a ordem jurídica tem avançado na tutela da pessoa humana e na efetivação dos direitos fundamentais no plano do Direito Administrativo, da relação consumerista e da tutela ambiental, no intuito de afirmar o dever de reparabilidade no plano objetivo como instrumento de tutela a dignidade humana de sujeitos vulneráveis.

Como afirmado, todos os ramos do Direito nominados têm por objeto a reparabilidade integral do sujeito vulnerável da relação jurídica, guardando assim, características iguais ao Direito do Trabalho, mas que equivocadamente, tem se posicionado, de forma a afirmar, enquanto interpretação geral, a natureza subjetiva do dever de reparabilidade em caso de acidentalidade do trabalho.

No plano do Direito Administrativo o dever de reparabilidade do dano acarretado pela Administração Pública está fundamentado no art. 37, §6º da CR/88, a saber: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros [...]”.

O fundamento de se instituir a reparabilidade do dano na forma objetiva baseou-se justamente no conceito de vulnerabilidade, ou seja, na desigualdade jurídica havida na relação entre o Estado e seus administrados. Neste sentido, observou Cavalieri Filho, que

chegou-se a essa posição com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram toda as consequências danosas da atividade administrativa<sup>43</sup>.

Em suma, o objetivo é resguardar a equidade no dever de reparabilidade devido pelo Estado no intuito de assegurar a efetividade da tutela à dignidade da pessoa humana. Cabe observar que o Superior Tribunal de Justiça – STJ – no processo REsp 872630 / RJ, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 13.11.2007 se posicionou

<sup>43</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 242.

pelo reconhecimento da dignidade humana é premissa inarredável de qualquer ordem jurídica, posto seja fundamento do Estado Democrático de Direito<sup>44</sup>.

Destaca-se registrar, de modo reiterado que, ou o Direito é humano, no reconhecimento da tutela à pessoa humana, ou não é Direito. E, nos fundamentos parciais da ementa juntada, a interpretação dada a ordem jurídica que tem como seu centro de tutela a pessoa humana e, portanto, a exigir que haja ampliação interpretação ao dever de reparabilidade desvinculada da outrora leitura oitocentista que pressupunha o dever de reparabilidade fundada no elemento culpa.

No plano da reparabilidade consumerista a interpretação de fundamentação ao dever de reparação não é diferente. Elege-se o consumidor como sujeito vulnerável da relação jurídica consumerista aplicando em seu favor a responsabilização objetiva no firme intuito de garantir segurança às relações consumeristas e não mais a entendendo-a como “aventura de consumo”<sup>45</sup> em que, o consumidor, se quisesse, que assumisse o risco dos produtos consumidos. Observou Cavalieri Filho que, antes do Código de Defesa do Consumidor – CDC – Lei 8078/90 – “[...] havia inúmeros obstáculos jurídicos para se chegar à responsabilização do fornecedor. Ele só respondia por

<sup>44</sup> Parte do inteiro teor do Acórdão: [...]14. O reconhecimento da dignidade humana, outrossim, é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal dos direitos do homem, inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.

<sup>15</sup> Deveras, à luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

<sup>16</sup> O direito à liberdade compõe a gama dos direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis. Por isso que a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz.

<sup>17</sup> *A ampliação da responsabilidade estatal, com vistas a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, integridade física, imagem e honra, não só para casos de erro judiciário, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, para hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal, é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo respeito a esses valores.* (grifos acrescentados)

<sup>45</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 482.

culpa, e culpa provada, e esta era uma espécie de couraça que só tornava o fornecedor irresponsável”<sup>46</sup>.

No mesmo sentido, de forma mais avançada, tem-se a tutela conferida pelo Direito Ambiental, instrumento de tutela à dignidade humana por meio da afirmação da qualidade ambiental no espaço natural, artificial, cultural e do trabalho.

O dever de reparabilidade por dano ambiental encontra-se disposto no artigo 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, que dispõe: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.” A normativa harmoniza-se com o disposto no art. 225, §3º da CR/88, a saber: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Trata-se de interpretação normativa a tutelar o objeto de vulnerabilidade do Direito Ambiental, o meio ambiente e a pessoa humana. Harmoniza-se ainda, com o conceito de segurança a ser garantida à pessoa humana.

Neste sentido, observa-se parte da fundamentação dada ao processo REsp 1454281 / MG.RECURSO ESPECIAL 2013/0380616-4, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 16.08.2016:

3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental.

Registre-se que, o dever da reparabilidade dos danos causados ao meio ambiente tem evoluído no sentido de se afirmar a responsabilização

<sup>46</sup> *Ibid.*, 2010, p. 483.

integral, hipótese em que não há incidência das excludentes do dever de reparação (caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro).<sup>47</sup>

#### 4. NOTAS CONCLUSIVAS

Como já afirmado, a interpretação dada à natureza jurídica do dever do empregador em reparar o acidente do trabalho ainda encontra respaldos numa epistemologia do Direito na concepção abstrata, em que a interpretação da norma está fundada na interpretação sintático-semântico.

Entendendo que o Direito deve tutelar a dignidade humana em sua pluralidade e diversidade, a interpretação fundada numa legalidade sistêmica e objetiva, realizada por meio da subsunção, posta num conceito de validade do Direito, não mais se justifica. A interpretação deve ser realizada de forma dialética a observar os valores e a moral, numa concepção de legitimidade do Direito, cujo objetivo será sempre o de resguardar a condição antropológica do ser humano, sua intersubjetividade e alteridade. Nesse sentido, o Direito será sempre interpretativo-valorativo.

É nesse sentido que o dever de reparar o dano em caso de acidente do trabalho deve ser interpretado. Deve-se interpretar os comandos constitucionais no sentido de resguardar a sua natureza fundamentadora da ordem jurídica que elevou a pessoa humana ao centro da ordem jurídica.

<sup>47</sup> Nesta linha interpretativa, a decisão proferida pelo STJ no processo AgRg no REsp 1412664 SP 2011/0305364-9, Relator Ministro Raul Araújo, julgado em 11.03.2014, a saber: Ementa: DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. LUCROS CESSANTES AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA INTEGRAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. CABIMENTO. 1. A legislação de regência e os princípios jurídicos que devem nortear o raciocínio jurídico do julgador para a solução da lide encontram-se insculpidos não no código civilista brasileiro, *mas sim no art. 225, § 3º, da CF e na Lei 6.938/81, art. 14, § 1º, que adotou a teoria do risco integral, impondo ao poluidor ambiental responsabilidade objetiva integral*. Isso implica o dever de reparar independentemente de a poluição causada ter-se dado em decorrência de ato ilícito ou não, não incidindo, nessa situação, nenhuma excludente de responsabilidade. Precedentes. 2. Demandas ambientais, tendo em vista respeitarem bem público de titularidade difusa, cujo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de natureza indisponível, com incidência de responsabilidade civil integral objetiva, implicam uma atuação jurisdicional de extrema complexidade. 3. O Tribunal local, em face da complexidade probatória que envolve demanda ambiental, como é o caso, e diante da hipossuficiência técnica e financeira do autor, entendeu pela inversão do ônus da prova. Cabimento. 4. A agravante, em seu arazoado, não deduz argumentação jurídica nova alguma capaz de modificar a decisão ora agravada, que se mantém, na íntegra, por seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental não provido.

**Entendendo que o Direito deve tutelar a dignidade humana em sua pluralidade e diversidade, a interpretação fundada numa legalidade sistêmica e objetiva, realizada por meio da subsunção, posta num conceito de validade do Direito, não mais se justifica.**

Desse modo, o dever de reparar na hipótese juslaboral não pode se ater tão somente a morfologia de regra contida no art. 7º, XXVIII da CR/88, mas sim, deve-se realizar uma interpretação a partir dos comandos constitucionais com o objetivo de compreender o alcance normativo das normas tutelares à pessoa humana e, em especial, as de natureza de direitos fundamentais, de modo a considerar que: i) o Estado Democrático de Direito, dentre seus fundamentos, está fundamentado a partir do conceito de tutela à pessoa humana e sobre o valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – art. 1º, III e IV da CR/88; ii) são objetivos da República brasileira, dentre eles, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, I a IV da CR/88; iii) a concepção de que a norma constituinte permite uma interpretação normativa mais protetiva ao trabalhador, não esgotando a sua tutela no art. 7º da CR, a saber: Art. 7º “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]” – art. 7º, caput da CR/88; iv) a ordem econômica tem como princípios, numa ordem topográfica que precede, o princípio da função social da propriedade à livre concorrência, sem se esquecer dos princípios da defesa ao consumidor – impondo-se responsabilidade objetiva por meio do CDC, ao meio ambiente, a redução das desigualdades e da busca pelo pleno emprego – art. 170 da CR/88; v) “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” – art. 193 da CR/88; vi) que saúde é direito de todos e dever do Estado – art. 196 da CR/88; vii) “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” – art. 225, caput, da CR/88 –, com imposição de responsabilidade objetiva em caso de dano ao meio ambiente – Lei 6.938/81e, por fim, viii) a responsabilização objetiva do Estado, art. 37, §6º e em caso de acidentalidade nas atividades nucleares – art. 21, XXIII, alínea d da CR/88. Nesse sentido, a interpretação constitucional não se esgota na interpretação subsuntiva, mas na realização dos objetivos da norma constitucional. Defende que a

norma constitucional é fundamental e fundamentadora da ordem jurídica a ser interpretada em sua materialidade a fim de promover a tutela à dignidade humana em igualdade – objetivo do Estado Democrático de Direito. Para além da normativa constitucional, há de se considerar as normativas trazidas, via diálogo das fontes, no art. 2º, da CLT que estabelece que o risco da atividade é do empregador e as disposições normativas de responsabilização objetiva em caso de vítimas conceituadas a partir da vulnerabilidade como são os casos da responsabilização objetiva imposta à Administração Pública, àqueles que exploram a atividade nuclear, aos fornecedores na relação consumerista e àqueles que causam dano ao meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cléber Lúcio. *Responsabilidade civil do empregador e acidente do trabalho*. Belo Horizonte: LTR, 2003.

AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. A responsabilidade objetiva por danos decorrentes de acidentes do trabalho a jurisprudência dos Tribunais: cinco anos depois. In: *Revista do TST*, v. 76, n. 1, jan/mar 2010.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade civil no Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2010.

EÇA, Vitor Salino de Moura; VILELA, Janaína, Alcântara. Os direitos fundamentais sociais: considerações sobre sua efetividade. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite; EÇA, Vitor Salino de Moura (Coords.). *Direito Material e processual do trabalho na perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: LTR, 2014.

\_\_\_\_\_. Antecipação dos efeitos da tutela específica e a proteção da saúde e segurança do trabalhador. In:

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Trabalho e saúde*. Belo Horizonte: RTM, 2015.

GONTIJO, Lucas Alvarenga. *Filosofia do Direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguística-pragmática*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

GRAU, Antonio Baylos. *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991.

\_\_\_\_\_. La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012. Disponível em: <[http://www.celds-uclm.es/celds/resources/source/02.%20Antonio%20Baylos\\_rds61.pdf](http://www.celds-uclm.es/celds/resources/source/02.%20Antonio%20Baylos_rds61.pdf)> Acesso: 03 set. 2014.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Leituras Complementares De Direito Civil: o Direito Civil-Constitucional em concreto*. FARAIS, Cristiano Chaves (Org.) 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitucion*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MASCARO, Alysso Leandro. *Introdução à Filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista Estado, Direito e Sociedade*. v. I, 1991.

\_\_\_\_\_. Risco, Solidariedade e responsabilidade objetiva. In: *RT/FAsc. Civil*. Ano 95, v. 854, dez. 2006.

\_\_\_\_\_. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Ariete Pontes de. A eticidade da responsabilidade civil juslaboral a partir da hermenêutica constitucional: a concepção individualista da responsabilidade civil x a concepção social do dever de reparação. In: *Anais do XXIV Congresso Nacional do Conpedi-UFGM/FUMEC/DOM HELDER*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil juslaboral: re(leitura) da natureza jurídica a partir da hermenêutica estrutural do direito. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Ano XVI, n. 57, maio/ago 2012.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

\_\_\_\_\_. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um Direito Humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTR, 2008.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade objetiva do empregador pelos danos decorrentes de acidente do trabalho. In: *Revista LTR*. v. 74, n. 1, jan/2010.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTR, 2012.

# FUNÇÃO E FUNDAMENTO DA JUSTIFICAÇÃO POR DEDUÇÃO NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

**Fabrício Diesel Perin**

Fabrício Diesel Perin

Graduado em Ciências  
Jurídicas e Sociais pela  
Faculdade de Direito da  
Universidade Federal  
do Rio Grande do Sul,  
Porto Alegre, RS.  
fabriciodp@hotmail.com.br

**Recebido:** março 2, 2017

**Aceito:** dezembro 21, 2017

## The function and grounds of deductive justification in Neil MacCormick's theory of legal reasoning

### RESUMO

O propósito deste trabalho é explicar a função e o fundamento da justificação por dedução na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. Argumenta-se que a justificação por dedução, em primeiro lugar, desempenha função estrutural na argumentação jurídica, ou seja, apresenta a estrutura pela qual os argumentos são dispostos em vista de justificar uma decisão judicial. Além disso, argumenta-se que o fundamento da justificação por dedução muda conforme o conceito de direito empregado por MacCormick é alterado. Em sua primeira fase, MacCormick fundamenta a justificação por dedução em um conceito de direito fundado em regras, de modo que a justificação por dedução evidenciaria a vinculação de uma decisão judicial às regras fundantes do direito. Porém, em uma segunda fase, seu conceito de direito indica que a argumentação jurídica deve estar centrada nos valores encarnados pelo Estado de Direito, de modo que a vinculação de uma decisão judicial a uma regra jurídica por meio da justificação por dedução fundamenta-se no respeito pelo Estado de Direito.

**Palavras-chave:** Neil MacCormick; Argumentação Jurídica; Justificação por Dedução; Silogismo; Estado de Direito.

The purpose of this paper is to explain the function and the grounds of deductive justification in Neil MacCormick's theory of legal. It is argued that deductive justification, first, plays a structural role in legal argumentation, that is, it presents the structure by which the arguments are arranged in order to justify a judicial decision. Moreover, the ground of deductive justification changes as MacCormick's concept of law is changed. In his first phase, MacCormick grounds deductive justification on a rule-based concept of law, so that the deductive justification would demonstrate the binding of a judicial decision to the founding rules of law. However, in a second phase, your concept of law indicates that the legal reasoning must be centered on the values embodied by the Rule of Law, so that the binding of a judicial decision to a legal rule by deductive justification is based in the respect for the Rule of Law.

**Keywords:** Neil MacCormick; Legal Reasoning; Deductive Justification; Syllogism; Rule of Law.

*Se você ler algo com simpatia e interesse (...),  
você estará disposto, de tempos em tempos, a reconhecer uma  
alteração, uma mudança de posição, porque você sentiu que algum  
argumento sobre o qual você não tinha refletido era forte e você  
precisou reconhecê-lo e adaptar-se a ele ou adotá-lo<sup>1</sup>.*

## INTRODUÇÃO

No presente artigo procura-se explicar a função e o fundamento da justificação por dedução de decisões judiciais na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. Trabalhar-se-á com a hipótese interpretativa de que a justificação por dedução possui função estrutural na argumentação jurídica, ou seja, apresenta a estrutura pela qual os argumentos são dispostos em vista de justificar uma decisão judicial, e que funda-se nos valores intrínsecos ao Estado de Direito. Quanto à função, a justificação por dedução torna claro que a prática judicial trata da relação entre casos particulares e regras gerais, vez que o silogismo, ou seja, forma de argumento dedutivo formada pela relação entre premissas maior e menor, reflete a estrutura da regra jurídica, qual seja, uma premissa geral que, relacionada a uma premissa particular, importa uma consequência

<sup>1</sup> MACCORMICK, 2011, p. 17, tradução livre.

(conclusão). Com relação ao fundamento, ele muda conforme o conceito de direito de MacCormick é alterado de um positivismo hartiano para um pós-positivismo. No primeiro caso, a justificação por dedução, ao evidenciar que a decisão tem como base uma regra jurídica, funda-se na perspectiva de que o direito é formado por um sistema de regras, em especial pela união de regras primárias e secundárias. No segundo caso, a teoria argumentação jurídica de MacCormick tem como fundamento valores caros ao direito, em especial ao Estado de Direito, como a certeza e a segurança jurídica, o que exige que as decisões judiciais sejam baseadas em regras, de modo que a justificação por dedução é a maneira que possibilita demonstrar que uma decisão judicial encontra fundamento em regras jurídicas.

Este texto seguirá as seguintes etapas: em primeiro lugar, será esclarecido que, para MacCormick, a função da argumentação jurídica é a justificação de decisões judiciais, não funcionando, pois, em vista do processo volitivo/cognitivo da tomada de decisões judiciais. Essa função, primordial, segundo MacCormick, para o direito, possui relação íntima com um conceito de direito. Nesse sentido, o passo seguinte do trabalho são apontamentos sobre mudanças internas à obra de MacCormick. Em sua primeira fase, dois aspectos essenciais serão vistos: um conceito de direito positivista, baseado em Hart, e na distinção entre casos claros e difíceis que funda um modelo dedutivista de teoria de argumentação jurídica. Na segunda fase, contudo, seu conceito de direito passa a abarcar uma pretensão implícita de justiça, enquanto que sua distinção entre casos claros e casos difíceis perde importância prática diante de um interpretativismo em sua teoria da argumentação jurídica.

O passo seguinte é compreender o que MacCormick entende por silogismo jurídico com sua relação com a estrutura de uma regra jurídica para, em tópico posterior, esclarecer a função que a justificação por dedução desempenha na argumentação jurídica, qual seja, como estrutura, destacando-se a passagem de MacCormick de um dedutivismo para um interpretativismo. Após, é apresentado mais detalhadamente como a justificação por dedução funda-se, em um primeiro momento da obra de MacCormick, no conceito de direito fundado em regras para, após, em um segundo momento da obra de MacCormick, fundar-se no caráter valorativo do Estado de Direito. Por fim, os limites da justificação por dedução são analisados.

**As teorias positivistas que precederam MacCormick deixaram de lado o caráter prático do direito, ou seja, forneceram pouca ajuda para aquele que deve tomar decisões judiciais.**

Tendo função estrutural, não podendo resolver por si só os casos jurídicos, a justificação por dedução necessita ser coligada com formas argumentativas dela independentes. Sabendo da necessidade de se buscar justificações exteriores à lógica formal, MacCormick aponta os limites que esta possui, os quais são objeto de análise do último tópico deste artigo.

## 1. NOÇÕES PRELIMINARES

### 1.1 Argumentação Jurídica como Justificação

As teorias positivistas que precederam MacCormick deixaram de lado o caráter prático do direito, ou seja, forneceram pouca ajuda para aquele que deve tomar decisões judiciais<sup>2</sup>. Tanto Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, quanto Hart, em seu *O Conceito de Direito*, pouco escreveram sobre a aplicação do direito<sup>3</sup>. MacCormick, em um primeiro momento, busca colmatar essa insuficiência do positivismo, de modo a fornecer uma teoria da argumentação jurídica que o complementa, em especial o positivismo jurídico como estabelecido por Hart<sup>4</sup>.

O primeiro tópico deste trabalho deve ser destinado a explicitar, na visão de MacCormick, a função da argumentação jurídica. Para ele, a argumentação jurídica trata de estudar os meios de justificação das decisões judiciais, ou seja, não visa o processo intelectual de descoberta ou tomada de uma decisão judicial, mas sim, uma vez havendo uma decisão, procura justificá-la de modo racional.<sup>5</sup> Nesse sentido, ele afirma que “a noção essencial é a de dar (o que se entende por, e é apresentado como) boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões. O processo que vale estudar é o processo de argumentação como processo de justificação”<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> MICHELON, 2010, p. 54.

<sup>3</sup> Kelsen, no último capítulo da *Teoria Pura do Direito* fala sobre a interpretação, mas apenas desenvolve que o direito fornece um quadro moldura ao julgador, sendo que este escolhe uma das opções deste quadro, ou mesmo fora dele, sendo a interpretação autêntica (aquela realizada pelo operador autorizado do direito) um ato de vontade, bastando apenas que seja autorizado (KELSEN, 2009. Cap. VIII). Hart, por sua vez, afirma que há a textura aberta do direito, ou seja, é possível que haja casos situados em uma zona de penumbra, em oposição a casos fáceis, sendo que naquela o julgador é abandonado a seu arbítrio (HART, 2007. p. 148-149 HART, 2010. p. 53-96. pp. 68-78).

<sup>4</sup> MACCORMICK, 2011, p. 20; LA TORRE, 2011, p. 55-67. Sobre a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica em relação à uma teoria do direito MACCORMICK, 2006. p. 345.

<sup>5</sup> “O ponto inicial da teoria da argumentação jurídica de MacCormick é a identificação de sua função, a saber: a função de justificar uma ação.” MICHELON, 2010. p. 57. Tradução livre.

<sup>6</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 19.

A citação acima refere-se ao livro *Legal Reasoning and Legal Theory*, publicado originalmente em 1978 (com uma segunda edição em 1994, a qual é utilizada para o presente trabalho). Em seu outro livro sobre o tema, *Rhetoric and the Rule of Law*, publicado em 2005, MacCormick não deixa claro, da forma como faz no livro anterior, o caráter justificatório da argumentação jurídica. Porém, como salienta Torben Spaak, resta claro que o intento de MacCormick continua sendo a justificação de decisões judiciais<sup>7</sup>. Essa intenção tem origem em sua pretensão de dar racionalidade à aplicação do direito. Para tal, ele procura demonstrar que é possível que a argumentação jurídica e a aplicação do direito possam ser racionalmente estruturadas e reconstruídas<sup>8</sup>. O propósito da teoria da argumentação jurídica de MacCormick não é clarificar o que motivou o julgador a tomar determinada decisão, mas sim quais argumentos são bons argumentos para justificar tal decisão<sup>9</sup>.

## 1.2 Justificação Jurídica e Teoria do Direito: mudanças de perspectivas internas à obra de MacCormick

Como já foi mencionado acima, MacCormick dá enorme importância a uma teoria da argumentação jurídica, tendo noção que uma teoria do direito, por si só, é insuficiente para dar conta do fenômeno jurídico. Nas suas próprias palavras, “as teorias da argumentação jurídica e do direito se exigem e são exigidas mutuamente”<sup>10</sup>. Dito isso, nota-se, então, que havendo uma alteração em seu conceito de direito, haverá também em sua teoria da argumentação jurídica, e vice-versa, pois ambas complementam-se.

A compreensão de MacCormick sobre a teoria da argumentação jurídica, assim como seu conceito do que é o direito, durante o curso de

<sup>7</sup> SPAAK, 2006, p. 101-117; No mesmo sentido LUCY, 2006. p. 614.

<sup>8</sup> PINO, 2010, p. 2. Em ambos os textos citados, MacCormick entende ser a argumentação jurídica um caso especial da razão prática, buscando neste arcabouço distinguir entre razões capazes de justificar e razões incapazes de justificar uma decisão jurídica, pois, segundo ele, é nela que pode-se visualizar os limites à justificação judicial. MACCORMICK, 2006, p. 345 e 348; MACCORMICK, 2008a, p. 23; SCHIAVELLO, 2011, p. 143. Para uma análise detalhada da “tese do caso especial” ver ALEXY, 2011, p. 210-217. Michelin aponta que a consideração de MacCormick de que tanto uma teoria da argumentação jurídica quanto uma teoria do direito devem ser entendidas no contexto de uma teoria geral da razão prática é que o leva a ser um pós-positivista. MICHELON, 2010. p. 59.

<sup>9</sup> SPAAK, 2006, p. 105. No mesmo sentido: LUCY, 2006, p. 614.

<sup>10</sup> MACCORMICK, 2006, p. 345.

sua obra, passa por significativas alterações<sup>11</sup>, de modo que é possível falar em ao menos duas fases de MacCormick: a primeira centrada nos anos 70 e 80, tendo como centro o livro, *Legal Reasoning and Legal Theory*, e outra fase a partir dos 90, em especial com a obra *Rhetoric and the Rule of Law*<sup>12</sup>.

A primeira fase, como já apontado anteriormente, é fundada na teoria do direito positivista de Herbert Hart. Um dos aspectos marcantes de sua teoria é o entendimento do direito como fundado em regras sociais, porém com duas características que as diferenciam das outras regras sociais: concernem a obrigações e deveres e possuem uma qualidade sistêmica que dependem da inter-relação entre dois tipos de regras, as regras primárias e secundárias<sup>13</sup>. Ou seja, o conceito de direito de Hart como exposto em *O Conceito de Direito* é fundado na noção de regra<sup>14</sup>.

Outro ponto que merece ser ressaltado refere-se a doutrina de Hart quanto a discricionariedade judicial. Para ele, a linguagem das regras possui, algumas vezes, textura aberta, ou seja, gera indeterminação em sua aplicação, apesar de que na maioria das situações, segundo ele, as regras podem ser claramente entendidas. Contudo, nos casos que ele chamará posteriormente de zona de penumbra, há um campo para a discricionariedade judicial<sup>15</sup>. MacCormick adota, em parte, essa posição, entendendo que há casos claros e difíceis<sup>16</sup>, o que irá, como se verá, influenciar seu entendimento sobre a justificação por dedução.

Porém, não só MacCormick utilizou o projeto de Hart para o desenvolvimento de sua teoria da argumentação jurídica, como também

<sup>11</sup> Para uma interpretação de MacCormick em suas fases, em especial sob dois aspectos particulares – o abandono gradual do positivismo em prol de um pós-positivismo em vista da aceitação da implícita pretensão de justiça do direito e, também, uma aproximação ao ultraracionalismo de Dworkin fundado na tese da única resposta correta-, realizando uma defesa da primeira fase, ver SCHIAVELLO, 2011. Para uma visão do próprio MacCormick sobre suas mudanças de pensamento, consultar MACCORMICK, 2011. Para uma análise crítica quanto à evolução no pensamento de MacCormick do conceito de positivismo jurídico, conferir VILLA, 2009, p. 45-64. Ainda, em vista de uma abordagem do ponto de vista metodológico, ver LA TORRE, 2011.

<sup>12</sup> PINO, 2010, p. 3.

<sup>13</sup> MACCORMICK, 2008b, p. 31; HART, 2007, Caps. V e VI.

<sup>14</sup> MACCORMICK, 2008b, p. 38. Esse ponto é, em suas linhas principais, mantido por MacCormick, que a ele se refere por tese da validade, derivada de uma regra de reconhecimento, a qual é uma regra secundária que indica quais regras pertencem a um determinado ordenamento jurídico. MACCORMICK, 2006, p. 68-69; PINO, 2010, p. 6.

<sup>15</sup> MACCORMICK, Neil. 2008b, p. 38-39; HART, 2007, p. 148-149; HART, 2010, p. 68-78.

<sup>16</sup> MACCORMICK, 2006, Cap. VIII.

em alguns pontos desenvolveu este projeto. Pode-se citar que o papel dos princípios na argumentação jurídica, como a entende MacCormick, tem em vista o desenvolvimento do direito como sistema<sup>17</sup>. Além disso, nos casos difíceis que se encontram na zona de penumbra, MacCormick vai além de deixá-los à discricionariedade do julgador, entendendo que mesmo neles há a possibilidade de o direito guiá-lo em vista de uma decisão<sup>18</sup>.

Na segunda fase, todavia, MacCormick, influenciado pelo pós-positivismo, revê sua teoria da argumentação jurídica em alguns aspectos, destacando-se dois para os fins pretendidos neste artigo. Em primeiro lugar, MacCormick adota a tese de que o direito possui uma pretensão implícita à justiça, de modo que uma teoria da argumentação jurídica deve ter em conta esta pretensão para o estabelecimento da justificação de uma decisão judicial<sup>19</sup>.

Outro aspecto é a revisão na distinção entre casos fáceis e casos difíceis, como uma guinada ao interpretativismo, ao entender que toda situação jurídica exige interpretação, a qual deixa influências marcantes na justificação por dedução<sup>20</sup>.

A breve exposição agora realizada teve como objetivo deixar assentado:

- i) que a teoria da argumentação jurídica de MacCormick é uma teoria da justificação de decisões judiciais;
- ii) que esta teoria influencia e é influenciada por uma teoria do direito;
- iii) que, em um primeiro momento, MacCormick funda sua teoria no direito no conceito de direito de Hart, em especial em seu conceito de direito vinculado a uma regra de reconhecimento (de modo que o direito é formado por uma união de regras primárias e secundárias), e, também, em seus apontamentos sobre a textura aberta do direito; e,
- iv) que, em um segundo momento, no qual MacCormick aproxima-se do pós-positivismo, seu conceito de direito é alterado em

<sup>17</sup> PINO, 2010, p. 13; MACCORMICK, 2006, Capítulo VII e p. 302

<sup>18</sup> PINO, 2010, p. 14; MACCORMICK, Neil. 2006, pp. 321-332.

<sup>19</sup> MACCORMICK, 2007, p. 270 e 276; SCHIAVELLO, 2011, p. 146.

<sup>20</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 56-57; PINO, 2010, p. 7.

vista de entender que há uma pretensão implícita de justiça no direito, assim como há uma alteração em sua visão sobre a distinção entre casos fáceis e difíceis (para entender que há interpretação é inerente à argumentação jurídica).

## 2. O SILOGISMO JURÍDICO EM MACCORMICK

John Dewey, em artigo intitulado *Logical Method and Law*<sup>21</sup>, trabalha a noção de lógica em relação a sua aplicação no direito. Para ele, não cabe falar no âmbito jurídico de uma lógica concentrada em aspectos formais. Aduz que a lógica deve estar atada aos aspectos concretos, empíricos, não ligada a aspectos antecedentes. Essa noção ele intitula lógica experimental, oposta à lógica silogística, a qual, segundo ele, é o raciocínio que possui formas fixas, anteriores e independentes de matérias concretas, e às quais estas devem se adaptar<sup>22</sup>.

A ideia apresentada no parágrafo anterior é a de que na argumentação jurídica a lógica formal não desempenha papel importante. Isso é decorrência de o direito se caracterizar por ser uma disciplina voltada à aplicação prática, à tomada de decisões concretas. Dewey introduz uma concepção de lógica experimental para a justificação de decisões judiciais, contraposta ao silogismo. Essa modalidade lógica que ele propõe é uma “lógica *relativa a consequências ao invés de antecedentes*, uma lógica de previsão de probabilidades ao invés de uma lógica de dedução de certezas”<sup>23</sup>. Esta afirmação, interpreta MacCormick, é um abandono de “formalismos antigos e equivocados”<sup>24</sup>.

Por outro lado, MacCormick afirma que há razões para que não se desconsidere o papel do silogismo na argumentação jurídica. As opiniões formadas em sentido contrário, como a de John Dewey, ignoram que a lógica formal e a dedução são partes integrantes fundamentais da justificação de decisões judiciais. Nesse sentido, ele procura desenvolver melhor a ideia de silogismo jurídico como parte basilar da argumentação jurídica.

<sup>21</sup> DEWEY, 1924, p. 17-27.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 26 (grifos no original).

<sup>24</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 44; MACCORMICK, 2005, p. 33.

**No Direito, a aplicação do silogismo pode ser visualizada a partir do estudo da estrutura da regra jurídica. Esta comumente indica uma certa situação fática, a qual, caso ocorra, gera certas circunstâncias jurídicas.**

Como primeiro passo para que tal tese seja demonstrada, é necessário fornecer o conceito de silogismo empregado por MacCormick. Segundo ele, o raciocínio dedutivo se propõe a demonstrar que uma conclusão está implícita dadas outras proposições ('premissas'), ou seja, considerando pressupostas certas premissas, uma proposição conclusiva pode ser atingida independentemente de outras afirmações. Também quer dizer que, se as premissas forem aceitas, a conclusão não pode ser negada, por estar implícita naquelas.

Uma argumentação dedutiva é uma argumentação que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as 'premissas' da argumentação. Uma argumentação dedutiva será válida se, não importa qual seja o teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que suas premissas de fato impliquem (ou acarretem) a conclusão. Com isso, o que se quer dizer é que seria uma contradição que alguém afirmasse as premissas e ao mesmo tempo negasse a conclusão<sup>25</sup>.

No Direito, a aplicação do silogismo pode ser visualizada a partir do estudo da estrutura da regra jurídica. Esta comumente indica uma certa situação fática, a qual, caso ocorra, gera certas circunstâncias jurídicas. Dada tal estrutura da regra jurídica, o silogismo no âmbito do direito é apresentado por MacCormick da seguinte maneira: Premissa A (norma jurídica): Se  $p$  (situação fática), então  $q$  (consequência jurídica). Premissa B (ocorrência da situação fática):  $p$ . Proposição conclusiva:  $q$ <sup>26</sup>.

Vistos tais conceitos, MacCormick introduz um exemplo para tornar claro o que pretende dizer. Ele apresenta o caso *Daniels e Daniels v. R. White & Sons e Tarbard*, apresentando-o da seguinte maneira:

<sup>25</sup> MACCORMICK, 2006, p. 26-27; MACCORMICK, 1978, p. 21-22.

<sup>26</sup> MACCORMICK, 2006, p. 29; MACCORMICK, 1978, p. 24. Na *Retórica*, MacCormick utiliza símbolos diferentes para a ideia apresentada. Nesta, a formulação do silogismo jurídico se dá da seguinte maneira: "Se FO então CN. FO. Portanto CN." MACCORMICK, 2008a, p. 43. MACCORMICK, 2005, p. 32. Não há nada que seja alterado no dito até aqui apenas com tal mudança de formulação. MacCormick, ao formular o silogismo jurídico, não faz uso de quantificadores, ou seja, a premissa maior 'Se  $p$ , então  $q$ ' deveria ser formulada como 'Se  $Px$ , então  $Qx$ ', de modo que a premissa menor traria um particular (' $Pa$ ') que satisfaz ' $P$ ', levando a conclusão ' $Qa$ ' (um particular que satisfaz ' $Q$ '). Isso pode ser visto logo abaixo quando MacCormick, na premissa maior, deixa claro o uso do quantificador ao escrever "Em qualquer caso" (ver nota 28).

O sr. Daniels foi a um bar e ali comprou uma garrafa de limonada (da marca R. White) e um caneco de cerveja. Levou-os para casa, onde bebeu um pouco da limonada e deu um copo para sua mulher, que também bebeu. Os dois tiveram sensações de ardência e adoeceram. Mais tarde foi determinado que a causa da enfermidade estava no fato de que a limonada que haviam consumido estava fortemente contaminada por ácido carbólico. Exames do conteúdo restante na garrafa de limonada comprovaram a existência de uma grande proporção de ácido carbólico<sup>27</sup>.

O que ocorreu em seguida foi que o sr. e a sra. Daniels processaram o fabricante da limonada e o comerciante que a vendeu. Aquele foi absolvido, enquanto este foi condenado ao pagamento de indenização. A pergunta que resta trata de saber qual a justificação de tal decisão.

A norma aplicada em tal questão é o artigo 14 (2) da Lei de Venda de Mercadorias de 1893. Essa, conforme considerada em decisão anterior, é formulada da seguinte maneira:

(A) Em qualquer caso, se as mercadorias vendidas a uma pessoa por outra tiverem defeitos não aparentes em um exame normal que as tornem impróprias para seu único uso devido, então elas não são de qualidade própria para comercialização<sup>28</sup>.

O juiz Lewis, no caso, considerou a garrafa com ácido carbólico como imprópria para comercialização. Isto ocorreu, pois, para o juiz Lewis, a existência de ácido carbólico na garrafa de limonada claramente se enquadra no significado da norma como formulada em (A). Tal asserção do juiz Lewis é reformulada por MacCormick como:

(B) No caso em questão, a mercadoria vendida por uma pessoa a outra tinha defeitos que a tornavam imprópria para seu único uso devido, mas que não eram aparentes em um exame normal<sup>29</sup>.

Com a afirmação de (A) e (B), resta impossível não afirmar ao mesmo tempo (C), ou seja, que

(C) Portanto, no caso em questão, a mercadoria vendida não é de qualidade própria para comercialização<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> MACCORMICK, 2006, p. 24; MACCORMICK, 1978, p. 19-20.

<sup>28</sup> MACCORMICK, 2006, p. 27; MACCORMICK, 1978, p. 22.

<sup>29</sup> MACCORMICK, 2006, p. 27; MACCORMICK, 1978, p. 22.

<sup>30</sup> MACCORMICK, 2006, p. 28; MACCORMICK, 1978, p. 22.

**A dedução alcança somente uma justificação argumentativa válida formalmente. Caso verdadeiras as premissas, então a conclusão logicamente implicada é verdadeira.**

Este exemplo demonstra a tese exposta acima, de que consideradas duas premissas (no caso (A) e (B)), a conclusão (C) está implicitamente contida nelas, de modo que é justificada formalmente pelo raciocínio dedutivo<sup>31</sup>.

### **3. FUNÇÃO ESTRUTURAL DO SILOGISMO JURÍDICO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

Nada, ainda, se afirmou sobre a verdade das premissas, apenas que, se forem verdadeiras, então, em um argumento dedutivo, a conclusão necessariamente também o será. MacCormick deixa claro tal ponto (de que o raciocínio dedutivo nada afirma sobre a verdade das premissas), ao afirmar:

(...) é importante destacar que a validade de um argumento não garante a veracidade de sua conclusão. Do fato de ser válida a argumentação decorre que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão deverá ser verdadeira; mas a própria lógica não tem como determinar ou garantir a veracidade das premissas. Se elas são ou não verdadeiras é (ou pelo menos pode ser) uma questão empírica<sup>32</sup>.

A dedução alcança somente uma justificação argumentativa válida formalmente. Caso verdadeiras as premissas, então a conclusão logicamente implicada é verdadeira.

Quando alguém ingressa em juízo com alguma demanda, deve indicar em qual regra jurídica seu pedido encontra subsídio, além de ter o dever de indicar quais os fatos que tornam seu pedido procedente (fatos estes que devem, durante o curso do procedimento legal, serem provados). Para que os fatos alegados sejam relevantes para a questão legal, devem ter relação com a regra jurídica a qual pretende-se que seja aplicada<sup>33</sup>.

Pelo dito no parágrafo acima, nota-se como a formulação de uma demanda judicial tende a tomar a forma de um silogismo como apresentado no primeiro tópico deste trabalho. A indicação da regra

<sup>31</sup> Essa maneira de entender a questão faz uso da lógica de implicação, na qual há um antecedente e um conseqüente. Sobre silogismos hipotéticos, enunciados condicionais e implicação material ver COPI, 1978. p. 214-217 e 234-240. “As normas jurídicas, enquanto preposições, têm estrutura implicacional.” VILANOVA, 1977, p. 75.

<sup>32</sup> MACCORMICK, 2006, p. 30-31; MACCORMICK, 1978, p. 25.

<sup>33</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 45-46; MACCORMICK, 2005, p. 33-34.

jurídica a ser aplicada é a premissa maior do modelo dedutivo<sup>34</sup>, a qual costuma tomar a forma indicada “Se *p*, então *q*” (esta é uma formulação simplista que liga certos fatos a uma consequência jurídica, porém uma regra jurídica pode ser apresentada em elementos menores devido a sua maior complexidade, o que não é estritamente necessário para os fins pretendidos aqui).

Por sua vez, “as alegações de fato nas petições iniciais representam um conjunto de premissas menores que são necessariamente particulares”<sup>35</sup>. A indicação dos fatos em uma demanda, como exposto pela citação, representa a premissa menor na construção de um silogismo.

É nesta relação que reside o motivo central do silogismo jurídico ocupar papel central na argumentação jurídica. Ele possibilita que se torne claro como o direito deve ser aplicado, ou seja, que é necessário ter em mente a relação entre uma regra e um caso particular. Como exposto no tópico anterior, a forma de uma regra jurídica, se dá a partir de uma hipótese legal conectada a uma consequência jurídica. No momento da aplicação, é a verificação da hipótese legal que é central, sendo que isso se torna claro com a utilização de um silogismo. É neste sentido que McCormick afirma que “A forma silogística é realmente importante porque mostra que a aplicação do Direito está enraizada na ideia de aplicação de regras universais a casos particulares”<sup>36</sup>.

Mas como todo o assunto foi tratado até agora, as alegações sobre o direito e sobre os fatos não foram consideradas com as possíveis dúvidas que podem apresentar. Além do já mencionado acima sobre o silogismo ser incapaz, por si só, de estabelecer a verdade das premissas, é possível que controvérsias sejam apresentadas.

A ocorrência de fatos ou uma certa interpretação do direito podem estar sujeitas a controvérsias, de modo que o raciocínio dedutivo se mostre insuficiente para resolver uma questão jurídica (neste âmbito já se fala de limitações do papel do silogismo na argumentação jurídica, mas tratar superficialmente deste assunto é fundamental para se entender como o silogismo funciona estruturalmente para o raciocínio jurídico).

<sup>34</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 48; MACCORMICK, 2005, p. 36.

<sup>35</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 49; MACCORMICK, 2005, p. 36.

<sup>36</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 329; MACCORMICK, 2005, p. 254.

A suposição até aqui tem sido de que todos os pontos do pleito respectivo devem demonstrar-se incontrovertidos e que todas as questões que envolvem prova devem ter sido de fato provadas. Mas isso é o que não pode jamais ser suposto de antemão<sup>37</sup>.

Antes que se aprofunde mais no tema das limitações, basta que se considere aqui que a aplicação do direito envolve questões muitas vezes controversas. Por exemplo, em um processo judicial há duas partes que apresentam teses contrapostas sobre a interpretação de alguma regra jurídica ou sobre a ocorrência ou não de certos fatos. Diante disto, devemos nos perguntar como um silogismo pode funcionar para a argumentação jurídica.

Já foi afirmado que uma pretensão trazida a juízo tende a ser formada como um silogismo: uma regra jurídica (ou, ao menos, a interpretação de uma) como premissa maior, certos fatos (que podem ser controversos diante das alegações da outra parte, mas são passíveis de serem provados) como premissa menor, e o que se espera conseguir ao ingressar em juízo como conclusão.

O afirmado no último parágrafo pode ser demonstrado através de um caso de antitruste envolvendo a Microsoft. O juiz da corte distrital concluiu assim:

Os Estados Unidos, dezenove estados individuais, e o distrito de Columbia ('os autores') apresentaram ações civis posteriormente reunidas contra a ré Microsoft Corporation ('Microsoft') com fundamento no Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1 e 2. Os autores afirmam, em resumo, que a Microsoft lançou uma campanha ilegal em defesa de sua posição de monopolista no mercado de sistemas operacionais concebidos para funcionar em computadores pessoais baseados em processadores Intel ('PCs'). Especificamente, os autores afirmam que a Microsoft violou o parágrafo segundo do Sherman Act ao praticar uma série de atos predatórios, anticompetitivos e de exclusão de concorrentes, de sorte a manter seu poder de monopólio. Eles também afirmam que a Microsoft tentou, ainda que sem sucesso até esta data, monopolizar o mercado de navegadores para internet, igualmente violando o mesmo parágrafo segundo. Finalmente, eles afirmam que certas providências tomadas pela Microsoft como parte de uma campanha destinada a proteger seu poder de monopólio, nomeadamente a vinculação de seu navegador ao

<sup>37</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 53; MACCORMICK, 2005, p. 39.

sistema operacional e o estabelecimento de acordos de exclusividade, violaram o parágrafo primeiro da mesma lei.

Mediante análise das Conclusões de Fato da Corte ('Conclusões'), publicadas em 5 de novembro de 1999 e aditadas em 21 de dezembro de 1999, das conclusões de Direito protocoladas pelas partes, das intervenções de *amici curiae*, e dos argumentos apresentados pelos advogados, esta corte conclui que a Microsoft manteve seu poder de monopólio através de meios anticompetitivos e tentou monopolizar o mercado de navegadores para internet, ambas as condutas em violação do parágrafo segundo. A Microsoft também violou o parágrafo primeiro do Sherman Act ao vincular ilegalmente seu navegador para internet ao seu sistema operacional<sup>38</sup>.

Em tal situação, se pode bem notar a alegação de uma norma jurídica (Sherman Act), para após serem apontados os atos que a violaram para, por fim, uma conclusão ser atingida, dadas tais premissas. Esta é a apresentação de uma decisão jurídica que utilizou da estrutura silogística para alcançar uma conclusão.

Mas há ainda uma parte da decisão que merece ser destacada para ilustrar o que se quer dizer aqui:

Como o elemento-chave para a conduta ilícita definida na sessão 2 é a 'posse de poder de monopólio no mercado relevante', a Corte precisa primeiro determinar as fronteiras da atividade comercial que pode ser chamada de 'mercado relevante'.

Neste caso, os autores postularam que o mercado relevante fosse considerado como sendo o mercado mundial de licenças para sistemas operacionais aplicados em PCs compatíveis com processadores Intel. Saber se essa zona de atividade comercial de fato caracteriza-se como um mercado 'cuja monopolização pode ser ilegal' depende de saber se ela inclui todos os produtos 'razoavelmente substituíveis pelos consumidores com a mesma finalidade'<sup>39</sup>.

Nesta passagem, pode-se perceber a necessidade de que certos elementos no caso Microsoft necessitaram de clarificação, de uma interpretação que não poderia ser dada pelo modelo dedutivo. Inegável que o raciocínio do caso em sua estrutura foi um silogismo do

<sup>38</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 49-50; MACCORMICK, 2005, p. 37.

<sup>39</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 53-54. MACCORMICK, 2005, p. 40.

modo como construído no primeiro tópico deste artigo, mas também demonstrou-se que este modelo é insuficiente para que a conclusão em tal caso pudesse ser atingida. “Então, no final das contas, não é o silogismo jurídico sozinho que determina o resultado de um caso”<sup>40</sup>. Continua MacCormick:

Alguns ou todos os termos da lei terão que ser interpretados, e os fatos do caso deverão ser interpretados e avaliados para verificar o que realmente conta, se eles realmente se enquadram nos termos da lei. Razões podem e devem ser dadas para preferir uma interpretação em relação à outra quando isso for decisivo no caso<sup>41</sup>.

Vistos tais fundamentos, percebe-se, então, que o silogismo fornece uma estrutura para a argumentação jurídica, ou, nos termos de MacCormick, “a moldura dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos”<sup>42</sup>. Ele, por si só, é insuficiente para a solução de diversos problemas que surgem na aplicação do direito, pois isso não possibilita por sua própria conta a aferição da verdade de suas premissas. As limitações que o raciocínio dedutivo apresenta na argumentação jurídica serão detalhadas em momento posterior, mas antes faz-se necessário analisar como MacCormick entende o silogismo jurídico em suas duas principais obras nas quais trata sobre o tema.

### **3.1 Diferenças na concepção de MacCormick em *Legal Reasoning and Legal Theory* e *Rhetoric and the Rule of Law* sobre o Silogismo Jurídico**

Como afirmado no início deste trabalho, em 1978 MacCormick publica um de seus principais livros, *Legal Reasoning and Legal Theory*, no qual estabelece sua teoria da argumentação jurídica. Anos mais tarde, especificamente em 2005, ele publica outro importante livro,

<sup>40</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 56. MACCORMICK, 2005, p. 42

<sup>41</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 56-57. MACCORMICK, 2005, p. 42.

<sup>42</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 57. MACCORMICK, 2005, p. 42. Torben Spaak também entende que o silogismo jurídico desempenha um papel estruturante, enfatizando que é através dele que os argumentos fazem sentido como argumentos jurídicos, ou seja, ao vincular os argumentos a estrutura de uma regra jurídica, possibilita que eles sejam entendidos no seu aspecto jurídico. SPAAK, 2006, p. 105. No mesmo sentido, contudo ressaltando o silogismo jurídico como instrumento de reconstrução racional da argumentação jurídica PINO, 2010, p. 9. Outro que afirma que o silogismo fornece a estrutura da argumentação jurídica é Giovanni Sartor. SARTOR, 2006, p. 3.

*Rhetoric and the Rule of Law*, revisando vários pontos de sua teoria. Em ambos os livros o silogismo ocupa parte relevante da argumentação jurídica, mas não o fazem de maneira exatamente igual.

Deve-se ter em mente o já afirmado, ou seja, que entre suas duas fases, MacCormick alterou seu modo de ver a distinção entre casos claros e casos difíceis. Na primeira fase, ele entende que há casos claros nos quais o modelo silogístico basta para a justificação jurídica, de modo que podemos entender este período como dedutivista<sup>43</sup>, o qual é fundado, como também já dito, na tese de Hart da casos claros e casos da zona de penumbra.

Porém, na segunda fase, MacCormick passa por uma guinada interpretativista, a qual não acaba com a distinção de MacCormick entre casos claros e casos difíceis, mas tira seu significado prático, uma vez que estabelece que a justificação por dedução é sempre insuficiente na argumentação jurídica<sup>44</sup>. É nesse contexto da passagem de um dedutivismo para um interpretativismo que o restante deste tópico deve ser lido.

O ‘primeiro’ MacCormick estabelece que um silogismo, pelo menos em algumas situações específicas, pode, por si só, justificar uma decisão jurídica. Nestas situações, não há necessidade de se apelar a outras formas de argumentação além de um argumento dedutivo.

Como mencionarei em breve, há quem negue que a argumentação jurídica consiga ser estritamente dedutiva. Se essa negação é feita no sentido mais rigoroso, com a implicação de que a argumentação jurídica nunca é, ou nunca pode ser, exclusivamente dedutiva em sua forma, nesse caso é claro e demonstrável que essa negação é falsa. Às vezes é possível demonstrar em termos conclusivos que uma determinada decisão é legalmente justificada por meio de um argumento puramente dedutivo<sup>45</sup>.

A demonstração de tal tese é feita por MacCormick a partir do caso Daniels e Daniels v. R. White & Sons e Tarbard, já analisado no primeiro tópico deste trabalho. Este caso é, para ele, um exemplo de

<sup>43</sup> PINO, 2010, p. 4 e p. 6. Pino estabelece com mais detalhes a distinção entre casos claros e casos difíceis em MacCormick, contudo, o que é necessário ressaltar é que, no primeiro momento da obra de MacCormick, aqueles casos exigem tão somente a justificação por dedução.

<sup>44</sup> PINO, 2010, p. 8.

<sup>45</sup> MACCORMICK, 2006, p. 23; MACCORMICK, 1978, p. 19.

que a aplicação exclusiva de um raciocínio dedutivo pode fornecer uma resposta a uma questão jurídica.

Mas, mesmo em tal caso, é possível que uma das partes alegue alguma interpretação distinta da norma, ou ainda que leve ao juízo da causa evidências que direcionem a averiguação dos fatos em outra direção. Estas possibilidades forçam o magistrado a justificar suas escolhas, tanto no que se refere à interpretação da norma jurídica, quanto à averiguação dos fatos. É percebendo tal possibilidade que MacCormick afirma:

A suposição até aqui tem sido de que todos os pontos do pleito respectivo devem demonstrar-se incontrovertidos e que todas as questões que envolvem prova devem ter sido de fato provadas. Mas isso é o que não pode jamais ser suposto de antemão.

(...)

É sempre possível que uma pretensão seja problematizada com base em uma questão geral de interpretação desse tipo<sup>46</sup>.

A citação refere ao já dito, ou seja, que é possível que se apresente a necessidade de buscar justificações externas ao silogismo para o estabelecimento das premissas. Isso coaduna com o estabelecido no primeiro ponto deste tópico, no qual foi afirmado que MacCormick coloca o silogismo jurídico como moldura ou estrutura da argumentação jurídica, possuindo, assim, caráter estritamente formal. Sendo a forma da argumentação jurídica, o uso de argumentos dedutivos exige que se recorra a formas de justificação externas para o estabelecimento de suas premissas.

A mudança de entendimento sobre o papel do silogismo na argumentação jurídica ocorrida entre as duas obras citadas de MacCormick mostra-se relevante. De uma noção de questões que podem ser resolvidas unicamente com o apelo ao raciocínio dedutivo, passou-se a entender este como parte de toda a argumentação jurídica, mas como estrutura, trazendo à tona a necessidade de que a argumentação jurídica se desenvolva para além de uma noção puramente dedutiva de justificação.

Há, entretanto, uma passagem em *Rhetoric* na qual parece haver uma reafirmação da tese apresentada em 1978.

<sup>46</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 53; MACCORMICK, 2005, p. 39-40.

**Um caso concreto pode fornecer sem controvérsia as premissas de um silogismo, mas uma teoria da argumentação deve ter em conta que a possibilidade de que afirmações contrárias das partes tornam insuficiente um modelo lógico-formal.**

Mas, às vezes, nenhuma objeção mais séria é apresentada, e nenhuma resposta em termos de justificação externa é necessária. É isso, em minha opinião, que ocorreu em *Daniels v White and Tarbard*. Não obstante as objeções de meus respeitados colegas, eu adiro portanto à visão de que esse caso mostra como pode ser possível justificar uma decisão de um modo puramente dedutivo (após retificar o modelo de apresentação lógica) quando as questões são pragmaticamente claras. Isso ocorre quer elas sejam igualmente claras em um sentido mais profundo e ontológico, quer não<sup>47</sup>.

Como entendê-la à luz do exposto no restante deste trabalho? Deve-se ter em mente a afirmação no início da citação de que “às vezes, nenhuma objeção mais séria é apresentada”. A questão ser clara parece se referir às situações nas quais as partes não trazem conflitos quanto ao estabelecimento das interpretações de normas e fatos. Esta, porém, é uma pressuposição que não pode ser feita em termos teóricos. Um caso concreto pode fornecer sem controvérsia as premissas de um silogismo, mas uma teoria da argumentação deve ter em conta que a possibilidade de que afirmações contrárias das partes tornam insuficiente um modelo lógico-formal. É neste sentido a já citada afirmação de MacCormick de que “A suposição até aqui tem sido de que todos os pontos do pleito respectivo devem demonstrar-se incontroversos e que todas as questões que envolvem prova devem ter sido de fato provadas. Mas isso é o que não pode jamais ser suposto de antemão”<sup>48</sup>.

O assunto torna-se mais claro pela introdução por MacCormick da distinção entre clareza pragmática e clareza ontológica. O exposto no parágrafo anterior se refere ao conceito de clareza pragmática, ou seja, a definição de que “casos ‘claros’ são aqueles que ninguém problematizou, seja em bases concretas, seja no contexto mais teórico próprio aos juristas”<sup>49</sup>. Clareza ontológica, por sua vez, se refere aos casos nos quais não é possível que alguma problematização seja introduzida. Esses são claros por sua própria formulação, independentemente de que alguém levante problemas concernentes a ele.

<sup>47</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 95; MACCORMICK, 2005, p. 71-72.

<sup>48</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 53; MACCORMICK, 2005, p. 39.

<sup>49</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 69; MACCORMICK, 2005, p. 51-52.

No caso *Daniels v White and Tarbard*, o que é apresentado é uma questão na qual há clareza pragmática, já que nenhuma questão passível de problematização foi explicitada. Ao analisar o silogismo jurídico, MacCormick utiliza a noção de clareza pragmática para afirmar a possibilidade de, por si só, a lógica formal fornecer uma solução para uma questão jurídica.

Provavelmente, há alguns casos que ninguém poderia problematizar com base em fundamento algum de modo útil a alguma das partes interessadas, mas o fato de ninguém ter problematizado um caso não justifica supor que ninguém poderia fazê-lo. A falta de utilidade para as partes na problematização do caso apenas demonstra que a clareza do caso continua sendo tratada como um conceito pragmático<sup>50</sup>.

Reafirmado o papel que o silogismo apresenta na argumentação jurídica, nota-se a conseqüente necessidade de modos de justificação externas. MacCormick apresenta uma teoria da argumentação jurídica que pretende responder à questão de como justificar decisões que resolvam controvérsias no que se refere ao estabelecimento das premissas de um silogismo.

Então, no final das contas, não é o silogismo jurídico sozinho que determina o resultado de um caso. Alguns ou todos os termos da lei terão que ser interpretados, e os fatos do caso deverão ser interpretados e avaliados para verificar o que realmente conta, se eles realmente se enquadram nos termos da lei. Razões podem e devem ser dadas para preferir uma interpretação em relação à outra quando isso for decisivo no caso. O resto deste livro explora a questão relativa a 'Quais tipos de razão são apropriados para essa tarefa?'<sup>51</sup>.

#### 4. FUNDAMENTO DA JUSTIFICAÇÃO POR DEDUÇÃO

Como já dito anteriormente, em *Legal Reasoning and Legal Theory* MacCormick é fortemente influenciado por Hart, destacando-se a adoção de sua tese da validade fundado em uma regra de reconhecimento. Nesse sentido ele se refere que

todo sistema jurídico compreende, ou pelo menos inclui, um conjunto de normas identificáveis por referência a critérios comuns reconhecimento.

<sup>50</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 69; MACCORMICK, 2005, p. 52.

<sup>51</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 56-57; MACCORMICK, 2005, p. 42.

E o que constitui esses critérios como critérios de reconhecimento para um sistema jurídico é a aceitação geral, pelos juízes daquele sistema, de que seu dever consiste em aplicar normas identificáveis por referência a eles. Essa tese é apresentada em termos muito semelhantes por H. L. A. Hart e Joseph Raz; e revela uma relação reconhecível com opiniões propostas por muitos outros teóricos<sup>52</sup>.

Como visto no tópico anterior, a justificação por dedução possui função estrutural na argumentação jurídica, deixando claro que a aplicação do direito se dá através da relação entre uma hipótese legal e uma situação fática. Porém, o fundamento da justificação por dedução vai mais além. A importância de se justificar a partir da regra jurídica tem um motivo. Esse é, no primeiro momento da obra de MacCormick, a centralidade que a adoção do conceito de Hart de teoria do direito dá para as regras jurídicas. “A importância crucial da argumentação baseada em regras neste livro era análoga à importância crucial da ‘união de regras primárias e secundárias’ na teoria do direito de Hart”<sup>53</sup>.

Nota-se, desse modo, que o fundamento para a justificação por dedução é a importância que as regras têm no conceito de direito adotado por MacCormick, ou seja, a justificação por dedução deixa clara a aplicação das regras jurídicas por sua estrutura, evidenciado a situação fática e a consequência normativa, e como estas são o centro do conceito de direito fundado na regra de reconhecimento de Hart uma decisão judicial nelas fundada encontra-se justificada<sup>54</sup>.

Em um segundo momento, todavia, MacCormick afasta-se da teoria do direito de Hart. No início deste trabalho foi esclarecido que este afastamento se deu, em especial, pela aceitação de uma pretensão implícita de justiça do direito. Isso significa que no processo de justificação das decisões judiciais, deve-se ter em conta tal pretensão de justiça, de modo que a argumentação jurídica deve ter em conta certos valores caros ao sistema jurídico<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> MACCORMICK, 2006, p. 68-69.

<sup>53</sup> Aqui a tradução brasileira do texto de MacCormick peca ao traduzir *rules* por normas e *jurisprudence* por jurisprudência. Os termos corretos para não deturpar o sentido da frase de MacCormick é a tradução como realizada no corpo do texto. MACCORMICK, 2006, p. XVII. Com a mesma interpretação sobre a centralidade das regras na teoria do direito de Hart e do ‘primeiro’ MacCormick LA TORRE, 2011, p. 61.

<sup>54</sup> MACCORMICK, 2006, p. 79.

<sup>55</sup> MACCORMICK, 2007, p. 276.

Com carga valorativa está o Estado de Direito. Na concepção de MacCormick, este caracteriza-se substancialmente por ser fundado em regras concebidas como determinações e concretizações de um corpo de valores e princípios. Nessa situação, o julgador funciona como um guardião do Estado de Direito. Ou seja, o intérprete deve ser guiado pelos valores do Estado de Direito<sup>56</sup>.

Mas quais valores se identificam com o Estado de Direito? MacCormick aponta, em primeiro lugar, a garantia do cidadão contra arbitrariedades por parte do governo e de seus agentes<sup>57</sup>. Ou seja, o Estado de Direito garante a segurança jurídica para seus cidadãos. Além disso, encarna a igualdade entre seus cidadãos devida a universalidade da lei, algo que, aponta MacCormick, possui profundo valor moral<sup>58</sup>.

Para assegurar que o Estado de Direito seja cumprido, é necessário que as normas jurídicas nele estabelecidas sejam observadas. A isso MacCormick contrapõe o caráter argumentativo do direito, ou seja, por estar o direito sujeito a interpretação, a questão que se impõe trata de compreender como garantir que as normas jurídicas possam efetivar o ideal de certeza jurídica que pretendem no âmbito do Estado de Direito<sup>59</sup>. Com esse objetivo é que MacCormick propõe uma teoria da argumentação jurídica em vista de entender a justificação das decisões judiciais.

Ora, se “onde há, em uma dada comunidade, um corpo de normas jurídicas estabelecido e reconhecido, destinado a governar os arranjos entre todas as pessoas nessa dada comunidade, a estrita observância dessas normas jurídicas por aqueles que detêm poder de governo é de valor inestimável”<sup>60</sup>, então as decisões judiciais devem poder ser mostradas como refletindo esse corpo de normas. Como dito acima, a justificação por dedução, por espelhar a estrutura das regras jurídicas, é uma maneira adequada de demonstrar que uma decisão judicial é fundada em uma regra jurídica. Assim, pode-se notar como o fundamento, nesse momento, para a justificação por dedução está na necessária observância das regras jurídicas imposta pelo Estado de Direito, oriundo de

<sup>56</sup> PINO, 2010, p. 13-14.

<sup>57</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 22.

<sup>58</sup> MACCORMICK, 2008c, p. 143.

<sup>59</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 22-23.

<sup>60</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 21-22.

um conceito de direito que entende haver uma necessidade que a justificação das decisões judiciais seja orientada por um corpo de valores encarnados pelo direito.

## 5. LIMITES DA JUSTIFICAÇÃO POR DEDUÇÃO

Como salientado, o silogismo fornece uma estrutura para o direito, sendo insuficiente por si só para exaurir o âmbito da argumentação jurídica. Isso ocorre, pois, no processo da montagem da estrutura dedutiva, problemas podem aparecer, tanto no momento de se apresentar a premissa maior quanto no momento de se apresentar a premissa menor. Sendo as limitações do silogismo oriundas de problemas que podem surgir no seu processo de constituição, MacCormick aponta que “os problemas que podem surgir nesse processo, que requerem para sua solução o uso de argumentação em princípio não dedutiva (ou seja, retórica ou persuasiva), se apresentarão em um número limitado de formas”<sup>61</sup>.

### 5.1 Problema da Validade

Este problema pode ser introduzido com a afirmação já realizada acima de que a premissa maior de um silogismo deve ser uma norma válida de direito. Porém, para que um juiz possa identificar as normas válidas de direito pertencentes a um determinado ordenamento jurídico, algo mais do que um modelo dedutivo é necessário.

O problema da validade exige para a argumentação jurídica que se pressuponha uma teoria do reconhecimento de quais são as normas válidas. A norma é válida desde que seja reconhecida como válida em um sistema jurídico particular. Para que assim o seja, é necessária a existência de certos critérios que funcionem como divisor entre o válido e o não válido<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 57. MACCORMICK, 2005, p. 43. Em *Rhetoric and the Rule of Law*, MacCormick apresenta os problemas da prova, da interpretação, da classificação e da relevância. Nesta obra, ele deixa de lado o problema da validade, apresentado em *Legal Reasoning and Legal Theory*. Neste trabalho todos estes limites serão analisados. Ver nota 34.

<sup>62</sup> O problema da validade é tratado expressamente no livro *Legal Reasoning and Legal Theory*, porém não é apresentado por MacCormick entre os problemas que o silogismo jurídico pode apresentar em seu livro *Rhetoric and the Rule of Law*. O motivo disso parece ser que o silogismo jurídico, uma vez já sendo apresentado como parte da argumentação jurídica, toma como pressuposto a existência de um critério de reconhecimento de normas jurídicas. Porém, mesmo assim, é um limite ao silogismo uma vez que este não fornece tal critério de reconhecimento. Por tal motivo optou-se por apresentá-lo aqui como um dos limites do silogismo jurídico.

**A norma é válida desde que seja reconhecida como válida em um sistema jurídico particular. Para que assim o seja, é necessária a existência de certos critérios que funcionem como divisor entre o válido e o não válido.**

Independentemente de que se considere uma teoria do reconhecimento das normas válidas ligada ao positivismo ou a alguma espécie de jusnaturalismo, é necessário que exista uma para que a premissa maior de um silogismo jurídico seja posta. Escreve MacCormick:

É, portanto, compartilhada entre o pensamento do direito natural e o pensamento do direito positivista a tese de que os sistemas jurídicos dispõem de critérios, sustentados pela ‘aceitação’ da sociedade na qual o sistema se insere, sendo o cumprimento desses critérios no mínimo presumivelmente suficiente para a existência de uma norma como ‘norma válida’ do sistema. (Para fins de concisão, doravante ela será chamada de ‘a tese da validade’.) É essa ‘tese da validade’ compartilhada que é pressuposta quando tratamos da justificação por dedução de decisões judiciais como algo suficiente e conclusivo: dada uma norma válida *se p então q*, e dado que houve uma ocorrência de *p*, uma decisão jurídica que ponha *q* em vigor (que expresse uma consequência legal) é uma decisão justificada<sup>63</sup>.

Nesta mesma linha de pensamento, Atienza aponta o que foi dito até aqui como dois pressupostos necessários para o silogismo na argumentação jurídica<sup>64</sup>. O primeiro pressuposto seria a obrigação do juiz de aplicar as normas jurídicas válidas. O segundo pressuposto seria a possibilidade dos juízes identificarem quais são as normas válidas<sup>65</sup>. Ambos são variações do que já foi dito, ou seja, de que a premissa maior deve ser uma norma jurídica válida, a qual necessita de uma teoria do reconhecimento para que seja identificada.

Em suma, somente a dedução não justifica a adoção de uma norma como válida. Como a dedução necessita de uma norma válida, ela precisa de razões justificatórias que validem a norma, sendo, por isso, um primeiro limite a justificação por dedução. “(...) a justificação por dedução ocorre dentro de uma estrutura de razões de sustentação que ela não explica. Esse é um dos limites da justificação por dedução”<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> MACCORMICK, 2006, p. 78-79. MACCORMICK, 1978, p. 62.

<sup>64</sup> Para o problema da validade, MacCormick também utiliza o termo pressuposto, porém, como mostrado acima, a necessidade de que se pressuponha uma tese da validade para que se possa utilizar a estrutura dedutiva constitui uma limitação a ela, já que por si só ela não consegue distinguir quais são as normas válidas de um sistema.

<sup>65</sup> ATIENZA, 2006. p. 123.

<sup>66</sup> MACCORMICK, 2006, p. 83; MACCORMICK, 1978, p. 65.

## 5.2 Problema de Interpretação

Este problema trata da possibilidade de que a norma *se p, então q* possa ser interpretada de mais de uma maneira. Se existe mais de uma interpretação juridicamente possível para uma norma válida do sistema, então antes que se possa construir o modelo dedutivo, é necessário que meios de interpretação de normas jurídicas sanem a dúvida interpretativa existente.<sup>67</sup> Atienza coloca em termos claros tal situação:

*Um problema de interpretação* existe quando não há dúvidas quanto qual seja a norma aplicável (quer dizer, temos uma norma da forma  $p \rightarrow q$ ), mas a norma em questão admite mais de uma leitura (por exemplo, ela poderia ser interpretada no sentido de  $p' \rightarrow q$ , ou então  $p'' \rightarrow q$ )<sup>68</sup>.

MacCormick apresenta um exemplo para ilustrar o problema de interpretação. A Lei de Relações Raciais de 1968 do Reino Unido proíbe a discriminação com base na origem étnica ou nacional em relação à disponibilização de moradia. MacCormick se questiona sobre uma situação na qual uma autoridade municipal, “ao selecionar entre inscritos para receber moradia da prefeitura, aplicar uma norma de que somente súditos britânicos, de acordo com o significado da Lei de Nacionalidade Britânica de 1948”<sup>69</sup>, são aptos a participar de tal programa. Para tal situação, duas são as possíveis interpretações da lei citada: “(a) que a discriminação ‘com base nas origens nacionais’ inclui a discriminação com base na nacionalidade oficial de um indivíduo; e (b) que ela não inclui a discriminação com base na nacionalidade oficial de um indivíduo”<sup>70</sup>.

Esse exemplo é retirado de um caso real, *Ealing London Borough Council v. Race Relations Board* ([1972] A.C. 342), no qual os juízes discordaram sobre qual a interpretação a ser dada para tal norma. Independentemente da interpretação a ser dada, a constituição do silogismo em tal caso depende de que uma decisão seja tomada, o que necessita de critérios exteriores ao raciocínio dedutivo. “A divergência prática entre as partes poderia ser solucionada e a decisão justificada por meio de dedução somente *depois* de ter sido tomada uma decisão

<sup>67</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 58; MACCORMICK, 2005, p. 43.

<sup>68</sup> ATIENZA, 2006, p. 124.

<sup>69</sup> MACCORMICK, 2006, p. 84; MACCORMICK, 1978, p. 66.

<sup>70</sup> MACCORMICK, 2006, p. 84; MACCORMICK, 1978, p. 66.

**O problema da relevância surge, diferentemente do problema da interpretação, não nas situações em que a interpretação de uma determinada norma jurídica é dúbia, mas sim quando se questiona se há uma norma jurídica que regule alguma determinada circunstância fática.**

de interpretar a norma promulgada de acordo com a interpretação (a) ou (b) acima.”<sup>71</sup> Como a escolha entre diferentes interpretações não pode ser tomada com base no raciocínio dedutivo, mas requer justificativas outras que não silogísticas, questões sobre interpretação constituem o segundo limite da justificação por dedução.

### 5.3 Problema da Relevância (ou Pertinência)

O problema da relevância surge, diferentemente do problema da interpretação, não nas situações em que a interpretação de uma determinada norma jurídica é dúbia, mas sim quando se questiona se há uma norma jurídica que regule alguma determinada circunstância fática. Novamente, Atienza é claro em sua formulação: “Os *problemas de pertinência* suscitam, de certo modo, uma questão anterior à interpretação, isto é, não como se há de interpretar uma determinada norma, mas se existe tal norma ( $p \rightarrow q$ ) aplicável ao caso”<sup>72</sup>.

Como exemplo, MacCormick apresenta o caso *Donoghue v. Stevenson* ([1932] A.C. 562: 1932 S.C. (H.L.) 31). Este trata de demanda de responsabilidade civil por danos causados por uma bebida vendida que estava inapropriada para o consumo. Não existia nenhuma lei que cobrisse dano de tal espécie, nem precedentes vinculantes, mas somente precedentes análogos a tal caso. Em tal situação, foi necessário que se avaliasse a existência de uma norma jurídica pertinente ao caso. Este juízo se tornou necessário para estabelecer a premissa maior de um raciocínio dedutivo. “De fato, o problema é saber se no direito é justificável afirmar, ou negar, alguma proposição do tipo *se p, então q*, para qualquer *p* que cubra os fatos do caso em foco e qualquer *q* que cubra a específica reparação pretendida”<sup>73</sup>. Como no problema anterior, o modelo silogístico é incapaz de fornecer qual a norma pertinente a um determinado caso.

### 5.4 Problema da Prova

Agora o problema tem relação com a premissa menor, ou seja, com os fatos do caso. Escreve MacCormick: “Pessoas que não questionam a existência de uma lei *Se p, então q*, nem qual seja sua interpretação correta, bem podem questionar se *p* ocorreu ou não”<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> MACCORMICK, 2006, p. 85. MACCORMICK, 1978, p. 67.

<sup>72</sup> ATIENZA, 2006, p. 124.

<sup>73</sup> MACCORMICK, 2006, p. 89; MACCORMICK, 1978, p. 70.

<sup>74</sup> MACCORMICK, 2006, p. 112; MACCORMICK, 1978, p. 88.

Neste problema, a ocorrência ou não dos fatos é duvidosa, devido ao problema na avaliação das provas produzidas. Neste âmbito, MacCormick propõe que o modelo que deve ser aplicado para verificar as afirmações sobre o passado é o teste da coerência. Neste,

Tomando tudo o que nos foi apresentado à guisa de prova real ou testemunhal, elaboramos uma história que tem coesão, que faz sentido como um todo coerente. E naturalmente isso envolve interpretar as apresentações das testemunhas, diretamente visíveis e audíveis, a aparição de documentos apresentados e aspectos semelhantes, dentro de uma rede de pressupostos, crenças e teorias gerais – teorias sem dúvida bastante inexatas e pouco científicas<sup>75</sup>.

Se houver a existência de duas versões conflitantes, porém ambas coerentes, dos fatos, MacCormick afirma que os julgadores deverão julgar a credibilidade das provas produzidas para a aferição dos fatos que aconteceram<sup>76</sup>.

O que deve ser ressaltado do dito neste tópico é que uma teoria para aferição das provas não pode ser feita no âmbito do raciocínio dedutivo. Este não tem nada a afirmar sobre a veracidade das premissas, incluindo aí a premissa menor sobre os fatos (como já afirmado acima). Diante de tal impossibilidade, um silogismo necessita de uma justificação externa para que a premissa menor possa ser provada.

### 5.5 Problema da Classificação

O problema concernente à prova se questiona sobre a ocorrência ou não de fatos passados no mundo “sensível”. O problema da classificação, por sua vez, não reflete sobre se determinados fatos ocorreram ou não, mas sobre se os fatos ocorridos pertencem à classe de uma determinada norma jurídica (neste sentido, MacCormick chama a avaliação de se fatos pertencem a uma determinada categoria jurídica de fatos secundários, enquanto sua ocorrência no mundo “sensível” como no problema da prova de fatos primários). Atienza esclarece:

Finalmente, os problemas de qualificação ou ‘fatos secundários’ são suscitados quando não há dúvidas sobre a existência de determinados

<sup>75</sup> MACCORMICK, 2006, p. 115; MACCORMICK, 1978, p. 90.

<sup>76</sup> MACCORMICK, 2006, p. 117; MACCORMICK, 1978, p. 92.

fatos primários (que se consideram provados), mas o que se discute é se os mesmos integram ou não um caso que possa ser subsumido no caso concreto da norma<sup>77</sup>.

Diante desse problema, MacCormick formula a seguinte questão:

Existe uma norma que dispõe que, se ocorrerem certos acontecimentos, determinada consequência jurídica há de sobrevir – *se p, então q*. Com base nas provas no caso, *r, s, t* podem ser comprovadas; mas será que essas proposições factuais equivalem a ou contam como um exemplo de *p* para acionar a norma?<sup>78</sup>

Em vista de ilustrar tal questionamento, MacCormick apresenta um caso prático. Em *Maclennan v. Maclennan* é perguntado se o fato (considerado comprovado) de ter ocorrido inseminação artificial é considerado um caso de adultério para efeitos de concessão de divórcio<sup>79</sup>. Neste caso, não restam dúvidas sobre a ocorrência da inseminação artificial sem o conhecimento do marido, mas o modelo dedutivo é insuficiente para afirmar se tais fatos fazem parte da categoria jurídica da norma que autoriza a concessão de divórcio diante de adultério.

## 5.6 Derrotabilidade

Por fim, cabe registrar o caso da derrotabilidade (*defeasibility*). A *defeasibility*, aceita como parte da argumentação jurídica expressamente por MacCormick, é a noção de que um arranjo jurídico, ou seja, a aplicação de uma regra jurídica de uma determinada maneira, pode ser excepcionada por eventos invalidantes. O objeto da derrotabilidade não é, diz MacCormick, propriamente uma regra jurídica, mas sim um pleito fundado em uma interpretação ou formulação de uma regra. Assim, a excepcionalidade tem lugar na relação entre certos eventos fáticos e o significado de uma determinada regra<sup>80</sup>.

“O que é relevante sobre a *defeasibility* é que um arranjo construído com base em regras jurídicas, ou algum estado de coisas jurídico que

<sup>77</sup> ATIENZA, 2006, p. 125. No mesmo sentido, afirma Lima Lopes: “Nesses termos, o julgador fica diante de uma questão de fatos secundários, ou seja, a respeito de saber se os fatos ocorridos são fatos que contam para a regra (que chama de questões de classificação).” LIMA LOPES, 2003, p. 49-64. p. 53

<sup>78</sup> MACCORMICK, 2006, p. 119; MACCORMICK, 1978, p. 93-94.

<sup>79</sup> MACCORMICK, 2006, p. 119-120; MACCORMICK, 1978, p. 94.

<sup>80</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 327.

emerge a partir de um conjunto de regras e eventos, pode ter uma aparência de validade e, no entanto, este arranjo ou ‘fato institucional’ pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. Aquilo que inicialmente era reconhecida ou aparentemente válido, torna-se aberto à contestação e passível de perder sua validade, ou mesmo revelar-se como inválido desde sempre, apesar de todas as aparências. Em outras palavras, o arranjo (ou seja lá o que for) em questão é excepcionável (defeasible), e os eventos invalidantes provocam a exceção (defeasance)”<sup>81</sup>.

Essa característica da argumentação jurídica, diz MacCormick, se deve à existência de valores e princípios subjacentes à aplicação do direito. Estes possibilitam a formação de condições implícitas, as quais invalidam um arranjo que teria aplicação em um determinado caso, devido a particularidades deste. “Exceções são formuladas quando eventos particulares põem em operação algum princípio ou valor jurídico de suficiente importância para revogar a suficiência presumível das condições expressamente afirmadas para a atribuição do direito (right)”<sup>82</sup>. Porém, como conciliar a possibilidade de derrotabilidade com a lógica implicacional, uma vez que acarretaria a combinação falsa de antecedente verdadeiro e conseqüente falso? Giorgio Pino observa tal situação problemática, percebendo como ela afeta a aplicação da lógica no direito<sup>83</sup>. MacCormick, porém, atento a isso, afirma que não é estritamente a implicação lógica que é derrotável, mas a conclusão de um argumento que o é diante de circunstâncias derrotantes. Assim, entende-se que na situação da derrotabilidade há uma combinação de antecedente verdadeiro e conseqüente verdadeiro, e não de antecedente verdadeiro e conseqüente falso, o que contrariaria a lógica implicacional, sendo que o que é derrotável é a conclusão, não propriamente a implicação<sup>84</sup>.

## CONCLUSÃO

Pelo exposto, portanto, vê-se que a teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, em especial quanto à justificação por

<sup>81</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 311; MACCORMICK, 2005, p. 240.

<sup>82</sup> MACCORMICK, 2008a, p. 316; MACCORMICK, 2005, p. 244. Para análise crítica detalhada da defeasibility em MacCormick ver SARTOR, 2006.

<sup>83</sup> PINO, 2010, p. 9.

<sup>84</sup> MACCORMICK, 1995, p. 99-117 e p. 114.

dedução, é influenciada pela teoria do direito. A relevância da distinção entre casos claros e difíceis, em primeiro lugar, fez com que MacCormick abandonasse um dedutivismo, ou seja, a ideia de que, ao menos algumas vezes, a justificação por dedução basta para justificar uma decisão judicial, em nome de um interpretativismo, ou seja, a ideia de que a interpretação é inerente à argumentação jurídica, de modo que a justificação por dedução passa a desempenhar função estrutural, sendo incapaz, por si só, de justificar uma decisão judicial.

Além disso, notou-se que, no caso de um conceito de direito que entenda que regras são a fundação do sistema jurídico, a justificação por dedução funda-se na vinculação da decisão judicial com as regras fundantes do sistema, sendo esta a concepção das obras iniciais de MacCormick, em especial *Legal Reasoning and Legal Theory*. Porém, nas obras posteriores de MacCormick, em especial *Rhetoric and the Rule of Law* e *Institutions of Law*, o conceito de direito engloba uma pretensão implícita a justiça. Isso reflete na argumentação jurídica, de modo que a justificação por dedução funda-se nos valores do Estado de Direito, quais sejam, a certeza e a segurança jurídica, além da igualdade de todos perante a lei, os quais são efetivados a partir de decisões judiciais que se vinculem às regras jurídicas, o que pode ser justificado através da justificação por dedução.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- COPI, Irving Marmer. *Introdução à Lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- DEWEY, John. *Logical Method and Law*. 10 Cornell L. Rev. 17 (1924). pp. 17-27.
- HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- \_\_\_\_\_. *O Positivismo e a separação entre o Direito e a Moral*. In: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. pp. 53-96.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LA TORRE, Massimo. *Reform and Tradition: Changes and Constitutives in Neil MacCormick's Concept of Law*. In: John Erik FOSSUM (Org). *Law and Democracy in Neil MacCormick's political and legal theory*, 2011, pp. 55-67.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e regras* In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 40 n. 160 out./dez. 2003. pp. 49-64.
- LUCY, William. *Book Review: Neil MacCormick, Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. In: *Legal Studies*, v. 26, n. 4, pp. 613-616, December 2006.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Defeasibility in Law and Logic* In: *Informatics and the foundations of legal reasoning (BANKOWSKI, Zenon. WHITE, Ian. HAHN, Ulrike. Eds.)*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1995. pp. 99-117.
- \_\_\_\_\_. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.

\_\_\_\_\_. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. *H.L.A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 2008b.

\_\_\_\_\_. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008c.

\_\_\_\_\_. *MacCormick on MacCormick*. In: MENÉNDEZ, Agustín José. FOSSUM, John Erik (Orgs). *Law and Democracy in Neil MacCormick's political and legal theory*. Dordrecht/Heidelberg/London/New York: Springer, 2011, pp. 17-24.

MICHELON, Claudio. *MacCormick's Institutionalism between Theoretical and Practical Reason* (April 7, 2010). University of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2010/12. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1585894> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1585894>.

PINO, Giorgio. *Neil MacCormick on Interpretation, Defeasibility, and the Rule of Law*. Paper presented at the conference Legal Reasoning and European Laws: the Perspective of Neil MacCormick (2010). Disponível on-line em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1737045](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1737045).

SARTOR, Giovanni. *Syllogism and Defeasibility: A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law* (September 1, 2006). EUI Law Working Paper N° 2006/23. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=963324>.

SCHIAVELLO, Aldo. *Neil MacCormick's Second Thoughts on Legal Reasoning and Legal Theory. A Defence of the Original View*. In: *Ratio Juris*. 2011 24 (2): 140-155.

SPAACK, Torben. (2006). *Deduction, Legal Reasoning, and the Rule of Law*. Book review of: *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. By Neil MacCormick. University of Minnesota Law School. Retrieved from the University of Minnesota Digital Conservancy, <http://hdl.handle.net/11299/170105>. 2006, pp. 101-117.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

VILLA, Vittorio. *Neil MacCormick's Legal Positivism*. In: Zenon Bankowski (Org). *Law as Institutional Normative Order*, 2009. pp. 45-64.

# HERMENÊUTICA E COSMOPOLITISMO NA APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO PELO JUIZ LOCAL

**Gabriel Valente  
dos Reis**

Gabriel Valente dos Reis  
Doutor em Direito pela  
Faculdade de Direito do  
Largo São Francisco (USP).  
Mestre em Direito pela  
Faculdade de Direito do  
Largo São Francisco (USP).  
Graduado em Direito pela  
UERJ. Professor de Direito  
da UFRRJ (licenciado) e Juiz  
Federal. Rio de Janeiro, RJ.  
gabriel@valentedosreis.com

**Recebido:** dezembro 7, 2017

**Aceito:** abril 11, 2017

## Hermeneutics and cosmopolitanism in the application of foreign law by the local judge

### RESUMO

O presente artigo tem por objeto o desenvolvimento de uma hermenêutica cosmopolita possível diante do fenômeno da aplicação do direito estrangeiro, designado pela norma de Direito Internacional Privado, pelo juiz local. A partir da premissa do surgimento de uma rede jurídica cosmopolita e apoiado na virada linguística ocorrida na filosofia do séc. XX, conclui-se que as teorias tradicionais sobre o status do direito estrangeiro no foro são insuficientes, erigindo-se a partir dessa constatação uma nova concepção fundada em dois parâmetros hermenêuticos: a auto-contenção cosmopolita e a expansão de horizontes cosmopolita. A metodologia utilizada foi a da revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direito Estrangeiro; Cosmopolitismo; Hermenêutica; Direito Internacional Privado.

### Abstract

This paper develops cosmopolitan hermeneutics within the context of application of foreign Law, appointed by Private International Law rules, by local judges. Based upon the emergence of a cosmopolitan legal network and upon the linguistic turn which took place in philosophy during the 20th century, one concludes that traditional theories about the status of foreign law in the forum are insufficient,

developing thus from such acknowledgement an argument based upon two hermeneutic standards: cosmopolitan self-restraint and expansion of cosmopolitan horizons. The adopted methodology was bibliographic revision.

**Keywords:** Foreign Law; Cosmopolitanism; Hermeneutics; Private International Law.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca delinear uma hermenêutica cosmopolita no contexto da aplicação de direito estrangeiro pelo juiz do foro. As reflexões desenvolvidas possuem como justificativa o fato de que as ordens jurídicas, cada vez mais, encontram-se permeáveis a fatos, normas e valores externos à cultural local, sendo essencial a discussão acerca da abordagem, pelos julgadores, das culturas jurídicas ditas estrangeiras, bem como da postura adequada em tais casos. É isso que o presente estudo buscará, a partir de uma reflexão crítica.

O cosmopolitismo, como noção de pertencimento a uma comunidade universal, teve origem remota nas filosofias cínica e estoica, na Antiguidade, atravessando o pensamento de inúmeros pensadores ao longo dos séculos. Destaca-se Kant, que, no fim do séc. XVIII, retomou o cosmopolitismo estoico e o transpôs para o plano jurídico, integrando-o em seu sistema filosófico. O filósofo pontuou, a partir de sua visão teleológica da história, a necessidade de um direito cosmopolita, fundado no dever de hospitalidade.

Nas últimas décadas, vários teóricos retomaram as discussões sobre o cosmopolitismo nas humanidades (Appiah, Beck, Brown, Habermas, Held, Pogge, Santos, Sen, Tan, Waldron etc). Não existe, porém, um cosmopolitismo contemporâneo único, mas diferentes visões. Depreende-se, porém, de tais debates, que não se busca um consenso de valores universais, mas sim o estabelecimento de normas básicas para o diálogo e para a resolução de disputas, reconhecendo-se o valor intrínseco da diversidade cultural.

O cosmopolitismo conduz, em linhas gerais, a uma transcendência de fronteiras (nacionais, culturais, psicológicas). Busca-se promover um diálogo transcultural a partir do reconhecimento da interdependência e da apreensão de um senso de destino compartilhado, valorizando-se a diversidade em um processo de mediação entre tradições variadas.

**Tanto a dimensão do fenômeno jurídico como investigação racional como sua dimensão estética conduzem à importância da perspectiva cosmopolita. Com efeito, a ciência e a arte são domínios cosmopolitas por excelência.**

No âmbito jurídico, o cosmopolitismo busca exatamente a observância de princípios que permitam a coexistência de culturas distintas. Assim, pode servir para garantir a possibilidade de diferentes *experimentos de vida* individuais e coletivos no plano transnacional, contribuindo para o forjar, entre erros e acertos, de diferentes formas de ser feliz, bem como para o aperfeiçoamento contínuo da humanidade, ao impulsionar o intercâmbio recíproco de experiências normativas.

Nesse sentido, os diversos ordenamentos jurídicos parciais devem ser enxergados como *laboratórios normativos transnacionais*, tendo sua capacidade de experimentar e testar caminhos alternativos um valor intrínseco, por mais que os resultados possam parecer, à primeira vista, pouco animadores ou equivocados aos olhos de um observador externo.

Tanto a dimensão do fenômeno jurídico como investigação racional como sua dimensão estética conduzem à importância da perspectiva cosmopolita. Com efeito, a ciência e a arte são domínios cosmopolitas por excelência. A primeira, por sua pretensão de buscar modelos válidos universalmente, até que sobrevenha refutação científica e substituição por modelos mais adequados, o que pode vir de qualquer parte do globo. A segunda, por permitir a experiência da intersubjetividade que rompe fronteiras de vários matizes. Nesse contexto, ao se enxergar o direito como fenômeno linguístico, surge o desafio de uma *hermenêutica cosmopolita*.

## **2. O JUIZ LOCAL COMO INTEGRANTE DA REDE JURÍDICA COSMOPOLITA**

Henri Batiffol já notava que, apesar de estarmos habituados com a ideia de limitação no espaço (territorialidade) e no tempo (vigência) das leis, a aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional mostra que o limite espacial é relativo, assim como a aplicação de uma lei ab-rogada a fatos ocorridos antes de sua ab-rogação evidencia a relatividade da limitação temporal<sup>1</sup>.

Nesse contexto, a noção de espaço-tempo vem sofrendo grandes modificações nas últimas décadas, o que dialoga com a observação

<sup>1</sup> BATIFFOL, 2002, pp. 116-117.

de Erik Jayme no sentido de que a *velocidade* e a *ubiquidade*, características marcantes do mundo contemporâneo, desafiam o pensamento jurídico<sup>2</sup>.

A própria ideia de ordens jurídicas bem delimitadas no espaço, obedientes a fronteiras territoriais definidas e mutuamente excludentes, cede à constatação de que os territórios do viver são outros. Crescem em número e intensidade as relações híbridas, que transcendem as fronteiras políticas e psíquicas do imaginário anterior – como consequência, a noção de autossuficiência da ordem jurídica nacional – que sempre foi questionável, diga-se –, hoje se revela uma completa quimera, não possuindo mais o direito do foro aptidão para regular todas as questões postas. Cada vez mais, os ordenamentos jurídicos parciais necessitam uns dos outros.

Como contrapartida, emerge no horizonte uma nova realidade jurídica transnacional, caracterizada por uma *rede jurídica cosmopolita*, descentralizada, cuja característica é a interação horizontal entre as diversas ordens jurídicas parciais que a compõem, em decorrência da própria interpenetração transnacional das relações humanas contemporâneas.

Note-se que a ideia de rede é suficientemente apta a traduzir a dualidade inclusiva do cosmopolitismo filosófico, abarcando a um só tempo o sentimento de pertencimento a um todo universal interconectado (*cosmos*) e, de outro, a importância das esferas locais de atuação (*polis*), uma vez que é caracterizada precisamente por sua horizontalidade, sem que haja uma autoridade superior, soberana, a impor sua vontade sobre os vários elementos interconectados.

O juiz contemporâneo, assim, situa-se no interior dessa rede, devendo se enxergar não apenas como um aplicador do direito do foro, mas sim como mediador da complexidade cosmopolita em prol da justiça. Em outras palavras, o magistrado passa a ser um representante não apenas do ordenamento jurídico estatal no qual se encontra inserido, mas, de modo mais abrangente, um agente do ideal cosmopolita de justiça, que transita entre vários direitos parciais.

A ideia de *rede*, porém, não é uma solução para todos os males. Trata-se, antes, de uma forma pela qual as relações humanas se

<sup>2</sup> JAYME, 2000, p. 21.

realizam na contemporaneidade, mas ela mesma marcada por patente ambiguidade. No poema “*La red*”<sup>3</sup>, o poeta uruguaio Mario Benedetti nos confronta com uma mosca inocente (ou talvez alucinada) que, por haver profanado o hermetismo da simplicidade, paga com sua própria vida, ao se enroscar na teia da aranha (a “rede” à qual se refere Benedetti). Observe-se, também, que a palavra *web*, em língua inglesa, é utilizada tanto para se referir à teia de aranha como à rede mundial de dispositivos interconectados.

Com essa ambivalência em mente, pode-se apreender que a mesma rede que emancipa também pode oprimir, tornando-se verdadeira teia, passando assim a servir de armadilha para seres humanos que, como moscas inocentes ou alucinadas, sucumbam ante o feitiço de uma aranha oculta por trás de uma rede sedosa e imperceptível.

No campo jurídico, em especial, há o risco de essa grande rede tornar-se algo meramente burocrático, impessoal, automático, sem que haja reflexão sobre o papel de cada um dos elementos envolvidos nessa complexidade (no que toca ao objeto do presente estudo: o juiz local, o direito do foro, o estrangeiro, o direito estrangeiro, as limitações no campo da linguagem etc).

Não basta que sejamos meros canais de fluxo de informação sem reflexão, abdicando inconscientemente da nossa própria subjetividade. Precisamos, ao contrário, aprender como nos posicionarmos adequadamente diante de uma rede que, antes de se apresentar como uma opção, mostra-se como realidade social inexorável do nosso tempo, fluido e interconectado (ao menos, até que outra realidade dita “inexorável” venha a substituí-la). O modo como nos inserimos e reagimos à nossa própria presença nessa rede, porém, isto sim, cabe a nós escolhermos.

No que concerne à aplicação do direito estrangeiro pelo juiz local, trata-se de refletir sobre o papel do magistrado nesse cenário, bem como sobre os potenciais de materialização do cosmopolitismo jurídico que o paradigma da rede horizontal de ordenamentos jurídicos fornece àquele que deseje, sinceramente e sem falsos atalhos, cumprir seu papel de agente de justiça em um mundo cosmopolitizado.

<sup>3</sup> “Igual que la de Bécquer / el arpa de la araña / en un ángulo oscuro / espera o desespera / el aire de la siesta / mueve sin destruirla / la seda de cordaje / hay una breve escala / de silêncios / una mosca inocente / o quizá alucinada / sucumbe ante el hechizo / y paga con su vida / el haber profanado / el hermetismo / de la sencillez”.

### 3. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO DAS TEORIAS POSITIVISTAS SOBRE O STATUS DO DIREITO ESTRANGEIRO E VIRADA LINGUÍSTICA

Algumas teorias, historicamente, buscaram explicar o status do direito estrangeiro, aplicável por força das normas de Direito Internacional Privado, no ordenamento local, a saber: (i) teoria dos *vested rights*; (ii) teoria da recepção material; e (iii) teoria da recepção formal.

A teoria dos *vested rights* (ou dos direitos adquiridos), de Albert Dicey<sup>4</sup> (Inglaterra) e Joseph Beale<sup>5</sup> (EUA), propunha que o juiz, ao aplicar o direito estrangeiro, não estaria atuando como agente da soberania estrangeira (até mesmo porque estaria impedido de fazê-lo), mas sim daria cumprimento a direitos subjetivos já incorporados ao patrimônio jurídico das partes, conforme outro ordenamento.

Muitas críticas foram feitas a tal teoria, sobressaindo a da circularidade (é preciso definir qual é o direito aplicável antes que se possa afirmar a existência de direitos subjetivos, não havendo que se falar em direitos adquiridos em momento anterior, do ponto de vista lógico, à definição da lei aplicável). A doutrina dos *vested rights* prevalecia nos EUA no início do séc. XX, mas foi abandonada, há tempos, inclusive naquele país.

Já a *teoria da recepção material*, inscrita na tradição europeia continental, entende que o direito estrangeiro não possuiria qualquer normatividade *per se*, adquirindo esta apenas em razão de a ordem jurídica local incorporar as normas estrangeiras em seu próprio seio, as recepcionando. Em especial, sendo a recepção *material*, a norma estrangeira sofreria uma nacionalização, de forma que a ordem jurídica do foro passaria a conter uma regra material idêntica àquela regra estrangeira apontada pela regra de conexão local – essa ideia de nacionalização conduziria à interpretação conforme os parâmetros do próprio foro, acarretando a desnaturação completa do direito estrangeiro<sup>6</sup>.

No que toca à *teoria da recepção formal*, esta afirma que a regra estrangeira é incorporada ao ordenamento local, mas conserva o sentido e o valor que o direito estrangeiro lhe atribui, sendo recepcionada

<sup>4</sup> DICEY, 1908.

<sup>5</sup> BEALE, 1907.

<sup>6</sup> BUREAU, WATT, 2014, p. 525.

apenas formalmente, o que conduz à interpretação conforme os parâmetros estrangeiros<sup>7</sup>.

Dominique Bureau e Horatia Watt resumem bem as principais críticas contra ambas as teorias da recepção: (i) baseiam-se no dogma do exclusivismo da ordem jurídica – negação *tout court* do valor jurídico de outros ordenamentos; (ii) são evidentemente fictícias, na medida em que uma ordem jurídica local não poderia incorporar todos os sistemas jurídicos do mundo; e (iii) são contrárias ao sentido profundo do Direito Internacional Privado, fundado no reconhecimento recíproco das ordens jurídicas estatais<sup>8</sup>.

Outra explicação teórica propõe que o direito estrangeiro seria determinado de acordo com uma operação diferente da determinação do direito local: em relação ao direito estrangeiro o juiz procuraria por aquilo que é, e não pelo *dever-ser*<sup>9</sup>. Tal explicação, porém, assim como as teorias dos *vested rights* e da recepção material ou formal, é inadequada, na medida em que a aplicação do direito estrangeiro, no caso concreto, necessariamente envolve a aplicação de um *dever-ser* a um conjunto de fatos *sub judice*.

Em verdade, a inadequação dessas teorias deriva do fato de que elas se inscrevem no marco teórico do positivismo jurídico nacionalista, sendo anteriores às implicações para o pensamento jurídico da virada linguística ocorrida no séc. XX na filosofia.

Nesse contexto, são fundamentais os aportes da hermenêutica para lançar novas luzes sobre a matéria. Com efeito, o segundo Ludwig Wittgenstein lançou sementes inovadoras, com sua concepção de comunicação humana baseada em *jogos de linguagem* que só são possíveis em virtude de *formas de vida* compartilhadas<sup>10</sup>.

Já Martin Heidegger<sup>11</sup> e, posteriormente, Hans-Georg Gadamer<sup>12</sup> alcançaram, no campo da hermenêutica filosófica, a ideia de que o

<sup>7</sup> A teoria remonta a Roberto Ago e, no Brasil, foi adotada por Wilson de Souza Campos Batalha: “A recepção é formal, envolvendo o reconhecimento das fontes de produção jurídica estrangeira e incorporando-as às fontes de produção jurídica nacionais, nos termos e com as ressalvas estabelecidas pela lei do fórum” (BATALHA, 1977, p. 229).

<sup>8</sup> BUREAU, WATT, 2014, pp. 525-526.

<sup>9</sup> Cf. autores franceses (Pigeonnière, Loussoarn e Bourel) citados em DOLINGER, 2014, p. 290.

<sup>10</sup> WITTGENSTEIN, 2009, 4ª ed, pp. 241-242.

<sup>11</sup> Cf., sobretudo: HEIDEGGER, 2005.

<sup>12</sup> Cf. GADAMER, 1999.

**Como subproduto dessa virada linguística no campo filosófico, no âmbito jurídico a ideia de simples subsunção dos fatos às normas, sem que haja mediação pela subjetividade do intérprete, passou a ser vista, há algum tempo, como de todo ingênua.**

processo interpretativo é marcado pela circularidade, sendo a linguagem a forma pela qual tudo se dá no ser-no-mundo<sup>13</sup>.

Karl Larenz explica com precisão, em sua já clássica *Metodologia da Ciência do Direito*, essa nova forma de compreender a interpretação, quando aplicada ao direito:

O processo do compreender tem o seu curso, deste modo, não apenas em uma direção, «linearmente», como uma demonstração matemática ou uma cadeia lógica de conclusões, mas em passos alternados, que têm por objectivo o esclarecimento recíproco de um mediante o outro (e, por este meio, uma abordagem com o objectivo de uma ampla segurança). Este modo de pensamento, que é estranho às ciências «exactas» e que é descurado pela maioria dos lógicos, é na Jurisprudência [i.e., na ciência do direito] de um grande alcance<sup>14</sup>.

Nesse contexto, como observa Lenio Streck, a hermenêutica filosófica vem contribuindo para a construção de uma hermenêutica jurídica que problematize as recíprocas implicações entre discurso e realidade, ressaltando, como contraponto ao pensamento jurídico mais tradicional,

que existe, no devir da inserção do ser-no-mundo, um processo de produção, circulação e consumo do discurso jurídico em que, somente pela linguagem – vista como condição de possibilidade e não como mero instrumento ou terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto – é possível ter acesso ao mundo (do Direito e da vida)<sup>15</sup>.

Como subproduto dessa virada linguística no campo filosófico, no âmbito jurídico a ideia de simples subsunção dos fatos às normas, sem que haja mediação pela subjetividade do intérprete, passou a ser vista, há algum tempo, como de todo ingênua.

Especificamente no que toca ao direito estrangeiro, portanto, que é o que interessa ao presente estudo, não se trata de “recepção-lo” passivamente, ou de dar aplicação, no foro, a direitos já adquiridos, estaticamente, no exterior.

Isto porque toda interpretação é, também, uma construção, em uma incessante espiral hermenêutica entre sujeito e objeto do

13 Cf. STEIN, 1996, pp. 24-25.

14 LARENZ, 1997, 3ª ed., p. 287.

15 STRECK, 1999, p. 154.

compreender. Não há como ignorar que a subjetividade do intérprete é algo inerente a tal espiral – a questão fundamental passa a ser, portanto, a de como a própria subjetividade deve lidar consigo mesma e com a alteridade, e não imaginar que seja possível livrar-se completamente de subjetividades.

Por conseguinte, tomando como premissa que os juízes ao redor do mundo estão inseridos em uma *rede jurídica cosmopolita* de ordens jurídicas parciais, e que tal rede é também uma rede de linguagem, não se trata de recepcionar o direito estrangeiro, mas sim de mediar o permanente fluxo de interação entre informações e cortes interpretativos subjetivos da espiral hermenêutica, de modo adequado conforme parâmetros cosmopolitas. Nesse ponto, serão fundamentais duas aproximações adiante desenvolvidas: (i) a ideia de *autocontenção cosmopolita*; e (ii) a noção de um *permanente expandir de horizontes cosmopolita*.

#### 4. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO, TOMADA DE CONSCIÊNCIA HERMENÊUTICA E COSMOPOLITISMO

É conhecida a imagem proposta pelo jusfilósofo e jusprivatista internacional Werner Goldschmidt, segundo a qual os juízes seriam arquitetos de seu próprio sistema jurídico; desempenhando, porém, o papel de simples fotógrafos no que concerne a sistemas jurídicos estrangeiros:

“Não é Direito para nós aquilo que o é para outras comunidades. Está aqui o ponto nevrálgico para a concepção do Direito estrangeiro. Nem a conduta diretiva em outra comunidade o é para nós; nem nossa conduta, inclusive ao copiar a conduta alheia, possui valor exemplar para os outros. Frente ao próprio Direito somos arquitetos; em relação ao Direito estrangeiro não somos senão fotógrafos.”<sup>16</sup>

Como já afirmado pela doutrina, a imagem é exagerada<sup>17</sup>. Com efeito, é impossível reduzir juízes, porquanto seres humanos, a simples autômatos imitadores da experiência jurídica alheia – como propunha a Escola da Exegese em outros tempos, em relação não ao direito estrangeiro, mas aos códigos nacionais escritos. A tomada de

<sup>16</sup> GOLDSCHMIDT, 1952, p. 22. Tradução livre por este autor da versão original em língua espanhola.

<sup>17</sup> MONACO, 2013, p. 118; PINHEIRO, 2009, p. 575.

consciência hermenêutica, ocorrida ao longo do séc. XX, aponta em direção menos ingênua.

Cyrille David tece interessante argumentação no sentido de que o litígio regido por um direito estrangeiro não é puramente estrangeiro, tratando-se em verdade de um litígio internacional que também possui vínculos com o foro, o que se manifesta pelo próprio fato de ser ali julgado<sup>18</sup>. Por força disso, o autor defende que seja atribuída certa margem de apreciação ao juiz do foro<sup>19</sup>.

Semelhante é a observação de Maarit Jänterä-Jareborg, no sentido de que *“a corte permanece responsável por decidir o caso e de modo algum é reduzida a um observador impessoal que aplica mecanicamente, à disputa em questão, normas estranhas”*<sup>20</sup>.

Não obstante tais premissas, se, de um lado, não existe possibilidade de imitação perfeita, como nos demonstra a hermenêutica, de outro se revela necessária, do ponto de vista cosmopolita, certa autocontenção dos juízes em relação a ordenamentos jurídicos estrangeiros, sob pena de seus próprios valores e pré-juízos ilegítimos contaminarem o processo interpretativo, conduzindo à aplicação de valores do próprio foro como se direito estrangeiro fossem, maculando o ideal do método conflitual.

Nas palavras de Luiz Antônio Severo da Costa:

Não deve o juiz nacional aplicar livremente o direito estrangeiro, com a própria sistemática de seu fôro, mas sim adotar a interpretação aceita no país de origem do direito em causa. Tal problema se assemelha a uma questão de linguística, onde, para se interpretar uma expressão estrangeira, deve o intérprete transportar-se para o país onde a empregam, verificando ali seu uso e aplicação comum<sup>21</sup>.

Sendo o norte geral a aplicação do direito estrangeiro tal como fariam os juízes do Estado cujo direito seja aplicável (conforme dispõe o art. 2º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, de 1979), tal proceder pressupõe uma interpretação mais cuidadosa em termos relativos, adotando o juiz, de forma consciente, uma atitude de *autocontenção cosmopolita*,

<sup>18</sup> DAVID, 1965, p. 244.

<sup>19</sup> DAVID, 1965.

<sup>20</sup> JÄNTERÄ-JAREBORG, 2003. Tradução livre por este autor, do original em língua inglesa.

<sup>21</sup> COSTA, 1968, p. 35.

**Quanto menor a proximidade cultural, recomenda-se uma dose maior de autocontenção do juiz, na tentativa de evitar interferências indevidas de suas pré-compreensões ilegítimas sobre a apreensão e aplicação de normas oriundas de outro contexto.**

buscando reproduzir a experiência jurídica praticada alhures da forma mais fidedigna possível, ainda que contra determinadas inclinações suas (embora aqui se reconheça que uma fidelidade absoluta é impossível, pois não existe interpretação meramente reprodutiva e o direito não é estático, mas dinâmico).

Assim sendo, embora a margem de interpretação autorizada internamente aos juízes de cujo ordenamento se trate possa ser ampla, a criatividade do juiz externo deve ser menor em termos relativos (por óbvio, não se cuida aqui do papel criativo em face do texto legal escrito, mas sim da possibilidade de inovar, de modificar, o que vem sendo efetivamente *praticado* pelo Judiciário estrangeiro – o direito como experiência<sup>22</sup>).

Nesse sentido, Benoit Vouilloz reconhece um papel menos ativo do juiz em relação a direitos estrangeiros que em relação ao direito nacional, cabendo-lhe um poder de interpretação menos extenso, mas de forma alguma totalmente esvaziado – o autor nota que a diferença é de graus, e não de natureza<sup>23</sup>.

Em nossa visão, a adequação de um grau maior ou menor de liberdade na apreciação do direito estrangeiro parece ser função da maior ou menor proximidade cultural entre o sistema jurídico do foro e o sistema jurídico estrangeiro. Quanto menor a proximidade cultural, recomenda-se uma dose maior de autocontenção do juiz, na tentativa de evitar interferências indevidas de suas pré-compreensões ilegítimas sobre a apreensão e aplicação de normas oriundas de outro contexto. Já em sistemas culturalmente mais próximos, existem mais pré-compreensões legítimas compartilhadas, possibilitando um melhor manuseio das normas por parte do juiz externo, sem *tanto* risco de equívocos<sup>24</sup>.

Ressalte-se que o direito está em constante mutação, necessitando de interpretação, não sendo jamais possível vencer o fosso existente entre o signo e a realidade, de forma que qualquer descrição é, também, uma inscrição<sup>25</sup>. Nenhuma enunciação simplesmente repete aquilo que existe (isto não significa, porém, que não haja uma

<sup>22</sup> A expressão é de REALE, 1968.

<sup>23</sup> VOUILLOZ, 1964, pp. 76-77.

<sup>24</sup> Mesmo em sistemas muito próximos pode haver diferenças de interpretação de dispositivos legais idênticos dos dois países, de modo que a cautela é sempre necessária.

<sup>25</sup> LEGRAND, 2011, p. 106.

**Não devemos confundir a constatação de que é impossível apagar por completo a subjetividade na interpretação com uma anarquia metodológica em que qualquer conclusão serve.**

realidade independente de qualquer sujeito, mas tão somente que tal realidade não nos é acessível senão pelo fenômeno linguístico).

No entanto, se é certo que não há interpretação completamente neutra, por outro lado a “*interpretação não pode fugir ou renunciar ao conteúdo do texto e certamente não deve ver o texto como um mero pretexto a permitir sua transgressão deliberada*”, como aponta Pierre Legrand<sup>26</sup>.

É preciso se esforçar ao máximo para respeitar a alteridade e não trair o direito do outro. Não devemos confundir a constatação de que é impossível apagar por completo a subjetividade na interpretação com uma anarquia metodológica em que qualquer conclusão serve. É preciso adotar uma postura de *deixar o outro falar* por meio de nós, ainda que não possamos eliminar por completo a nossa própria voz nessa tarefa.

Deve-se evitar, a todo custo, o etnocentrismo que considera a alteridade do direito estrangeiro algo inferior em relação à própria cultura jurídica<sup>27</sup>, perfazendo uma violência simbólica de imposição do próprio eu sobre o outro, em perspectiva anti-cosmopolita, a qual é nociva mesmo quando automática ou inconsciente.

Paulo Borba Casella aponta precisamente que a dificuldade que se observa nos embates pós-modernos decorre menos da existência de diferenças que da tentativa de impor ao outro a própria visão de mundo, colocando a submissão no lugar do respeito<sup>28</sup>.

Note-se que, para *deixar o outro falar*, é preciso compreender o direito estrangeiro como situado em uma realidade social e linguística específica, enxergando-o como cultura<sup>29</sup>. Ele existe como construção cultural, imerso em sua facticidade, situado no espaço e no tempo<sup>30</sup>.

Para compreender as limitações às quais está sujeito o intérprete oriundo de contexto cultural e linguístico diverso, é fundamental o conceito de círculo hermenêutico de Hans-Georg Gadamer, como permanente interação entre tradição e intérprete:

<sup>26</sup> LEGRAND, 2011, p. 84.

<sup>27</sup> LEGRAND, 2011, p. 98.

<sup>28</sup> CASELLA, 2008, p. 485. O autor escreve especificamente em relação ao uso da força, de parte a parte, nos conflitos entre Ocidente e Islã, mas o mesmo pode ser dito no contexto desta tese, onde o risco é o da violência simbólica que representa a imposição dos próprios valores jurídicos em caso que deveria ser regido por outro direito.

<sup>29</sup> Ver, em especial: LEGRAND, 2011, pp. 110-119.

<sup>30</sup> LEGRAND, 2011, p. 129.

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão, está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios<sup>31</sup>.

Para Gadamer, além dos pré-juízos obstaculizadores, ilegítimos, que levam aos mal-entendidos, há os pré-juízos produtivos, que são aqueles responsáveis por tornar mesmo possível a compreensão, empreendendo-se um constante diferenciar entre os dois tipos, na tensão entre estranheza e familiaridade que constitui o *locus* hermenêutico<sup>32</sup>.

Cada um de nós encontra-se situado em um ponto de uma rede de experiências passadas e futuras. Podemos criar novas conexões e enfraquecer antigas, mas jamais nos livrar completamente do contexto – só existimos humanamente em algum lugar, em certo momento. Assim sendo, trata-se de buscar não uma interpretação do direito estrangeiro tida por objetivamente verdadeira, mas sim a melhor interpretação possível, a partir de uma mediação consciente entre o “eu” e o “outro”, buscando não reduzir este àquele, tendo como pressuposto uma abertura a modos diferentes de ser<sup>33</sup>.

Nesse processo, deve-se buscar suspender o horizonte interpretativo habitual em prol do objeto singular que é o direito estrangeiro, praticando uma ética do engajamento em um esforço infinito, conscientemente interno à própria investigação, em oposição à rígida separação entre sujeito e objeto das leituras positivistas, nas palavras de Legrand<sup>34</sup>. Assim, assume-se responsabilidade em relação à alteridade. Ou, conforme o autor:

<sup>31</sup> GADAMER, 1999, pp. 298-299.

<sup>32</sup> GADAMER, 1999, p. 301.

<sup>33</sup> Cf. LEGRAND, 2011, p. 144.

<sup>34</sup> LEGRAND, 2011, pp. 146-149.

Buscar dar um passo além do próprio direito (e, no processo, além de si mesmo), de modo a se engajar em uma negociação com outro direito e com o direito de outrem, é precisamente o que permite que alguém tome conhecimento da pluralidade jurídica e axiológica do mundo. Por meio de uma ruptura da zona de conforto, [...] mobiliza-se o direito e a si mesmo para a melhor causa possível, a do reconhecimento e respeito a uma alteridade que, na medida em que pode ser abordada enquanto interrupção, enriquece a percepção daquilo que existe no mundo como direito e a capacidade de agir em relação a isto em nome daquilo que ainda pode (talvez) ser chamado de justiça<sup>35</sup>.

Isto porque a hermenêutica em geral encontra-se diante do desafio do incompreendido e do incompreensível, o desafio que sempre se renova de não se poder compreender algo que se mostra como espantosamente outro, alheio, obscuro, quiçá profundo, e que, no entanto, precisaríamos compreender – como afirma Gadamer<sup>36</sup>.

A consciência dessa “nebulosidade”<sup>37</sup> pode nos auxiliar a superarmos nossas tomadas de posição prévias, a nos aproximarmos da coisa-em-si, bem como a colocarmos nós mesmos em questão, saindo da nossa zona de conforto – é essa a possibilidade que surge quando abrimos espaço para que o outro vigore em contraposição a nós<sup>38</sup>.

Desse modo, interpretar o direito estrangeiro tal como faria o juiz estrangeiro é um ideal que, apesar de em verdade inalcançável (uma vez que toda interpretação é única e irrepetível), revela-se um parâmetro a ser incessantemente buscado, a partir de uma *hermenêutica cosmopolita* que, de um lado, conscientize o agente a respeito de seus próprios pré-juízos culturais, frequentemente ilegítimos em relação à cultura estrangeira (com a conseqüente necessidade de *autocontenção cosmopolita*) e, de outro, possibilite a aquisição progressiva de pré-juízos legítimos sobre outras culturas jurídicas (*expansão de horizontes cosmopolita*). Esses são os parâmetros iniciais que se propõe no presente artigo.

<sup>35</sup> LEGRAND, 2011, p. 152, tradução livre.

<sup>36</sup> GADAMER, In: GADAMER, 2007, pp. 96-97.

<sup>37</sup> A afirmação de que a vida é “nevoenta” é originalmente de Heidegger.

<sup>38</sup> GADAMER, In: GADAMER, 2007, p. 107.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tinha como escopo refletir como uma análise hermenêutica, guiada por parâmetros cosmopolitas, poderia lançar luzes sobre a temática da aplicação do direito estrangeiro pelos juízes locais.

Nesse contexto, a concepção hermenêutica aqui desenvolvida oferece uma alternativa às teorias positivistas prevalentes. Por meio dela, o juiz pode exercer sua autocontenção cosmopolita, não porque o direito estrangeiro seja algo objetivável a ser reproduzido mecanicamente, tal como faria um fotógrafo, mas sim porque passa a entender que seus pré-juízos, externos à cultura estrangeira, frequentemente conduzem a interpretações equivocadas, constituindo, portanto, pré-juízos ilegítimos.

Da mesma forma, promove-se uma progressiva aquisição de pré-juízos legítimos em relação aos diversos ordenamentos jurídicos do mundo, em um processo individual e coletivo de longo prazo no sentido de um maior conhecimento recíproco, denominado por nós de *expansão de horizontes cosmopolita*.

Inspirando-nos no cosmopolitismo de Kwame Anthony Appiah<sup>39</sup>, encerramos este trabalho notando que não há qualquer necessidade de que os sistemas jurídicos do mundo concordem em um amplo espectro de temas, mas sim que *se acostumem uns com os outros*, desfazendo o desconhecimento recíproco que é origem de tantos mal-entendidos. E a aplicação do direito estrangeiro pelos diversos Judiciários pode, nesse aspecto, representar importante ferramenta em um processo de progressiva *aculturação cosmopolita*.

**[...] não há qualquer necessidade de que os sistemas jurídicos do mundo concordem em um amplo espectro de temas, mas sim que se acostumem uns com os outros, desfazendo o desconhecimento recíproco que é origem de tantos mal-entendidos.**

<sup>39</sup> APPIAH, 2007.

## REFERÊNCIAS

APPIAH, Kwame Anthony. *Cosmopolitanism – Ethics in a world of strangers*. Norton: Nova York, 2007.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado*, v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BATIFFOL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. (1968) Paris: Dalloz, 2002.

BEALE, Joseph Henry. *A Selection of Cases on the Conflict of Laws*. Cambridge, MA: The Harvard Law Review Publishing Association, 1907.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevideu, Uruguai, em 8 de maio de 1979*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1979.htm)>.

BUREAU, Dominique; WATT, Horatia Muir. *Droit international privé, Tome I, Partie générale*. 3. ed., Paris: PUF, 2014.

CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COSTA, Luiz Antonio Severo da. *Da Aplicação do Direito Estrangeiro pelo Juiz Nacional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1968.

DAVID, Cyrille. *La loi étrangère devant le juge du fond*. Paris: Librairie Dalloz, 1965.

DICEY, Albert Venn. *A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws*. Londres: Stevens & Sons, 2. ed., 1908.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica e diferença ontológica*. In: GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva – v. I – Heidegger em retrospectiva*. Petrópolis: Editora Vozes, 2. ed., 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*. 2. ed., tomo I. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1952.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit. Foreign Law in National Courts – A Comparative Perspective, *Recueil des Cours*, v. 304, 2003.

JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation, *Recueil des Cours*, v. 282, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. por José Lamego), 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEGRAND, Pierre. Foreign Law: Understanding Understanding, *Journal of Comparative Law*, n. 6, 2011.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2009.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDICPURS, 1996.

STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VOUILLOZ, Benoit. *Le Role du Juge Civil a L'Egard du Droit Étranger*. Fribourg, Suíça: Éditions Universitaires, 1964.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. 4. ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

# DU DROIT PÉNAL COMPARÉ À LA DYNAMIQUE DES LOIS PROHIBITIVES

## Do direito penal comparado à dinâmica das leis proibitivas

### RÉSUMÉ

#### Jean-Louis Halpérin

Jean-Louis Halpérin  
Professor de Direito  
(Seção 03 CNU, História do  
Direito) além de Membro e  
Diretor (desde 1º de julho  
de 2015) da UMR 7074  
“Centro de Teoria e Análise  
de Direito” na ENS – École  
Normale Supérieure. Paris,  
França.

Autor convidado.  
jean-louis. halperin@ens.fr

La réflexion sur la diversité des approches méthodologiques en droit comparé n’a guère porté, au cours de ces dernières décennies, sur le droit pénal. Cette relative lacune de la littérature tient à une conception d’un droit pénal universel qui connaîtrait seulement quelques variations dans la sévérité plus ou moins grande de la répression. Il apparaît pourtant utile pour les comparatistes d’identifier de manière historique les développements de la discipline du droit pénal et de considérer que le champ pénal n’est pas identique à lui-même à travers le temps et l’espace. Cette contribution s’attache à montrer comment la spécialisation des pénalistes, à partir du XIXe siècle, s’est accompagnée longtemps d’une démarche comparative avant que ne s’installe une sorte de désintérêt pour la comparaison des infractions reconnues ou non par les différents ordres juridiques étatiques. Or, la prise en compte des phénomènes de criminalisation et de décriminalisation montre à quel point ces droits étatiques sont susceptibles de converger ou de diverger, en présentant des configurations beaucoup plus complexes que les traditionnelles familles de droit. En recourant à la théorie du droit, le droit pénal comparé alimente la réflexion sur la place des lois prohibitives, leur éventuelle relation avec des normes culturelles et le recours à des interdits dans des domaines qui font l’objet dans d’autres pays à des lois permissives.

**Mots clés:** Droit pénal; Méthode; Discipline; Décriminalisation; Criminalisation; Lois prohibitives; Lois permissives.

## Resumo

A discussão sobre a diversidade de abordagens metodológicas em direito comparado, no decorrer das últimas décadas, pouco se debruçou sobre o direito penal. Esta lacuna se deve à uma concepção de direito penal universal que admitiria apenas variações no grau de severidade da repressão. Contudo, para os comparatistas mostra-se útil identificar historicamente o desenvolvimento da disciplina de direito penal e considerar que o campo não se mantém inalterado através do tempo e do espaço. Este trabalho visa mostrar como, a partir do século XIX, a especialização de penalistas foi acompanhada por muito tempo de uma abordagem comparativa, antes de que se instalasse um desinteresse pela comparação de infrações reconhecidas – ou não – por diferentes ordenamentos jurídicos estatais. A compreensão dos fenômenos de criminalização e descriminalização mostra até que ponto os direitos estatais são suscetíveis de convergir ou divergir, apresentando configurações muito mais complexas que as tradicionais famílias de direito. Assim, utilizando-se da teoria do direito, o direito penal comparado incita a reflexão sobre o papel das leis proibitivas, sua eventual relação com normas culturais e a possibilidade de proibições em determinadas matérias serem objetos de leis permissivas em outros países.

**Palavras-chave:** Direito penal; Método; Disciplina; Descriminalização; Criminalização; Leis proibitivas; Leis permissivas.

## Abstract

The discussion about the methodological diversity in Comparative Law has barely touched upon criminal law. This gap in the literature is due to a conception of universal Criminal Law in which only variations regarding the severity of crime's repression would be admitted. Nonetheless, the historical study of Criminal Law along with the reflection on changes in the discipline through time and space has proven to be useful for comparatists. The aim of this study is to show how the specialization of scholars of Criminal Law, since the 19th century, had been accompanied by a comparatist approach before a pervasive disinterest in comparing infractions under different legal systems came to be the rule. The phenomena of criminalization and decriminalization reveal to what point legal systems converge or diverge in a more elaborated way than those depicted by the traditional division of legal systems. Thus, Comparative Criminal Law, using the insights from Legal Theory, stimulates reflections on the role of prohibitive laws, their relation with cultural norms, and the possibility of a prohibition being permitted elsewhere – i.e. other countries.

**Keywords:** Criminal law; Method; Discipline; Decriminalization; Criminalization; Prohibitive laws; Permissive laws.

**Il nous paraît utile de dire qu'il n'y pas aujourd'hui (ce qui n'était pas le cas dans le passé) d'avenir pour une science française, allemande, britannique, brésilienne, européenne, américaine, asiatique ou africaine du droit comparé. Il y a une seule science du droit comparé qui, avec un objet ancré dans la diversité des droits, aspire à faire une comparaison de tous les droits.**

Les comparatistes se reconnaissent aujourd'hui dans l'unité du droit comparé en tant que science de la comparaison de tous les droits<sup>1</sup>. Cela signifie que, contrairement à ce que laisse entendre l'expression française de « droit comparé », il n'existe pas d'ordre juridique reposant sur la comparaison, la moyenne ou le mélange des droits et que les comparatistes adoptent une position scientifique d'observateurs extérieurs à l'égard des ordres juridiques (nationaux, infra-nationaux ou supra-nationaux) qu'ils ou elles comparent. L'opposition souvent faite entre l'étude d'un ou plusieurs droits étrangers et la vraie comparaison nous semble stérile, la seconde n'allant pas sans la première et la volonté de faire complètement abstraction de notre point d'observation, situé en fonction de notre nationalité, de notre résidence et de notre formation, dans un (ou plusieurs) droit(s) rencontrant d'inévitables limites. En revanche, il nous paraît utile de dire qu'il n'y pas aujourd'hui (ce qui n'était pas le cas dans le passé) d'avenir pour une science française, allemande, britannique, brésilienne, européenne, américaine, asiatique ou africaine du droit comparé. Il y a une seule science du droit comparé qui, avec un objet ancré dans la diversité *des* droits, aspire à faire une comparaison de tous les droits.

Il est souvent considéré que cette science du droit comparé est caractérisée par un conflit de méthodologies ou par une absence récurrente de réflexion méthodologique<sup>2</sup>. Là aussi, les débats sans cesse relancés nous paraissent avoir quelque chose d'artificiel. Quant aux buts assignés au droit comparé, ils ne sont pas fondamentalement différents de ceux des doctrines et des sciences du droit interne. Les buts pratiques consistent à s'inspirer de la comparaison avec des droits étrangers pour réformer un droit national ou pour aller dans le sens de la résolution des conflits de lois, voire de l'harmonisation des droits au niveau mondial ou régional, cette seconde option étant considérée aujourd'hui comme plus réaliste que la première. Dans tous les cas, les comparatistes poursuivant l'un de ces buts pratiques doivent partir, s'ils entendent effectuer un travail sérieux, d'une observation scientifique des droits qui sont comparés sur le terrain choisi. Ces mêmes comparatistes passent,

<sup>1</sup> SACCO, 1991; PFERSMANN, 2001, p. 121-134, notamment p. 129.

<sup>2</sup> JALUZOT, 2005, 57, p. 29-48, notamment la conclusion sceptique p. 48 sur l'existence d'une méthodologie du droit comparé; PFERSMANN, 2001, p. 121 en note encore plus critique sur les faiblesses méthodologiques du droit comparé.

ensuite, à des positions de caractère prescriptif (le choix de la « meilleure solution » pour la réforme du droit national ou pour l’harmonisation des droits) qui sont le propre des « doctrines », telles qu’elles existent au niveau national<sup>3</sup>. Ce passage de l’analyse *de lege lata* à la proposition *de lege ferenda* est, en revanche, exclu de la perspective des sciences du droit : l’histoire du droit, la sociologie du droit, la théorie du droit qui entretiennent de fortes relations entre elles et avec le droit comparé. Les sciences du droit se distinguent, en effet, des doctrines par un refus de toute position prescriptive, un refus fondé sur le non-cognitivism des valeurs, c’est-à-dire sur l’idée que la « meilleure solution » ne peut être trouvée par des moyens scientifiques, mais qu’elle résulte de choix politiques, philosophiques ou moraux.

Sans négliger les interférences, fréquentes et sources de confusion quand elles ne sont pas avouées par les auteurs qui s’inscrivent à la fois dans la doctrine et dans la science<sup>4</sup>, entre ces doctrines et ces sciences du droit, nous nous en tiendrons au seul point de vue de l’observation scientifique (c’est-à-dire avec une perspective « modérément externe »<sup>5</sup>) des droits qui sont les objets de la comparaison. Cette observation, en droit comparé comme en droit interne, suppose toujours une proposition de questions ou d’hypothèses, le choix d’un ou plusieurs terrains d’observation et l’utilisation de moyens analytiques pour ordonner et interpréter les phénomènes juridiques qui sont étudiés<sup>6</sup>. Si ces questions d’interprétation sont en quelque sorte compliquées par les problèmes de traduction et « la

<sup>3</sup> Sur la variété des sens du mot « doctrine » et sur leur caractère général d’opinions enseignées (c’est-à-dire proposées à des auditeurs ou lecteurs invités à les suivre), MILLARD, 2010, p. 3-12.

<sup>4</sup> Il faut distinguer aussi les situations des « législateurs » qui utilisent des études (plus ou moins développées) de droit comparé dans les travaux préparatoires d’une réforme ou des « juges » qui recourent à des exemples pris dans des droits étrangers dans leur argumentation. Dans ce type de situations, il faut tenir compte des contraintes de temps et de choix d’une « recherche » qui est tendue vers l’élaboration d’une décision, ce qui n’est pas le cas de la recherche scientifique. En revanche, l’on peut être plus critique à l’égard d’études académiques qui mêlent, sans en avertir clairement leurs lecteurs, les points de vue de la doctrine prescriptive et de la science observatrice.

<sup>5</sup> Sur ce point de vue modérément externe, inspiré de Hart, OST ; VAN DE KERCHOVE, 1991, p. 67-80.

<sup>6</sup> Sur ces moyens d’analyse qui passent par des concepts et leurs définitions, des techniques d’ordonnement (synthèses, typologies, modèles) et d’argumentation, V. CHAMPEIL-DESPLATS, 2014, p. 255 et s.

**Toutes les propositions en faveur de la fonction « subversive » ou « critique » de la science du droit comparé vont dans le sens de fortes liaisons entre le regard des comparatistes et les tentatives de meilleure compréhension des phénomènes juridiques qui nous libèrent de catégories *a priori* et recherchent de nouvelles formes de concepts ou d'idéaltypes.**

différence entre les niveaux de langage »<sup>7</sup> lorsqu'on étudie plusieurs droits, elles sont aussi présentes dans l'histoire, la sociologie ou la théorie du droit national. Les comparatistes ont tout intérêt à se mêler aux débats épistémologiques qui concernent toutes les sciences du droit, plutôt que de s'isoler dans la recherche d'une méthodologie comparative<sup>8</sup>. Toutes les propositions en faveur de la fonction « subversive » ou « critique » de la science du droit comparé vont dans le sens de fortes liaisons entre le regard des comparatistes et les tentatives de meilleure compréhension des phénomènes juridiques qui nous libèrent de catégories *a priori* et recherchent de nouvelles formes de concepts ou d'idéaltypes<sup>9</sup>.

Que dire aujourd'hui de nouveau en droit comparé sur les querelles opposant la méthode fonctionnelle (telle qu'elle a été théorisée par Rabel, puis par Zweigert et Kötz<sup>10</sup>) ou son prolongement dans la méthode factuelle (celle de l'étude de cas ou de situations concrètes) d'un côté, et les approches systématiques d'un autre côté, qu'elles soient fondées sur des structures textualistes (les typologies du style des « familles de droit » qui peuvent rompre avec les modèles traditionnels du début du XX<sup>e</sup> siècle, notamment en portant leur attention à la circulation des énoncés juridiques) ou sur des analyses contextuelles, voire culturalistes<sup>11</sup> ? En fonction du champ étudié, dans toutes les gradations possibles entre la micro-comparaison et la macro-comparaison, et des hypothèses formulées, chacune des méthodes peut avoir ses avantages et leur combinaison n'est pas

<sup>7</sup> Nous empruntons cette expression à PFERSMANN, 2001, p. 129 pour tout ce qui concerne l'interprétation d'énoncés juridiques à l'aide de concepts qui sont formulés dans une langue (d'un point de vue particulier dans l'histoire et dans l'espace linguistique) et doivent être « suffisamment fins et suffisamment généraux en vue d'appréhender une multitude de structures possibles » (PFERSMANN, 2001, p. 131). Sur la recherche de « concepts méta-juridiques » qui ne soient pas trop dépendants d'une situation historique ou nationale (et ne sont pas des « concepts juridiques » à proprement parler), cf. TROPER, 2011, p. 261-262 (s'inspirant du fameux article de 1957 de ROSS, 1999, 7, p. 263-279, selon lequel les mots que nous utilisons en droit sont « dénués de signification », mais servent de techniques de présentation pour lier des faits-conditions à leurs conséquences).

<sup>8</sup> En faveur d'approches « plurielles » de l'histoire du droit, nous nous permettons de renvoyer à HALPÉRIN, 2010/2, 75, p. 295-313. Les questions de « traduction » (entre l'utilisation d'une langue du passé et notre langue actuelle) et d'interprétation des niveaux de langage (pour déterminer ce qui relève de la norme juridique, d'un discours doctrinal ou d'un phénomène social qui n'est pas proprement juridique) se posent aussi en histoire du droit.

<sup>9</sup> MUIR-WATT, 2000, 52/3, p. 503-527 ; FRANKENBERG, 2016.

<sup>10</sup> ZWEIFERT, KÖTZ, 1998, p. 32-47 ; sur les critiques adressées à cette méthode, MICHAELS, 2006, p. 340-380.

<sup>11</sup> Nous faisons référence aux travaux de Pierre Legrand et notamment à sa critique de la théorie des *legal transplants* de WATSON; LEGRAND, 1997, p. 111-124.

nécessairement le signe d'un éclectisme confus<sup>12</sup>. Des études récentes des transplants ou des migrations juridiques montrent qu'il est possible de combiner des analyses « textualistes », attentives à la circulation des énoncés juridiques (parfois recopiés ou traduits mot pour mot d'un ordre juridique à un autre), et des interprétations « contextualistes », prenant en compte le rôle plus ou moins important des facteurs d'acculturation (réussie ou non) de ces énoncés venus de l'étranger et transformés en normes nationales<sup>13</sup>.

Dans cette perspective d'une diversité d'approches méthodologiques, nous voudrions traiter ici d'une question relative au choix du terrain d'enquêtes et au découpage de champs d'études à l'intérieur de la science du droit comparé. Un élargissement incontestable de ces dernières décennies a consisté à ne pas rester enfermé dans les schémas privatistes qui avaient prévalu depuis l'origine dans les études de droit comparé. Le droit public comparé, en particulier le droit constitutionnel comparé, a été le principal bénéficiaire de ce recul de la « suprématie des privatistes »<sup>14</sup>. Le droit pénal comparé, ou *comparative criminal law*, a connu un moindre essor, de l'aveu même des auteurs qui ont publié récemment sur ce domaine<sup>15</sup>. Une des causes de ce relatif insuccès tient, à notre avis, aux incertitudes sur le découpage des terrains d'enquêtes en liaison avec les questions posées par les comparatistes travaillant sur des buts exclusivement scientifiques. Si l'on prend l'ouvrage de référence en français, le *Droit pénal comparé* de Jean Pradel qui a connu quatre éditions de 1995 à 2016, on y lit dès la première page qu'il s'agirait d'une « discipline propre », d'une « branche du droit comparé »<sup>16</sup>. Suivant la proposition qui a été faite en France par Antoine Jeammaud et plusieurs de ses collègues en droit du travail<sup>17</sup>, il nous semble utile pour éviter les confusions de distinguer une « branche » du droit et une « discipline ». Une branche du droit correspond à un sous-ensemble identifiable (par exemple, par la réunion de ces normes dans un code ou un même corpus, ou la soumission des li-

<sup>12</sup> HUSA, 2006, 58, p. 1095-1117.

<sup>13</sup> Par exemple, GRAZIADEI, *in* REIMANN, ZIMMERMANN, 2006, p. 441-474; FRANKENBERG, 2013.

<sup>14</sup> Pour reprendre l'expression de PONTTHOREAU, 2010, p. 40.

<sup>15</sup> DUBBER *in* REIMANN, ZIMMERMANN, 2006, p. 1287-1325; HELLER, DUBBER 2011, p. 1.

<sup>16</sup> PRADEL, 2016, p. 1.

<sup>17</sup> Notamment JEAMMAUD, LE FRIANT, LYON-CAEN, 1998, p. 359.

tiges à une juridiction spécifique) de normes à l'intérieur d'un ordre juridique, alors qu'une discipline est une activité structurée (notamment par l'enseignement) de connaissance d'une partie du droit. En droit français, le droit du travail, le droit commercial et le droit pénal sont des branches du droit dans la mesure où une partie importante de leurs normes résident dans des codes et donnent lieu à des litiges tranchés par des juridictions particulières. Ces branches ont donné lieu à des disciplines, sachant que d'autres disciplines enseignées dans les facultés de droit (par exemple, l'histoire du droit ou le droit international privé) ne correspondent pas à des branches du droit. Le droit comparé n'étant pas une partie du droit positif, il ne peut être divisé en branches et apparaît clairement comme une discipline.

C'est au titre de discipline de la (ou des) science(s) du droit que le droit comparé suscite des interrogations méthodologiques, comme nous l'avons vu. De même que l'unité de la discipline peut se concilier avec la diversité des méthodes, elle n'est pas incompatible avec l'existence de « sous-disciplines » en matière d'enseignement. On peut comprendre que donnent lieu à des cours séparés de droit comparé les études concernant le champ des relations privées, celles relatives aux champs constitutionnel et administratif, et dans la même logique celles portant sur le champ pénal. En revanche, l'idée que le « droit pénal comparé » constituerait une discipline « propre » avec ses méthodes particulières nous paraît pousser trop loin l'autonomie des différentes spécialisations. D'abord, parce que l'expression « droit pénal comparé » ainsi entendue paraît rattacher la démarche comparative à la discipline du droit pénal et réserver son étude à des « pénalistes ». Si cela est souvent le cas en pratique, il nous paraît injustifiable d'affirmer un tel monopole, alors qu'une des fonctions subversives du droit comparé est de désenclaver les spécialités et d'éclairer l'ensemble des juristes sur la compréhension du droit. Ensuite, et de manière plus substantielle, la prétention du droit pénal comparé à former une discipline reproduit des frontières instituées historiquement à l'intérieur de certains ordres juridiques nationaux, entre les branches et les disciplines du droit. Si dans les pays occidentaux les notions de « droit pénal (comparé) » ou de « (*comparative*) *criminal law* » sont relativement claires (encore que l'on puisse s'interroger sur leur parfaite identité), l'histoire du droit chinois nous apprend que pendant une très longue période les

**À partir d'un historique et d'un état des lieux des études comparées dans le « champ pénal » (1), la contribution que nous proposons ici consiste à relancer les études sur le thème de la criminalisation et de la décriminalisation (2) et à susciter une réflexion sur le concept de « lois prohibitives » au-delà du champ pénal (3).**

codes impériaux n'ont traité que de droit pénal<sup>18</sup>. Il y a lieu aussi de se demander s'il existe un droit pénal spécifique au sein de la *charia*. L'œuvre de Bentham est aussi pour nous rappeler que des questions généralement abordées sous l'angle du droit « civil » peuvent l'être aussi en privilégiant une perspective de droit pénal. La science du droit comparé n'a rien à gagner en isolant des sous-disciplines dont les frontières ne seraient pas explicitées et justifiées. Le terme de « champ » nous paraît plus approprié, dans sa double signification de « champ d'études » (un vaste terrain d'enquêtes délimité par l'observateur et ne s'identifiant ni à une branche du droit, ni à une discipline<sup>19</sup>) et de « champ pénal » au sens bourdieusien d'espace où se confrontent des discours, des pratiques et des professionnels du pénal<sup>20</sup>.

À partir d'un historique et d'un état des lieux des études comparées dans le « champ pénal » (1), la contribution que nous proposons ici consiste à relancer les études sur le thème de la criminalisation et de la décriminalisation (2) et à susciter une réflexion sur le concept de « lois prohibitives » au-delà du champ pénal (3).

1. La discipline « droit pénal » qui apparaît dans les universités allemandes et italiennes à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, puis plus tardivement en France à la faveur de la réouverture des écoles de droit en 1804, était loin d'être fermée au droit comparé au début du XIX<sup>e</sup> siècle, alors que les codifications pénales « modernes » en Toscane (1786), en France (1791 et 1810) et en Bavière (1813) suscitaient des réflexions croisées des pénalistes. En Allemagne, les premières revues consacrées exclusivement au droit pénal sont fondées dès 1797-1798. Il s'agit de l'*Archiv des Criminalrechts* créé par le juriste prussien Ernst Ferdinand Klein, un des rédacteurs de la partie pénale de l'*Allgemeines Landrecht* qui enseigna un moment à Halle. Le co-fondateur de la revue est le juriste bavarois Kleinschrod qui fut professeur à l'Université de Würzburg et travailla aussi à des projets de réforme pénale en Bavière. L'orientation de la revue est plutôt conservatrice, mais tient compte des divers projets qui relevaient encore du despotisme éclairé<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Sur la thèse d'un droit civil apparaissant en Chine au XVIII<sup>e</sup> siècle, HUANG, 1996.

<sup>19</sup> Pour une discussion comparable à propos de la criminologie, DEBUYST, DIGNEFFE, LABADIE, PIRES, 1995, vol. I, p. 21-26.

<sup>20</sup> BOURDIEU, 1986, p. 3-19.

<sup>21</sup> ROTH, in STOLLEIS, 1999, p. 304.

La *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde* s'apparente à une revue, en dépit de sa périodicité annuelle, du fait de la publication de contributions de divers auteurs sur les questions pénales. Elle est créée en 1797 par le juriste de Hesse Grolman qui n'était à l'époque que *Privatdozent* à Gießen ; il est soutenu à partir de 1800 par Feuerbach qui y publie plusieurs études, notamment à caractère comparatif sur le Coran, puis sur le droit hindou. Le projet de l'*Archiv des Criminalrechts* est repris en 1816, après le mort de Klein, par Konopak (professeur à Halle, Rostock et Léna) et Mittermaier alors jeune professeur à Landshut (et disciple de Feuerbach avant de passer par Bonn, puis à Heidelberg de 1821 à sa mort en 1867)<sup>22</sup>. Par ses articles et ses recensions (notamment d'ouvrages étrangers, en liaison avec l'énorme correspondance qu'il entretenait avec des juristes de toute l'Europe), Mittermaier marque la revue pendant la quarantaine d'années de son existence (jusqu'en 1857). En 1829, Mittermaier fonde par ailleurs la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, où il rend compte de nombreux codes étrangers, par exemple en 1835 du Code pénal brésilien, des lois de New York et du New Jersey<sup>23</sup>. La comparaison est<sup>24</sup>, pour Mittermaier, un moyen de militer non seulement pour la codification, comme outil destiné à assurer la légalité des délits et des peines dans la lignée de son maître Feuerbach, mais aussi pour la recherche des principes communs aux pays civilisés en soutenant notamment les premiers mouvements contre la peine de mort. Le créateur du droit pénal comparé oriente ce type d'études vers la réunion de matériaux législatifs et statistiques dans le but de défendre des idées de réforme du droit pénal.

L'attrait pour le droit pénal comparé gagne rapidement d'autres pays au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. En France, Ortolan est nommé en 1837 professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris, contre l'avis des professeurs, avec le soutien des milieux gouvernementaux et du procureur général Dupin qui assiste à sa première leçon. D'après les cours publiés en 1839 puis en 1841<sup>25</sup>, Ortolan proposait de « planer au-dessus des législations contempo-

<sup>22</sup> KESPER-BIERMANN; OVERATH, 2007, p. 22.

<sup>23</sup> MITTERMAIER, 1835, p. 428, 1448 et 1463.

<sup>24</sup> MOHNHAUPT in MITTERMAIER, 1835 in STOLLEIS, 1999, p. 277-301.

<sup>25</sup> ORTOLAN, 1839, 1841.

raines, les recueillir, les rapprocher, les juger les unes par les autres et dire, à la suite de cette confrontation, pour chacune d'elles : voilà ses vices, ses lacunes, ses bienfaits »<sup>26</sup>. Avec une information assez large, qui s'étend jusqu'aux codes des états américains, et une rapide synthèse historique (traitant de Beccaria et de Bentham, pour ce dernier avec des réserves sur sa pensée « matérialiste », mais sans mention de Mittermaier parmi les pénalistes allemands), Ortolan entendait faire œuvre d'utilité pratique pour la France qui restait au centre de ses préoccupations<sup>27</sup>. Avec des ambitions réformatrices moins marquées que celles de Mittermaier, Ortolan ne s'aventurait pas dans les détails de l'analyse des différentes législations pénales de son temps.

Quelques années plus tard, le cours de Luigi Zuppetta publié à Turin en 1852<sup>28</sup> voulait, lui aussi, associer, la philosophie et l'étude des lois pénales de plusieurs pays, notamment des États italiens pré-unitaires. Là encore, l'analyse des dispositions des différents codes pénaux est mise au service d'une métaphysique qui doit dégager des « canons » généraux dans une perspective utilitariste, en éliminant les dispositions jugées superflues dans les législations pénales. L'on peut néanmoins remarquer que Zuppetta est un utilisateur précoce du terme de « norme » et qu'il classe les lois pénales en lois « prohibitives » et lois « prescriptives »<sup>29</sup>, mettant ainsi en valeur les caractères de commandement des lois pénales. En 1857-1858, les propositions sur une critique de la science de la législation comparée d'un professeur de Gênes, Emerico Amari, font l'objet d'une recension par Mittermaier qui modère la croyance dans le progrès de son collègue italien<sup>30</sup>. Enfin, pour clore cette première période d'essor du droit pénal comparé, on peut mentionner l'ouvrage de l'Américain Sanford, qui cherchait à informer les autorités fédérales (à commencer par le Président) des développements de la législation pénale en Europe, depuis le code français de 1810 jusqu'au code prussien de 1851<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> ORTOLAN, 1839, p. 6.

<sup>27</sup> ORTOLAN, 1841, p. 4, 140 (sur Beccaria), 151 et 159 (sur Bentham), p. 149 (sur les pénalistes allemands).

<sup>28</sup> ZUPPETTA, 1852.

<sup>29</sup> ZUPPETTA, 1852, p. 141.

<sup>30</sup> MITTERMAIER, 1858, p. 31-39.

<sup>31</sup> SANFORD, 1854.

**Même les crimes apparemment communs à tous les systèmes juridiques, comme l’homicide ou le vol, sont sanctionnés différemment dans chaque ordre juridique, par exemple en fonction des excuses légitimes qui sont admises ou non.**

Une deuxième impulsion est donnée à la comparaison des droits pénaux au tournant du XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles avec l’essor des écoles positivistes et « sociologiques ». Dans l’école positiviste Ferri et Garofalo prennent des exemples dans les législations étrangères à l’Italie. La *Criminologie* (1885 pour l’édition italienne, 1888 pour l’édition française traduite par l’auteur lui-même) de Garofalo se fonde sur la distinction entre les « délits naturels » et les actes transgressant la législation pénale de l’État. Les premiers, que la tradition qualifie de *mala per se*, sont des actes punissables en tous temps et dans tous les lieux qui portent atteinte à des sentiments moraux et à des valeurs censés être universels. Les seconds, que l’on va appeler *mala prohibita*, ne sont pas pour Garofalo de « vrais crimes » et n’intéressent pas la science criminologique<sup>32</sup>. Cette distinction est très contestable, comme l’a montré Kelsen<sup>33</sup>. D’abord, parce que le principe (en lui-même moderne et historiquement contingent) de légalité des délits et des peines veut que tous les délits et crimes punissables soient déterminés par une loi de l’État. Ensuite, parce que l’idée de « délits naturels » essentialise des infractions sur la base d’un droit pénal naturel, universel et atemporel. Même les crimes apparemment communs à tous les systèmes juridiques, comme l’homicide ou le vol, sont sanctionnés différemment dans chaque ordre juridique, par exemple en fonction des excuses légitimes qui sont admises ou non. Du point de vue de la criminologie et du droit pénal comparé, cette distinction, prônée par Garofalo et très largement admise, a eu pour effet de cantonner les analyses sur les délits majeurs les plus communs et de réduire le rôle des comparaisons pour les autres infractions considérées comme relevant de déterminismes historiques et culturels rebelles à toute généralisation.

Du côté de l’école dite sociologique qui, sur bien des points, s’est affirmée contre les thèses de l’école positiviste italienne, la recherche comparative a aussi tendu à mettre en valeur les points communs entre les législations pénales afin de déterminer des principes généraux relatifs aux composantes de l’infraction, aux peines et aux mesures de sûreté. L’Introduction, ou « coup d’œil rétrospectif et plans d’avenir » rédigée par Franz Liszt pour le volume collectif intitulé *La*

<sup>32</sup> GAROFALO, 1888, p. 44-49. Pour une analyse plus nuancée qui tient davantage compte du caractère conventionnel et relatif du champ pénal, TARDE, 1890, p. 27-40.

<sup>33</sup> KELSEN, 1999, p. 120-121.

*législation pénale comparée* (1894), est significative de cette montée en généralité qui réduit la part consacrée à la comparaison des parties spéciales des codes pénaux. Pour Liszt, il ne s'agit pas de juxtaposer des études sur les droits pénaux étrangers, mais de dégager de l'analyse des différents codes « quelque chose de nouveau et indépendant, qui diffère des droits isolés et comparés et n'y soit pas renfermé d'emblée de lui-même »<sup>34</sup>. Comme ses prédécesseurs, Liszt cherchait dans le droit pénal comparé une conceptualisation commune sur le crime et la peine qui serve d'assise à des réformes. Même si Liszt a joué un rôle considérable pour recueillir, dans le cadre de travaux préparatoires à une réforme du Code pénal allemand au début du XX<sup>e</sup> siècle, les règles de tous les codes existant à l'époque sur les différentes infractions<sup>35</sup>, l'orientation générale de son œuvre l'a amené, comme Garofalo, à faire prévaloir le général sur le particulier, et donc à réduire le rôle des études sur les *mala prohibita* propres à tel ou tel système juridique.

Ces orientations ont prévalu jusqu'à nos jours. En France, les travaux de Donnedieu de Vabres<sup>36</sup> et la création de la *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* (1936), comme plus tard les études de Marc Ancel sur *Les Codes pénaux européens* ou sur *Le système pénal des pays d'Amérique latine* ont continué à aller dans ce sens, en mettant en valeur la présence plus ou moins forte des inflexions en faveur des mesures de sûreté<sup>37</sup>. Le diagnostic dressé en 2000 par Francesco Palazzo d'un retard dans le développement des études de droit pénal comparé et d'un repli de la discipline sur elle-même<sup>38</sup> nous semble confirmé par l'attention portée presque exclusivement à la partie générale du droit pénal, notamment aux caractères de l'infraction<sup>39</sup>, au détriment d'analyses comparatives sur l'ensemble du champ pénal à partir des délimitations relevant de la partie spéciale des législations pénales.

<sup>34</sup> VON LISZT, 1894, vol. I, p. XIX.

<sup>35</sup> « *Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform herausgegeben auf Anregung des Reichs-Justizamtes* », Berlin, 1906-1909, 16 volumes.

<sup>36</sup> DONNEDIEU DE VABRES, 1938 contient de courtes notices sur les droits pénaux étrangers.

<sup>37</sup> ANCEL, 1956-1971, 3 vol. ; BUSTOS, VALENZUELA BEJAS, BERNAT DE CELIS, ANCEL, 1983.

<sup>38</sup> PALAZZO, PAPA, 2000, p. 7-15.

<sup>39</sup> KEILER ; ROEF, 2015 avec des développements concernés aux droits du Royaume-Uni, des Pays-Bas et de l'Allemagne ; DUBBER ; HÖRNLE, 2014 propose un recueil de textes centrés sur la partie générale de la législation pénale.

**Les spécialistes de droit pénal comparé ont, depuis plusieurs décennies, relâché leur intérêt pour l'étude de la délimitation du champ pénal, c'est-à-dire pour l'analyse des phénomènes de criminalisation et de décriminalisation.**

2. Les spécialistes de droit pénal comparé ont, depuis plusieurs décennies, relâché leur intérêt pour l'étude de la délimitation du champ pénal, c'est-à-dire pour l'analyse des phénomènes de criminalisation et de décriminalisation. Pourtant, cette question de la détermination des comportements punissables nous paraît centrale dans l'étude comparée des droits pénaux à travers le temps et l'espace. Un des aspects importants du programme proposé par Beccaria consistait à déconnecter les délits, en tant que violations du pacte social, des péchés qui ne relevaient pas du droit pénal. Qu'il s'agisse des délits d'opinion (à condition qu'ils ne troublent pas la tranquillité publique), de l'adultère et de la pédérastie, ou du suicide, Beccaria s'en prenait, dans des termes qui paraissent prudents aujourd'hui mais étaient très critiques au XVIII<sup>e</sup> siècle, à des crimes « chimériques » que l'avènement de la légalité des délits et des peines devait écarter de ce que nous appelons le « champ pénal »<sup>40</sup>. Les rédacteurs des deux codes pénaux français de 1791 et 1810, qui ont décriminalisé le suicide ou l'homosexualité et pour le premier l'adultère, comme Feuerbach dans les travaux préparatoires du Code pénal bavarois de 1813, ont insisté sur cette restriction du champ pénal aux seuls crimes et délits portant atteinte aux droits d'autrui et dont la répression était utile pour l'ensemble de la société. La pensée utilitariste de Bentham et son combat très précoce contre les lois réprimant l'usure allaient aussi dans le sens de cette décriminalisation qui n'était pourtant pas synonyme d'un affaiblissement général de la sévérité de la répression.

Au cœur de la « révolution pénale » entre le XVIII<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle, il y a clairement une déconnection entre le droit pénal étatique et les taxinomies religieuses ou morales condamnant certains comportements, c'est-à-dire tout un ensemble de phénomènes de décriminalisation ou de dépénalisation par rapport au droit pénal d'Ancien Régime, des phénomènes consacrés et renforcés par une interprétation stricte du principe de légalité. Si l'on faisait une comparaison (comme l'ont esquissée Feuerbach<sup>41</sup> et Mittermaier) entre les codes pénaux du début du XIX<sup>e</sup> siècle, les législations des États qui n'avaient pas codifié leur droit pénal (à commencer par le Royaume-Uni), les règles

<sup>40</sup> BECCARIA, 1991, § XXXI, p. 142-146 ; § XXXII, p. 147-151 ; § XXXIX, p. 165-166.

<sup>41</sup> Celui-ci réalisa en 1800 une étude sur le droit pénal du Coran: FEUERBACH, 1800, p. 163-192.

des pays musulmans sur les crimes coraniques et celles applicables en Chine ou au Japon, l'on pouvait mesurer l'étendue des divergences dans la définition du champ couvert par la répression pénale.

Cette attention portée aux phénomènes de criminalisation et de décriminalisation pourrait faire l'objet d'études historiques sur l'ensemble des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. La dépénalisation de l'usure dans la plupart des États européens jusqu'aux années 1860 a ainsi été suivie de mouvements tendant à rétablir ce délit et à aggraver la répression à partir des années 1870<sup>42</sup>. Tandis que reculait la criminalisation de la séduction ou de l'adultère ou que les régimes les plus libéraux dépénalisaient le blasphème ou d'autres délits d'opinion, la répression de l'avortement s'aggravait et de nouvelles infractions apparaissaient, notamment en matière économique (atteintes à la concurrence et non-respect de la réglementation économique imposée par les États). Toutes les questions relatives à la criminalisation du commerce et de la consommation d'alcool (avec l'exemple fameux de la Prohibition aux États-Unis de 1919 à 1933<sup>43</sup>), de tabac (avec des législations extrêmement répressives au XVIII<sup>e</sup> siècle d'une partie de l'Europe jusqu'à l'empire ottoman et à la Chine) et de drogues (à commencer par la guerre de l'Opium menée contre la Chine, la réglementation française sur la consommation d'opium à partir de 1908 et les conventions internationales, notamment dans le cadre de la SDN<sup>44</sup>) relèvent, au cours de l'époque contemporaine, de cette dynamique entre la criminalisation et la décriminalisation. L'on peut regretter que ces questions soient abordées de manière très sectorielle, sans lien par exemple avec l'histoire des délits sexuels ou des délits d'opinion. Même les contrastes ou les éventuels points de contact dans l'entre-deux-guerres entre les régimes « libéraux » – qui limitent les délits d'opinion mais aggravent souvent la répression de l'avortement ou créent des infractions d'abandon de famille – et les régimes totalitaires, communistes, fascistes ou nazi – qui multiplient les crimes contre l'État et sa politique, mais sont susceptibles aussi de dépénaliser l'avortement ou de favoriser l'euthanasie – pourraient être analysés à la lumière de cette recomposition du champ pénal résultant de la création ou de l'abandon de

<sup>42</sup> HALPÉRIN, 2006, p. 148.

<sup>43</sup> VITOUX, 1930 ; MURCHISON, 1994.

<sup>44</sup> CABALLERO, BISIQU, 2000, p. p. 38-40.

certaines infractions. Il ne s'agit pas de nier ou de sous-estimer les énormes différences dans l'ampleur et l'arbitraire de la répression entre les régimes totalitaires et les régimes libéraux, qu'il s'agisse de la période de l'entre-deux-guerres ou de celle de l'affrontement entre bloc communiste et bloc occidental. De même que les doctrines pénales développées avant l'arrivée au pouvoir d'Hitler ont pu être détournées de leur but par le régime nazi, ou que les aspirations du régime de Vichy à l'ordre moral ont pu être réorientées à la Libération afin de maintenir certaines infractions créées entre 1940 et 1944 (comme les relations homosexuelles avec des mineurs<sup>45</sup>), les exemples étrangers de criminalisation, et plus rarement de décriminalisation, ont circulé d'un État à un autre, quelles que soient les positions, souvent conservatrices, des auteurs de la doctrine.

Ces enquêtes historiques sur les reconfigurations du champ pénal entre le XIX<sup>e</sup> et le XX<sup>e</sup> siècle, qui sont encore à réaliser (il nous manque par exemple une histoire comparée de la répression de l'avortement ou de la consommation de drogues<sup>46</sup>), permettraient de faire le lien avec les phénomènes plus visibles de décriminalisation ou de dépénalisation à l'époque contemporaine. L'on dispose sur ce sujet d'une étude modèle avec le livre du regretté Michel van de Kerchove, *Le droit sans peines*, qui se proposait en 1987 de comparer différents aspects de la dépénalisation (avec des exemples concernant le vagabondage, l'avortement ou l'adultère) en Belgique et aux États-Unis<sup>47</sup>. En s'appuyant sur une analyse serrée des multiples usages des termes « décriminalisation », « dépénalisation » et « légalisation », Michel van de Kerchove proposait une grille de lecture susceptible de rallier les chercheurs sur une base commune de significations : la dépénalisation consiste dans l'atténuation de la répression par l'abaissement de la peine ou le remplacement des sanctions pénales par d'autres types de sanctions (notamment les sanctions administratives), la décriminalisation correspond à la suppression totale d'une incrimination jusque-là reconnue par la loi, la légalisation signifie non seulement la permission d'adopter un comportement jusque-là puni, mais aussi la suppression des moyens de

<sup>45</sup> BONINCHI, 2005.

<sup>46</sup> Pour une ébauche en ce sens, CHARNAS, in MUCCHIELLI, ROBERT 2002, p. 101-110.

<sup>47</sup> VAN DE KERCHOVE, 1987.

dissuader les individus d'adopter ce comportement<sup>48</sup>. Michel van de Kerchove a ajouté à cette prise en compte de la relativité de ces notions et de l'absence d'homogénéité des phénomènes de sortie du champ pénal, une salutaire mise en garde contre l'impression d'un affaiblissement linéaire et inexorable de la peine, comme l'avait prédit Jhering<sup>49</sup>. L'époque contemporaine a vu également un accroissement considérable des comportements punissables et des peines qui leur sont assorties : loin d'une rétractation du champ pénal, il faudrait parler d'un redéploiement continu de la répression.

À la lumière de ce cadre conceptuel, l'on peut penser à des évolutions récentes qui ont modifié dans plusieurs pays l'étendue du champ pénal. Il s'agit bien sûr de l'abrogation ou de l'invalidation des lois anti-sodomie aux États-Unis<sup>50</sup>, des formes diverses de dépénalisation ou de décriminalisation de la consommation de certaines drogues<sup>51</sup>, de la suppression de l'adultère en Corée du Sud<sup>52</sup>, de la légalisation dans plusieurs pays de certaines formes d'euthanasie, mais aussi de la dépénalisation des violences domestiques en Russie<sup>53</sup>, de l'islamisation de la législation pénale à Brunei ou de celle projetée en Indonésie<sup>54</sup>, du développement des délits contre l'environnement<sup>55</sup>.

**3. À partir de ce constat d'une insuffisante prise en compte par le droit pénal comparé de la dynamique des lois de criminalisation et de décriminalisation, nous proposons d'orienter des recherches à**

<sup>48</sup> VAN DE KERCHOVE, 1987, p. 309-313.

<sup>49</sup> VAN DE KERCHOVE, 1987, p. 11.

<sup>50</sup> Le 26 juin 2003, la Cour suprême a invalidé la loi anti-sodomie du Texas dans la décision *Lawrence v. Texas* (539 US 558), mais le maintien de lois anti-sodomie dans certains États reste controversé.

<sup>51</sup> CABALLERO, BISIQU, 2000, p. 961-973 sur différentes formes de dépénalisation de la consommation de drogues dans des pays européens. Sur la dépénalisation ou la légalisation du cannabis dans plusieurs États américains,

<sup>52</sup> HAILLY, 2015 : c'est une décision de la Cour constitutionnelle qui a invalidé la loi pénalisant l'adultère pour atteinte au respect de la vie privée.

<sup>53</sup> LE MONDE.FR, AFP 2017 : « Russie : la loi sur la dépénalisation des violences domestiques promulguée par Vladimir Poutine », celle loi a remplacé des peines de prison par une simple amende.

<sup>54</sup> Le sultanat de Brunei a introduit la charia dans son droit pénal en plusieurs étapes à partir de 2014. En Indonésie, les partisans de la charia ont saisi la Cour constitutionnelle, en introduisant des règles conformes à la charia : SAPIIE, HALIM, 2017.

<sup>55</sup> FOSSIER, GUIHAL, ROBERT, 2017 pour un point de vue français qui tient compte des règles internationales et montre l'intérêt qu'il y aurait à développer des études de droit pénal comparé dans ce domaine.

venir sur la comparaison de ce que nous appelons des « lois prohibitives », en recourant par ce terme à un idéal-type ou à une taxinomie indépendante du vocabulaire utilisé dans tel ou tel système juridique. L'expression « loi prohibitive » puise ses sources dans la tradition des romanistes et des canonistes<sup>56</sup>, reprise au XVIII<sup>e</sup> siècle par Wolff et Kant (qui ont utilisé l'expression *lex prohibitiva*)<sup>57</sup> et sous la forme anglaise de « *prohibitive law* » par Bentham<sup>58</sup>. S'il n'y a pas de définition précise de cette expression, y compris chez Bentham, elle correspond à l'idée qu'à côté de lois qui ordonnent ou permettent, il y a des lois qui prohibent des comportements à travers une formule négative (elles ordonnent de ne pas faire quelque chose). Ces lois ont un caractère pénal dans la mesure où elles sont la plupart du temps sanctionnées par une peine (dans certains cas, la sanction en cas d'accomplissement d'un acte interdit est la nullité civile de cet acte)<sup>59</sup>.

Si l'on reprend notre problématique relative à la partie spéciale des législations pénales, déterminant les comportements punissables, il faut revenir à la critique pertinente que Kelsen a faite de la distinction, attribuée à Garofalo, entre *mala in se* et *mala prohibita*. Pour Kelsen, il existe seulement des *mala prohibita*, c'est-à-dire des actions ou abstentions assorties de sanctions par le droit positif, que les juristes doivent considérer comme des « actes illicites », quels que soient les jugements personnels sur le caractère nuisible ou non de ces actes. Kelsen va plus loin dans son analyse, en remarquant que toutes les expressions faisant référence à une « violation du droit » ou à une « négation du droit » à propos des infractions sont une « représentation fallacieuse »<sup>60</sup>. La loi pénale dit seulement que si une telle conduite a lieu, l'acte de contrainte (la peine) doit être réalisé, selon le schéma général des normes juridiques « si A est, alors B doit être ». Si l'on prend l'exemple du vol, aucune loi n'interdit le vol (sans doute parce que le législateur sait pertinemment qu'il y aura des vols), mais la loi sur le vol impose aux juges que les

<sup>56</sup> Si la compilation de Justinien n'utilise pas l'expression *lex prohibitiva*, le Code de Justinien (C. 1, 14, 5) prononce la nullité de toute convention contraire à *lege prohibente*. Pour un exemple dans le droit canonique, GIBERT, 1735, p. 34.

<sup>57</sup> WOLFF, 1782, p. 108 ; KANT, 1993, p. 97.

<sup>58</sup> BENTHAM, in BOWRING, 1843, vol. I, p. 393.

<sup>59</sup> ZUPPETTA, 1852, p. 141 distinguait ainsi les lois inhibitives ou prohibitives des lois prescriptives dans les codes pénaux du XIX<sup>e</sup> siècle.

<sup>60</sup> KELSEN, 1999, p. 121.

personnes convaincues de vol soient sanctionnées par telle peine. L'acte illicite est dans le droit, et non pas une négation du droit, c'est une condition de mise en application de l'acte de contrainte. L'on pourrait dire qu'il existe « heureusement » des voleurs pour appliquer la loi pénale sur le vol.

Cette analyse nous paraît particulièrement éclairante en termes d'histoire du droit pénal et de droit pénal comparé. D'un point de vue historique, il y aurait lieu de s'interroger sur le passage d'interdits de nature religieuse et morale – comme le fameux « Tu ne tueras point » du Décalogue – à des lois pénales qui prévoient une peine en cas d'infractions comme l'homicide ou le vol. Ce « passage » a pu s'effectuer de manière très précoce, le Pentateuque contenant à la fois les interdits du Décalogue et les lois pénales, assorties de sanctions, du Lévitique et du Deutéronome. Les codes chinois se présentent dès le départ sous forme de lois pénales et non pas d'interdits. Il n'en reste pas moins que la révolution entamée par Beccaria en faveur de la légalité des délits et des peines constitue un basculement d'un ancien droit fondé sur des interdits, qui laissaient une grande marge de manœuvre aux juges pour la détermination des délits et des peines, au droit des codes qui abandonne les interdits au profit des règles sanctionnant les actes illicites.

On pourrait alors dire qu'il n'existe plus de « lois prohibitives », mais seulement des lois conditionnant des actes de contrainte à certains comportements. Kelsen a poussé cette logique positiviste jusqu'à une remarque particulièrement importante pour le droit comparé : « Un fait est acte illicite ou délit au regard d'un certain ordre juridique, parce que celui-ci y attache une sanction ; ce même fait ne l'est au contraire pas au regard d'un autre ordre juridique, qui lui n'y attache pas de sanction »<sup>61</sup>. L'opposition « loi prohibitive » / « loi permissive » retrouve ainsi un sens en droit comparé : on peut parler de loi prohibitive, en présence d'une loi qui, dans un ordre juridique déterminé, soumet un comportement à une peine, alors que le même comportement est permis dans un autre ordre juridique. S'il y a « prohibition » dans une loi pénale, elle est relative, c'est-à-dire qu'elle apparaît en creux à condition de faire la comparaison avec un ou plusieurs ordre(s) juridique(s) comportant

<sup>61</sup> KELSEN, 1999, p. 121.

## La comparaison entre lois prohibitives et lois permissives nous paraît offrir des perspectives heuristiques dans la compréhension des évolutions des phénomènes de criminalisation ou de décriminalisation.

une loi permissive à propos de la même conduite humaine. Nous retrouvons ainsi l'échelle de gradation proposée par Michel van de Kerchove entre criminalisation d'un comportement (sanctionné par une peine), dépénalisation du même comportement (atténuation ou suppression de la sanction pénale), décriminalisation (suppression de l'infraction) et légalisation (absence de mesures pour dissuader de ce comportement, autrement dit loi permissive, qu'elle soit expresse ou tacite). De cette taxinomie, que l'on peut assimiler au modèle de l'idéal-type, le traitement des relations homosexuelles par les ordres juridiques contemporains offre un bon exemple : tandis que les législations pénales de plus de 70 pays (en Afrique et en Asie notamment) criminalisent les relations homosexuelles (dans certains ordres juridiques, sous la menace de la peine de mort), dans plus de 120 ordres juridiques ces relations sont dépénalisées ou décriminalisées, et dans une cinquantaine d'États, l'on peut parler de légalisation au regard des lois « permissives » qui reconnaissent les partenariats et les mariages entre personnes du même sexe<sup>62</sup>.

La comparaison entre lois prohibitives et lois permissives nous paraît offrir des perspectives heuristiques dans la compréhension des évolutions des phénomènes de criminalisation ou de décriminalisation. En partant d'une définition neutre (ou « méta-juridique » pour utiliser le vocabulaire de Michel Troper concernant les concepts utilisés par la science du droit sans lien avec un ordre juridique déterminé<sup>63</sup>) d'un comportement, il apparaît possible, en enquêtant sur les normes en vigueur dans un ensemble d'ordre juridiques, de déterminer si ce comportement fait l'objet d'une loi prohibitive (c'est-à-dire d'une criminalisation) ou d'une des formes de loi permissive (de la dépénalisation à la légalisation, en passant par la décriminalisation). Ce type de recherches mettra en lumière les évolutions actuelles qui opposent les ordres juridiques nationaux en fonction de la présence contrastée de lois prohibitives ou permissives sur le même comportement. Pour aboutir à des tableaux comparatifs, il est clair que ce type d'enquête doit prendre en compte les énoncés législatifs, leur interprétation par la jurisprudence (les normes elles-mêmes), voire des renseignements sur l'application concrète de ces

<sup>62</sup> Ce sont les renseignements donnés par l'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association ([www.ilga.org](http://www.ilga.org)) et retranscrits sous forme de carte ([http://ilga.org/downloads/2017/ILGA\\_WorldMap\\_FRENCH\\_Overview\\_2017.pdf](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_FRENCH_Overview_2017.pdf) consulté le 7 juillet 2017).

<sup>63</sup> TROPER, 2011, p. 261-262.

normes (la connaissance des poursuites et des peines prononcées est importante, même si le seul fait de l'existence de la norme a une portée symbolique incontestable). Dans certains domaines, le tableau ne peut avoir la simplicité qu'il a en termes de criminalisation, décriminalisation ou légalisation des lois homosexuelles. Les études qui ont été menées sur l'avortement, et ont pu aussi aboutir à des tableaux et à des cartes<sup>64</sup>, montrent qu'il est peu de pays qui criminalisent (ou « prohibent ») l'avortement dans tous les cas et qu'il faut en conséquence faire intervenir d'autres critères dans la comparaison des droits (les conditions relatives à la situation de la mère ou de l'embryon, les conditions relatives au délai ou à l'encadrement médical) pour établir une échelle de la criminalisation à la légalisation. Sur d'autres sujets comme la législation relative aux stupéfiants, les violences domestiques, le droit pénal de l'environnement, la lutte contre la corruption ou le blanchiment d'argent, il nous semble qu'il serait possible de mener de telles analyses comparant les lois prohibitives et les lois permissives<sup>65</sup>. La réalisation de cartes, sans ajouter d'informations supplémentaires, permettrait de visualiser des évolutions dans l'espace et dans le temps et de proposer différentes hypothèses de lecture de ces phénomènes.

Cette méthode nous paraît présenter d'autres avantages. Elle met en lumière la persistance (voire l'aggravation), particulièrement visible dans le droit pénal, de clivages entre les ordres juridiques qui ont des effets de grande ampleur sur les personnes concernées (on est ici en présence d'une *hard law*, loin des tableaux lénifiants, présentés aujourd'hui sur l'essor de la *soft law*) et traduisent des différences qui ne sont pas liées aux traditionnelles « familles de droit ». Appliqué au droit pénal comparé, ce type de recherches est susceptible de relancer les réflexions sur les facteurs qui conduisent à un moment donné à la criminalisation ou à la décriminalisation d'un comportement. Il ne s'agit pas de révéler un quelconque « choc des civilisations » dans la mesure où l'on voit bien qu'un même pays peut avoir connu des alternances entre lois prohibitives et lois permissives sur le même sujet. Il ne faut pas de manière générale réduire l'explication à l'idée,

<sup>64</sup> Center for Reproductive Rights propose une telle carte sur <http://worldabortionlaws.com/about.html> (consulté le 7 juillet 2017).

<sup>65</sup> En sens inverse, dans les domaines (comme l'homicide) où le même comportement est partout sanctionné pénalement (même si les conditions et la nature des sanctions varient), cette opposition entre lois prohibitives et lois permissives n'a pas lieu d'être.

**L'étude diachronique des évolutions entre lois prohibitives et lois permissives aide précisément à nuancer les vues simplistes sur les cultures nationales et à montrer comment à un moment donné, les conflits entre valeurs se résolvent dans une norme juridique.**

qui avait été lancée au début du XX<sup>e</sup> siècle par Max Ernst Mayer<sup>66</sup>, d'une norme culturelle (traduisant des valeurs auxquelles la société serait attachée) présente derrière chaque norme pénale. Non seulement, les sociétés ne partagent pas de manière unanime des valeurs collectives qui seraient « traduites » dans la législation pénale, mais cette dernière résulte de commandements susceptibles d'être inspirés par plusieurs valeurs ou, dans certains cas, par des objectifs pragmatiques sans rapport avec des valeurs. L'étude diachronique des évolutions entre lois prohibitives et lois permissives aide précisément à nuancer les vues simplistes sur les cultures nationales et à montrer comment à un moment donné, les conflits entre valeurs se résolvent dans une norme juridique. Quand les États-Unis sont passés des lois anti-sodomie à la légalisation des mariages homosexuels, on ne peut pas réduire ce basculement opéré par des décisions de la Cour suprême à un simple changement de valeurs.

Enfin, loin d'isoler le droit pénal comparé en tant que champ d'études, la réflexion que nous proposons sur la notion de « lois prohibitives » peut être élargie à d'autres parties du droit, dans lesquelles peuvent se retrouver en présence des lois prohibitives et permissives pour le même comportement. Si l'on prend l'exemple du divorce, aujourd'hui prohibé seulement aux Philippines, il y a bien lieu de distinguer historiquement des lois prohibitives (qui n'interdisaient pas la séparation de fait, mais refusaient de mettre fin au lien matrimonial) et des lois permissives qui organisent des procédures de divorce. En droit constitutionnel une loi prohibitive, interdisant dans un ordre juridique plusieurs mandats présidentiels successifs ou le cumul de mandats, s'oppose à une loi permissive (en générale tacite) qui dans un autre juridique permet ce type de comportements. En dépassant le strict domaine des sanctions pénales, l'analyse de ces dynamiques des lois prohibitives s'inscrit dans une méthode qui conserve au droit comparé son caractère universel et ses vertus scientifiques, aussi bien que sa dimension subversive.

<sup>66</sup> M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1905.

## RÉFÉRENCES

- ANCEL, M. *Les Codes pénaux européens*, Paris, Centre français de droit comparé, 1956-1971, 3 vol.
- BECCARIA, C. *Des délits et des peines*, trad. fr. M. Chevallier, Paris, Flammarion, 1991.
- BENTHAM, J. *Principles of Penal Law*, in BOWRING, J. *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, W. Tait, 1843.
- BONINCHI, M. *Vichy et l'ordre moral*, Paris, PUF, 2005.
- BOURDIEU, P. « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* 1986.
- BUSTOS, J. VALENZUELA BEJAS, M. BERNAT DE CELIS, J. ANCEL, M. *Le système pénal des pays d'Amérique latine*, Paris, A. Pedone, 1983.
- CABALLERO, Fr. BISIQU, Y. *Droit de la drogue*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2000.
- CAULKINS, J.P. KILMER, B. KLEIMAN, M.A.R. MACCOUN, R.J. MIDGETTE, G. OGLESBY, P. LICCARDO PACULA, R. REUTER, P.H. *Considering Marijuana Legalization : Insights for Vermont and Other Jurisdictions*, Santa Monica, Rand, 2015.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014.
- CHARNAS, I. « L'incrimination de l'usage et du trafic de stupéfiants », in L. Mucchielli, Ph. Robert (Dir.), *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002.
- DEBUYST, Ch. DIGNEFFE, Fr. LABADIE, J.-M. PIRES, A. P. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Boeck Université, 1995.
- DONNEDIEU DE VABRES, H. *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, Sirey, 1938.
- DUBBER, M. D. « Comparative Criminal Law », in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. HÖRNLE, T. (Eds.) *Criminal law : a comparative approach*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- FEUERBACH, J. A. « Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran », *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, 1800, p. 163-192.
- FOSSIER, Th. GUIHAL, D. ROBERT, J.-H. *Droit répressif de l'environnement*, Paris, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2017.
- FRANKENBERG, G. *Comparative Law as Critique*, Cheltenham, Elgar, 2016.

\_\_\_\_\_. (Org.) *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Cheltenham, Elgar, 2013.

GAROFALO, R. *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, F. Alcan, 1888.

GIBERT, J. P. *Corpus juris canonici : per regulas naturali ordine digestas*, Coloniae Allobrogum, 1735.

GRAZIADEI, M. « Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions », in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 441-474.

HAILJY, « South Koreans and Adultery », *The New York Times*, April 1, 2015.

HALPÉRIN, J.-L. « Le droit et ses histoires », *Droit et Société*, 2010/2.

\_\_\_\_\_. *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2<sup>e</sup> éd., 2006.

HELLER, K. J.; DUBBER M. D. (Eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford University Press, 2011.

HUANG, P. C. C. *Civil Justice in China. Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996.

HUSA, J. « Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility ? », *Revue internationale de droit comparé* 2006.

JALUZOT, B. « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspectives », *Revue internationale de droit compare*, 2005.

JEAMMAUD, A. LE FRIANT, M. LYON-CAEN, A. « L'ordonnement des relations du travail », *Recueil Dalloz* 1998.

KANT, E. *Métaphysique des mœurs. Première Partie. Doctrine du droit*, trad. fr. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993.

KEILER, J. ROEF, D. *Comparative concepts of criminal law*, Cambridge, Intersentia, 2015.

KELSEN, H. *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. fr. Charles Eisenmann, Paris, LGDJ-Bruylant, 1999.

KESPER-BIERMANN, S. OVERATH, P. *Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870-1930). Deutschland im Vergleich*, Berlin, BWV, 2007.

LE MONDE.FR, AFP. « Russie: la loi sur la dépenalisation des violences domestiques promulguée par Vladimir Poutine », *Le Monde*, 7 février 2017.

MAYER, M. E. *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1905.

MICHAELS, R. « The Functional Method of Comparative Law », in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006.

MILLARD, É. « Ce que « doctrine » veut dire », in Association française pour la recherche en droit administratif, *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, 2010.

MITTERMAIER, C. J. A. « Die Wissenschaft der vergleichenden Gesetzgebung », *Heidelberger Jahrbücher der Literatur*, 1858.

\_\_\_\_\_. *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 1835.

MOHNHAUPT, H. « Rechtsvergleichung in Mittermaiers „Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes“ (1829-1856) » in STOLLEIS, M. (Hg.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999, p. 277-301.

MUIR-WATT, H. « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé* 2000.

MURCHISON, K. M. *Federal Criminal Law Doctrines : The Forgotten Influence of National Prohibition*, Durham-London, Duke University Press, 1994.

ORTOLAN, J.-L.-E. *Cours de législation pénale comparée. Introduction philosophique. Méthode et sommaire de cours en 1838*, Paris, Joubert, 1839.

\_\_\_\_\_. *Cours de législation pénale comparée. Analyse des cours de 1839-1840 recueillis et publiés par G. Narjot*, Paris, Joubert, 1841.

OST, Fr. VAN DE KERCHOVE, M. de. « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in Fr. Chazel, J. Commaille (Dir.), *Normes juridiques et régulations sociales*, Paris, LGDJ, 1991.

PALAZZO, Fr. PAPA, M. *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.

PFERSMANN, O. « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit » in *Variations autour d'un droit commun. Tavaux préparatoires*, Paris, Société de législation comparée, 2001.

PONTHOREAU, M.-C. *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010.

PRADEL, J. *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2016.

REIMANN, M. ZIMMERMANN, R. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006.

ROSS, A. « Tû-Tû », trad. fr. É. Millard et E. Matzner, enquête 1999.

- ROTH, A. « Strafrechtliche Zeitschriften im 19. Jahrhundert. Diskussionforum oder Gesetzinterpret? », in STOLLEIS, M. (Hg.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999, p. 304.
- SACCO, R. *La comparaison juridique au service la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991.
- SANFORD, H. S. *The Different Systems of Penal Codes in Europe*, Washington, Beverley Trucker, 1854.
- SAPIIE, M. Afra HALIM, H. « RI may see more sharia-based laws », *The Jakarta Post*, April 10, 2017.
- STOLLEIS, M. (Hg.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999.
- TARDE, G. *La criminalité comparée*, Paris, Alcan, 2<sup>e</sup> éd., 1890.
- TROPER, M. *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2011.
- US COURT. *Lawrence v. Texas* (539 US 558).
- VAN DE KERCHOVE, M. *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 1987.
- VITOUX, P.-L. *La question de la prohibition aux États-Unis : étude de droit constitutionnel et de droit international*, thèse droit, Paris, 1930.
- VON LISZT, Fr. « Introduction. Coup d'œil rétrospectif et plans d'avenir », in Union internationale de droit pénal, *La législation pénale comparée*, Berlin, O. Liebmann, 1894.
- WATSON, A. LEGRAND, P. « The Impossibility of Legal Transplants », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997.
- WOLFF, Ch. *Institutions du droit de la nature et des gens*, Leyde, Elie Luzac, 1782.
- ZUPPETTA, L. *Corso completo di legislazione penale comparata*, Torino, Tipografia economica, vol. I, 1852.
- ZWEIGERT, K. KÖTZ, H. *An Introduction to Comparative Law*, translated by WEIR, T. Oxford, Clarendon Press, 1998.

# BREVE COMPARAÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA AMBIENTAL DE BRASIL E PORTUGAL

João Hélio Ferreira Pes  
Doutor em Direito pela  
Faculdade de Direito da  
Universidade de Lisboa  
e Professor do Curso  
de Direito do Centro  
Universitário Franciscano  
(UNIFRA), Santa Maria, RS.  
joaohelio@unifra.br

Recebido: outubro 23, 2017

Aceito: março 9, 2018

## Brief comparison of the environmental legal protection of Brazil and Portugal

### RESUMO

Este trabalho tem como objeto de análise a comparação da proteção jurídica ambiental de Brasil e Portugal. Inicialmente, apresenta algumas características da história, da evolução e dos atuais métodos de direito comparado, para apontar o método utilizado. Utiliza o método funcional para efetuar uma breve comparação da proteção jurídica ambiental entre o ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento português. Compara a tutela constitucional prevista ao ambiente e, finalmente, efetua a comparação da legislação e de alguns institutos utilizados na tutela ambiental. Conclui que, tanto no Brasil quanto em Portugal, a proteção jurídica ambiental pode não ser a desejada ou a esperada, mas, tal descompasso não se deve à falta de normas, de institutos ou de instrumentos jurídicos, que nos dois países são similares.

**Palavras-chave:** Tutela ambiental; Direito ambiental; Direito comparado; Brasil e Portugal.

### Abstract

This work has as object of analyses the comparison of the environmental legal protection of Brazil and Portugal. Initially, it presents some characteristics of history, evolution and current methods of comparative law, in order to indicate the method used. It uses the functional method to make a brief comparison of the environmental legal protection between the Brazilian legal system and the

Portuguese legal system. It compares the constitutional protection dedicated to the environment and, finally, compares the legislation and some institutes used in environmental protection. It concludes that, both in Brazil and Portugal the environmental legal protection may not be what is desired or expected, but this is not due to the lack of norms, institutes or legal instruments, which in both countries are similar.

**Keywords:** Environmental protection; Environmental Law; Comparative Law; Brazil and Portugal.

## INTRODUÇÃO

As garantias constitucionais previstas aos cidadãos de acesso aos tribunais, para a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, tem enorme importância para a tutela das suas posições jurídicas subjetivas e de interesses coletivos, importância essa que se torna ainda mais acentuada no caso específico dos direitos fundamentais ambientais. Além dos dispositivos constitucionais, as normas e instrumentos jurídicos de tutela do meio ambiente, previstos nas legislações de cada ordenamento jurídico, são de extrema importância para verificar a proteção jurídica ambiental de um determinado Estado ou para efetuar a comparação entre dois ordenamentos jurídicos.

Nesse sentido, este artigo tem como objeto de análise a comparação da proteção jurídica ambiental de Brasil e Portugal. É preciso ressaltar que a histórica relação cultural, política e jurídica entre os dois países facilita essa breve comparação. Além disso, o Brasil, diferenciando-se dos demais países Latino-Americanos, recebeu forte influência do direito Português. Esse direito que se origina do sistema romanista apresenta algumas particularidades em relação ao direito dos principais países europeus, por conta da longa experiência portuguesa de Estado-nação.

Assim, para efetuar essa breve comparação da proteção jurídica ambiental entre o ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento português, utiliza-se do método funcional. Inicialmente, apresenta algumas características da história, da evolução e dos atuais métodos de direito comparado.

O método funcional mostra-se o mais adequado considerando que nos dois países a tutela ao ambiente é uma preocupação constante

**[...] tanto no Brasil quanto em Portugal, a proteção jurídica ambiental pode não ser a desejada ou a esperada, mas, nos dois países há institutos ou instrumentos jurídicos, previstos nos ordenamentos jurídicos, capazes de tutelar com eficácia o meio ambiente.**

e a responsabilidade pela proteção e defesa do ambiente é do poder público e do particular. Assim, é dever, também, de cada cidadão buscar de todas as formas a efetivação da tutela ao ambiente, inclusive por meio dos instrumentos colocados à disposição. Portanto, a comparação dos sistemas, das regras e dos institutos, aspectos próprios do método adotado, é efetuada no decorrer da análise comparativa da proteção jurídica ambiental.

Na segunda parte do artigo, verifica-se a proteção jurídica ao ambiente presente nas Constituições. A Constituição brasileira dispõe de um capítulo próprio sobre o meio ambiente, enquanto que a Constituição portuguesa aborda de forma separada as disposições sobre o ambiente, tratando em diferentes momentos a dimensão de direito objetivo e a de direito subjetivo.

Na terceira e última parte do artigo, analisa-se a comparação da legislação e de alguns institutos utilizados na tutela ambiental. Registre-se que não se pretendeu fazer análise exaustiva da vasta bibliografia relativa ao tema. Optou-se por não efetuar uma investigação aprofundada aos instrumentos jurisdicionais portugueses. No entanto, quanto à proteção dos bens ambientais no Brasil, um dos instrumentos similares à Ação Popular, a Ação Civil Pública, é um dos principais instrumentos de garantia de direitos relacionados ao ambiente, por isso, a realização de uma análise mais detalhada da comparação entre a Ação Popular portuguesa e os institutos brasileiros da Ação Popular e da Ação Civil Pública.

Por fim, foi possível concluir que em alguns aspectos a experiência portuguesa sobressai, em outros, a experiência brasileira pode ser referida. Portanto, conclui que, tanto no Brasil quanto em Portugal, a proteção jurídica ambiental pode não ser a desejada ou a esperada, mas, nos dois países há institutos ou instrumentos jurídicos, previstos nos ordenamentos jurídicos, capazes de tutelar com eficácia o meio ambiente.

## **1. O MÉTODO DE DIREITO COMPARADO UTILIZADO**

Antes de apontar qual método de direito comparado pode ser utilizado para efetuar uma breve comparação da tutela ambiental entre dois ordenamentos jurídicos de países que têm historicamente laços profundos, é necessário mencionar alguns elementos conceituais, históricos e da própria evolução do direito comparado.

A existência do direito comparado é tão antiga como a própria ciência do Direito. Sua origem pode ser imputada à “comparação dos direitos” efetuada por Licurgo, em Esparta, e Sólon, em Atenas, que viajaram pelo mundo para conhecer as Instituições. Da mesma forma, os encarregados de redigir a Lei das XII Tábuas se informaram sobre as leis estrangeiras, singularmente as leis gregas que influenciaram visivelmente a primeira legislação escrita em Roma<sup>1</sup>.

No século XVIII, mais precisamente em 1748, Montesquieu, ao utilizar ensinamentos tirados de outras legislações para elaborar sua obra clássica *O Espírito das Leis*, passou a ser considerado um dos precursores entre os comparatistas.

O comparatismo, na concepção mais próxima à contemporânea, nasce, no século XIX, da presença simultânea de legislações positivas, definidas em termos concretos, e das quais a comparação torna-se fundamental ao desenvolvimento das novas sociedades<sup>2</sup>.

O direito comparado somente se fez reconhecer como tal, e com sua denominação própria, no final do século XIX, início do século XX. Alguns eventos desse período marcaram a história do direito comparado. Destacam-se, entre outros, as Conferências de Haia que sinalizavam a unificação de algumas regras de direito internacional privado, notadamente a Conferência de 1899. No ano 1900 a Sociedade de Legislação Comparada convoca um congresso internacional de direito comparado, realizado em Paris, do qual os maiores juristas da época participam. No mesmo ano, também, ocorreu a promulgação do novo Código Civil Alemão. A entrada em vigor deste Código foi precedida por discussões favoráveis ao desenvolvimento do comparatismo. O tema essencial da comparação na França era a confrontação do velho Código napoleônico com o jovem Código Civil Alemão.<sup>3</sup>

No início do século XX o direito comparado constituía-se, basicamente, numa comparação metódica das legislações e das instituições jurídicas para revelar, sob formulações distintas, que certas normas de direito positivo se encontram em um e outro sistema.

<sup>1</sup> Valioso, ainda, é citar Platão, em *As Leis*, o qual utiliza comparações; e Aristóteles, que após minucioso estudo das constituições que regeram as cidades gregas, elaborou o *Tratado sobre política*.

<sup>2</sup> O desenvolvimento do comércio internacional e a facilidade das relações humanas desenvolveram um clima de curiosidade, de atenção e de simpatia pelas instituições e experiências estrangeiras.

<sup>3</sup> LÓPEZ-MEDINA, 2015.

A partir da primeira guerra mundial até o final da segunda grande guerra, o direito comparado transforma-se consideravelmente. A aproximação das instituições jurídicas não tem mais somente por fim depreender a unidade de um direito subjacente às expressões nacionais, mas também deve conduzir as nações, doravante constituídas em sociedade internacional, a um direito único ou uniforme, ao mesmo tempo símbolo de sua compreensão e garantia de seu entendimento pacífico.<sup>4</sup>

Essas alterações no escopo do direito comparado ocorrem por consequência das profundas modificações verificadas na Europa: antigos Estados desaparecem, constituem-se novos, outros se reconstituem ou absorvem novos territórios. As legislações diferentes nas diversas partes de um mesmo território possibilitam uma coesão e uma unificação interiores graças, também, a pesquisas comparativas.

A cooperação jurídica internacional passou a fazer parte da ordem do dia. O Pacto da Sociedade das Nações estruturou a Corte Permanente de Justiça Internacional e foi acelerada a harmonização das concepções em matéria de direito internacional do trabalho. Em 1924 foi constituída a Academia Internacional de Direito Comparado de Haia que realçou a unificação do direito. Nesse ambiente de euforias, os comparatistas passaram a defender a ideia da “unificação dos direitos” ou “uniformização dos direitos”.

Logo após a segunda guerra mundial o direito comparado atravessou uma crise. As Nações Unidas tentaram bem suceder a Sociedade de Nações, fazer a Corte Internacional de Justiça suceder à Corte Permanente de Justiça Internacional. Não obstante as iniciativas úteis e importantes, o antigo clima de confiança e de otimismo de unificação havia desaparecido.

Esta crise consistiu, também, num problema metodológico sobre a função e a natureza do direito comparado. Em 1946, na obra célebre *Comparative Law*, o autor H. C. Gutteridge afirma que o direito comparado não é, como se afirmava até então, um ramo autônomo da ciência jurídica: “ele consiste unicamente no emprego de um método particular, o método comparativo, o qual pode – e deve – ser usado em todos os ramos do direito”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> ANCEL, 1980.

<sup>5</sup> H. C. Gutteridge *apud* ANCEL, 1980, p.39.

**Na América Latina, onde se combina a influência do Código Napoleônico, do Código Civil Alemão e do Código Italiano, há que se reconhecer a homogeneidade do sistema romanista e a importância da herança romana na formação dos sistemas latino-americanos.**

Assim, o direito comparado, que pode ser considerado uma criação do século XIX, até a primeira guerra mundial foi tratado pelos comparatistas como uma ciência que pretendia simplesmente pesquisar, descobrir ou constatar, as semelhanças já existentes entre as legislações e as constantes jurídicas entre os sistemas; entre as duas grandes guerras foi considerada ciência jurídica e preconizava a unificação ou uniformização do direito; após a segunda guerra mundial inicialmente surgiu a controvérsia da contestação do direito comparado enquanto ciência, porém, com a utilização sistemática do método comparativo ocorre o fortalecimento da tese que o caracteriza como disciplina científica.

Os comparatistas, antes de qualquer comparação, devem ter clareza das características que diferenciam os grandes sistemas jurídicos. O termo *sistema jurídico* tem dois sentidos, o primeiro, estrito (sistema brasileiro contra sistema argentino, por exemplo) e o segundo amplo (sistema romano-germânico<sup>6</sup> ou *civil law* contra sistema anglo-americano ou *common law*). Para este segundo sentido, alguns juristas, entre eles, René David, preferem denominar família de direito<sup>7</sup>.

Na América Latina, onde se combina a influência do Código Napoleônico, do Código Civil Alemão e do Código Italiano, há que se reconhecer a homogeneidade do sistema romanista e a importância da herança romana na formação dos sistemas latino-americanos. Para John Gilissen: “O sistema de direito romanista impôs-se fora da Europa nos países que foram colonizados por países da Europa continental”<sup>8</sup>. No Brasil, diferenciando-se dos demais países Latino-Americanos, é importante acrescentar a forte influência do direito Português, que se origina do sistema romanista, no entanto, apresenta algumas particularidades provenientes da longa experiência de Estado-nação.

O Brasil e os demais estados da América Latina surgiram como resultado de um processo de descolonização frente às potências europeias, notadamente, Portugal e Espanha. Após um longo período de sujeição aos sistemas jurídicos e institucionais dos estados colonizadores, no decorrer dos séculos XIX e XX, os Estados Latino-

<sup>6</sup> O sistema romano-germânico é caracterizado pela sua descendência romana. As codificações ocorridas desmentem a oposição que se acreditava poder estabelecer entre direito latino e direito germânico.

<sup>7</sup> ANCEL, 1980, p.58.

<sup>8</sup> GILISSEN, 2011, p. 20.

**Desde que ultrapassarmos a justaposição das regras de direito, desde que nos propusermos, igualmente, a ir mais além da descrição ou análise estática das instituições, tomamos consciência do dinamismo legislativo e pensamos no direito em termos de movimento.**

-Americanos não conseguiram se desvincular da influência jurídica liberal da Europa Ocidental e no processo interno de criação do direito utilizaram conteúdos jurídicos e experiências institucionais, principalmente, da Alemanha, Itália e França.<sup>9</sup>

Nesse sentido, Diego López-Medina afirma que “os países da América Latina, na sua maioria, são *‘sitios abiertos’* no sentido de que a criação e transformação de seus direitos sempre está atenta aos conteúdos jurídicos estrangeiros e comparados”<sup>10</sup>. Os *sítios abiertos* ou soberanias abertas no processo de criação das normas frequentemente utilizam a experiência estrangeira. Na aplicação das normas ou até mesmo na implementação de uma política pública, esses países dificilmente adotam uma nova política pública ou aplicam uma nova norma sem a observação da experiência estrangeira, portanto, é o direito comparado que está a transformar países de soberanias abertas em espaços transnacionais.<sup>11</sup>

Assim, inegavelmente o direito comparado revela e permite melhor compreender a política jurídica dos diferentes países. Desde que ultrapassarmos a justaposição das regras de direito, desde que nos propusermos, igualmente, a ir mais além da descrição ou análise estática das instituições, tomamos consciência do dinamismo legislativo e pensamos no direito em termos de movimento.

É claro que ainda há muitas objeções ao direito comparado. Há significativa dose de xenofobia que predomina entre uma considerável parcela de juristas. Isto não se justifica, principalmente numa conjuntura em que os artistas, os escritores e, enfim, os que se ocupam da ciência literária, voltam-se, natural e constantemente, em direção ao estrangeiro; os cientistas, também, pois a ciência pura não conhece fronteiras, nem línguas, nem políticas. Um médico, por exemplo, jamais poderia recusar ou repelir as experiências estrangeiras. As novas formas de proteção à natureza que surgem em qualquer parte do planeta devem ser apropriadas por todos. Portanto, não é concebível que a ciência jurídica venha a aprisionar-se nos limites de um só estado<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> LÓPEZ-MEDINA, 2015, p. 121.

<sup>10</sup> LÓPEZ-MEDINA, 2015, p. 121.

<sup>11</sup> LÓPEZ-MEDINA, 2015, p. 121-123.

<sup>12</sup> Nesse sentido, é salutar registrar a importância que é dada ao direito comparado pelos doutrinadores brasileiros, assim se manifestou Ivo Dantas: “Propositadamente, logo após a Doutrina, incluímos o Direito Comparado, o qual de forma inegável colabora na elaboração de qualquer Direito Nacional” (DANTAS, 1986, p. 82).

No Brasil, assim como nos demais países de soberania aberta, o direito comparado se desenvolve com a concepção de que é a expressão da cooperação internacional no plano jurídico e que tem tanto uma vocação quanto um espírito universalista. É claro que não é possível se descuidar da definição elaborada por Miguel Reale de que: “o Direito Comparado não pode se reduzir ao mero confronto de códigos e leis de diversos povos, sem se levar em conta as estruturas sociais e políticas de cada um deles”<sup>13</sup>.

Tendo presente esses ensinamentos de direito comparado é necessário definir o método a ser utilizado para fazer a comparação de legislações aplicáveis à tutela do meio ambiente entre dois países.

Nesse sentido, a comparação dos sistemas e das instituições jurídicas nunca foi tão necessária quanto no presente. Esta comparação requer, não apenas um único método, como por muito tempo pensava a doutrina comparatista, mas vários métodos possíveis.

Ao examinar os métodos propriamente ditos, por meio dos quais se efetua a pesquisa jurídica comparativa, é necessário, preliminarmente, fazer algumas considerações.

Em primeiro lugar, numa pesquisa comparativa concreta, ou seja, quando ocorrer o *direito comparado em ação*, é necessário examinar os procedimentos técnicos empregados pelo comparatista.

Em segundo lugar, é preciso não esquecer que o método comparativo é chamado a fazer, numa larga escala nas ciências sociais, o papel da experimentação nas ciências da natureza.

Por último, o método comparativo encontra e complementa o método histórico. O método histórico examina os fatos verticalmente, enquanto que o método comparativo os examina horizontalmente. Mas os dois métodos são extremamente complementares.

A comparação horizontal ocorre quando efetuada a comparação entre dois ou mais sistemas jurídicos vigentes, dos quais, preferencialmente, um deles é o sistema jurídico nacional. Já a comparação Vertical ocorre, por exemplo, na História do Direito, quando a comparação tiver como objeto a sucessão dos sistemas ou dos institutos de um mesmo sistema nacional.

<sup>13</sup> REALE, 1999, p.310.

É preciso lembrar, sempre, que o direito comparado vai além do estudo e da descrição das leis estrangeiras. Antes da comparação propriamente dita é indispensável um estudo sério do direito estrangeiro. O direito comparado está na dependência dos estudos de direito estrangeiro, visto que este é a matéria prima daquele.

O verdadeiro comparatista deve avizinhar-se do direito estrangeiro com uma nova visão, com uma grande curiosidade de descoberta e com a vontade de sair do seu particularismo. É preciso, estudando o direito estrangeiro, evitar a crença apressada de que o problema está resolvido, e, mais ainda, resguardar-se do hábito de enquadrar as instituições estrangeiras no esquema e na forma habitual de seu próprio direito nacional.

Para determinar qual o método a empregar em uma determinada pesquisa, entre todos os métodos possíveis é necessário considerar que cada categoria de problemas comparativos reclama um método apropriado.

No plano do método discutido quanto à sua utilização concreta, esta questão deve ser resolvida por uma distinção essencial, algumas vezes mal analisada, relativa ao nível da comparação. A comparação pode se situar ao nível da regra de direito, ao nível da instituição e ao nível do sistema<sup>14</sup>.

No que concerne à utilização dos diferentes métodos existentes convém observar que a cada um dos níveis aplica-se um método diferente.

Ao nível da regra de direito o método é *informativo* ou *descritivo*. Existe menos comparação propriamente dita do que justaposição de regras legais. Aqui se está essencialmente no domínio do direito estrangeiro, trata-se de fazer o seu inventário ou de redigir o seu catálogo.

Ao nível da instituição a abordagem é *técnica*, senão mesmo, em alguns casos, *tecnicista*. Procura-se, por exemplo, o que existe a respeito do princípio do poluidor-pagador ou da responsabilidade objetiva em matéria de indenização por dano ambiental em tal ou qual legislação determinada.

<sup>14</sup> ANCEL, 1980, p.118.

**A informação, que havia sido inicialmente necessária, não é mais suficiente. Ela deve ser completada por uma pesquisa de estrutura, pois o que importa é compreender o sistema globalmente em sua origem, sua evolução, seus princípios fundamentais, suas fontes, seus processos de aplicação, seu espírito e seu sistema de valores.**

Por fim, ao nível do sistema o método ou a abordagem é, então, essencialmente *estrutural*. A informação, que havia sido inicialmente necessária, não é mais suficiente. Ela deve ser completada por uma pesquisa de estrutura, pois o que importa é compreender o sistema globalmente em sua origem, sua evolução, seus princípios fundamentais, suas fontes, seus processos de aplicação, seu espírito e seu sistema de valores.

Por outro lado, em vez de tomar como ponto de partida abstratamente a regra, a instituição ou mesmo o sistema, pode-se partir, de maneira mais completa, de uma situação de fato determinada. Fixa-se então, de maneira precisa o caso humano ou social que se coloca, busca-se a solução em um certo número de países, especialmente escolhidos, estando atentos sobretudo aos procedimentos através dos quais cada um desses países chega àquela solução. Assim, não há porque se preocupar mais com o início do sistema, nem mesmo com suas instituições ou regras. Um e outras aparecerão durante o estudo. Este método é chamado de *funcional*.

O método *funcional* é extremamente preconizado. Para todo o caso concreto a resolver, se recorre aos dados comparativos concernentes à mesma hipótese jurídica, em outros ordenamentos. Diante da complexidade crescente, tanto dos problemas a resolver quanto das legislações que tentam propor soluções, surgiu a ideia de centralizar as comparações sobre apenas dois sistemas, ou sobre duas legislações.

Portanto, diante da existência de diferentes métodos, considerando a classificação exposta utilizada pelo conceituado comparatista Marc Ancel<sup>15</sup>, é necessário procurar, de início, a forma mais conveniente de conceber o método a empregar em função de seu objeto próprio.

Para se ter, efetivamente, o Direito Comparado em ação, não objetivando mais a outrora desejada unificação, mas sim, o funcionamento positivo e o respectivo equilíbrio do sistema, a pesquisa comparativa, aqui proposta, de verificar a tutela jurídica ambiental de Brasil e Portugal, pode ser conduzida segundo o método funcional.

<sup>15</sup> ANCEL, 1980.

## 2. A COMPARAÇÃO DA TUTELA AMBIENTAL CONSTITUCIONAL ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Até a década de 70 as referências constitucionais ao ambiente eram escassas e esparsas. Uma nova fase abriu-se com a Lei Fundamental portuguesa de 1976<sup>16</sup>,

ao consagrar um explícito direito ao ambiente, ao ligá-lo a um largo conjunto de incumbências do Estado e da sociedade e, assim, inseri-lo, em plenitude, no âmbito da Constituição material como um dos elementos da sua ideia de Direito.<sup>17</sup>

O certo é que o pioneirismo lusitano influenciou a redação do art. 45 da Constituição Espanhola de 1978 e o art. 225 da Constituição Brasileira de 1988.

Já a constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dotada de um capítulo próprio para as questões ambientais, traduz em vários dispositivos o que pode ser considerado, também, um sistema abrangente sobre a tutela do ambiente. No decorrer do texto constitucional, nos mais diversos Títulos e Capítulos, observa-se o caráter de interdisciplinaridade que é uma das características do Direito Ambiental. Os diversos artigos constitucionais contemplam normas de natureza processual, penal, econômica, cultural, sanitária, tutelar administrativa e, ainda, normas de repartição de competência administrativa.

Antes da atual Constituição portuguesa, de 1976, somente a Constituição de 1822, no art. 223, fez referências à natureza, quando determinou que as Câmaras Municipais promovessem a plantação de árvores nos imóveis baldios e nas terras dos Conselhos. Já no Brasil a última constituição dedicou de forma global referências aos recursos ambientais, diferentemente do que ocorreu com aquelas que a antecederam.

Inegavelmente, a relevância do ambiente tornou quase obrigatória a sua inclusão como norma fundamental em textos constitucionais dos mais variados estados. Mas essa quase universalização não significa, por si só, que a efetividade dessas normas seja plena e que os Estados que a positivaram tenham resolvido os problemas relacionados com a proteção dos bens ambientais.

<sup>16</sup> Antes a Constituição da Grécia, de 1975, no art. 24, tratou o ambiente como bem jurídico protegido in PECES-BARBA, 1999, p. 185.

<sup>17</sup> MIRANDA, 2000, p. 533.

A Lei Fundamental vigente no Brasil reconhece que as questões pertinentes ao meio ambiente são de vital importância para a sociedade, seja porque são necessárias para a preservação de valores que não podem ser mensurados economicamente, seja porque a defesa do meio ambiente é um princípio constitucional que fundamenta a atividade econômica, conforme prevê o art. 170, inciso VI, da Constituição brasileira.

A Constituição de Portugal, assim como a brasileira, institui normas ambientais que estipulam tarefas e obrigações do Estado e normas que garantem direitos subjetivos aos cidadãos. Com a clareza que lhe é peculiar, Vasco Pereira da Silva explica que

a Constituição portuguesa ocupou-se das questões ambientais na dupla perspectiva da sua dimensão objectiva, enquanto tarefa estadual (art. 9, d e e), e da sua dimensão subjetiva, como direito fundamental (art. 66)<sup>18</sup>.

Do ponto de vista objetivo, define como tarefa fundamental do Estado promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo, bem como a efetivação dos direitos ambientais (art. 9º, alínea d) e, ainda, defender a natureza e o ambiente, assim como preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território (art. 9º, alínea e)<sup>19</sup>.

Já do ponto de vista subjetivo, estabelece um direito (e dever) fundamental ao ambiente e à qualidade de vida, definindo que todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender (artigo 66.º, I), incumbindo ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos, estipulando uma série de ações para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável (artigo 66.º, II).<sup>20</sup>

É essa dimensão subjetiva que parece corresponder a uma *preferência* do legislador constituinte português pela subjetivação da tutela jurídica das questões ambientais, “na medida em que, para além da consagração de um direito fundamental ao ambiente, mesmo quando trata das tarefas estaduais, refere-se expressamente aos direitos ambientais

<sup>18</sup> SILVA, 2009, p. 19.

<sup>19</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 2016.

<sup>20</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 2016.

(vide o artigo 9.º, alínea d)”<sup>21</sup>. “A dimensão subjetiva aponta para a densificação do direito ao ambiente através de uma série de direitos sociais ambientais que envolvem dimensões prestacionais,”<sup>22</sup> como direitos a serviços públicos e a atos do poder de polícia ambiental (coleta de lixo, sistema de controle de poluição); direito e esquemas jurídicos processuais e procedimentais (audiência pública e ação popular).

Na Constituição brasileira todo o conjunto de normas do artigo 225 estabelece um rol de ações e abstenções que devem ser observadas pela Administração Pública ou pelos particulares. No interior do citado artigo existem (como exemplo, dentre outras) normas que explicitam um direito da cidadania ao meio ambiente sadio (art. 225 caput), normas que dizem respeito ao direito do meio ambiente (art. 225, § 1º, I) e normas que explicitam um direito regulador da atividade econômica em relação ao meio ambiente (art. 225, § 1º, V)<sup>23</sup>.

Examinando os aspectos mais gerais definidos no *caput* do artigo 225, Paulo de Bessa Antunes afirma que:

o estabelecimento do direito ao ambiente como um dos direitos fundamentais da pessoa humana é um importante marco na construção de uma sociedade democrática e participativa e socialmente solidária<sup>24</sup>.

No que se refere ao meio ambiente na Constituição Federal de 1988, José Rubens Morato Leite e Patrick Ayala<sup>25</sup> defendem que o meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração, que tem como característica a transindividualidade. Assim, a realização individual desse direito fundamental está intrinsecamente ligada à realidade social. Ao analisar a complexidade do direito ao ambiente e sua constitucionalização, Jorge Miranda afirma que os direitos atinentes ao ambiente

ficam sujeitos ora ao regime dos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º), ora ao dos direitos econômicos, sociais e culturais. De todo modo, eles têm de ser conjugados com os restantes direitos fundamentais; ...<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> SILVA, 2002, p. 84.

<sup>22</sup> CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 279.

<sup>23</sup> Referente à atividade econômica há também na C.F. o art. 170, VI, no capítulo “Dos princípios gerais da atividade econômica” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 2017).

<sup>24</sup> ANTUNES, 2002, p. 48.

<sup>25</sup> LEITE; AYALA, 2004, p. 87.

<sup>26</sup> MIRANDA, 2000, p. 542.

No tocante à proteção judicial do ambiente no Brasil, a Ação Popular tem como escopo a anulação de ato lesivo ao meio ambiente, praticado pelo poder público ou não, e também a consequente condenação dos responsáveis pelo ato, determinando que se reconstitua o *status quo ante*, visando à recuperação do ambiente degradado, podendo ser cumulativo ou alternativo o pedido. A Constituição brasileira estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. Verifica-se que o autor popular busca a tutela jurisdicional com o objetivo de corrigir ações ou omissões que sejam consideradas lesivas. A Ação Popular tem feição coletiva, pois o autor popular age no resguardo de interesses meta-individuais, mesmo que no caso concreto possa estar envolvido reflexamente, como membro da coletividade, algum interesse pessoal.<sup>27</sup>

A Constituição portuguesa, desde sua redação originária, garante a ação popular para prevenir, fazer cessar ou perseguir as infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente ou do patrimônio cultural. A previsão da ação popular não é só para promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial, mas também para requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, tudo conforme art. 52, nº 3/a.<sup>28</sup>

Quanto às alterações das disposições constitucionais ambientais no Brasil, a única emenda à Constituição aprovada foi uma alteração polêmica, contestada pela possível inconstitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017<sup>29</sup>. Essa emenda definiu que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, sendo que lei específica deve regulamentar essa matéria para que se assegure o bem-estar dos animais envolvidos. Já em Portugal, no processo das revisões constitucionais, algumas alterações e agregações significativas foram efetuadas no âmbito do direito ambiental.

<sup>27</sup> RODRIGUEIRO, 2004.

<sup>28</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 2016.

<sup>29</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 96, de 2017.

**Tanto no Brasil como em Portugal, não somente o Estado tem o dever de preservação ambiental, mas todos têm esse dever, por intermédio dos meios constitucionalmente previstos, ou seja, por ações tomadas individual ou coletivamente e pelas vias administrativas e judiciais no Brasil ou pelas vias administrativas, judiciais e jurídicas administrativas em Portugal.**

A revisão constitucional de 1982 elevou a proteção do ambiente e dos recursos naturais a tarefa fundamental do Estado (art. 9.º, alínea e). Nas revisões posteriores, foi elucidada a noção de “direitos ambientais” (art.9.º, alínea d) e a de “desenvolvimento sustentável” (art. 66.º, corpo); substituído “apelo e apoio a iniciativas populares” por “envolvimento e participação dos cidadãos”; introduzido o princípio da solidariedade entre gerações (art. 66.º, n.º 2, alínea d); acrescentadas incumbências concernentes à qualidade ambiental das povoações e da vida urbana e à educação ambiental (art.66.º, n.º 2, alíneas ‘e’ e g).

Embora a epígrafe do art. 66º da Constituição seja o “Ambiente e qualidade de vida”, no seu texto não consta especificamente menção à “qualidade de vida”, que estava no nº 4 da versão original<sup>30</sup> e que foi retirada no processo revisional. “A inserção anterior dessa locução foi criticada, posto que não se revelaria um direito formal dos cidadãos, porém tão somente uma diretriz constitucional de atuação estatal”<sup>31</sup>, inserida no art. 9º, alínea d, ao dizer que ao Estado cabia promover o bem-estar e a “qualidade de vida” do povo.

Relativamente à defesa ambiental, ao Estado incumbem certas obrigações e o seu inadimplemento caracteriza omissão inconstitucional, passível de controle de inconstitucionalidade por omissão, conforme art. 283<sup>32</sup> da Constituição portuguesa e art. 103, § 2º<sup>33</sup>, da Constituição brasileira. Tanto no Brasil como em Portugal, não somente o Estado tem o dever de preservação ambiental, mas todos têm esse dever, por intermédio dos meios constitucionalmente previstos, ou seja, por ações tomadas individual ou coletivamente e pelas vias administrativas e judiciais no Brasil ou pelas vias administrativas, judiciais e jurídicas administrativas em Portugal.

Portanto, ao analisar alguns aspectos da proteção ambiental constitucional de Brasil e Portugal, é possível concluir que existe uma base legal mínima capaz de assegurar a proteção legal ao meio ambiente. No Brasil, a inclusão de um capítulo próprio sobre o assunto na Constituição e, em Portugal, as disposições constitucionais sobre o ambiente, tanto na dimensão de direito objetivo quanto

<sup>30</sup> A versão original definia que o Estado deveria implementar a melhoria progressiva e acelerada da “qualidade de Vida” de todos os portugueses.

<sup>31</sup> JUCOVSKY, 2001, p. 108.

<sup>32</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 2016.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 2017.

na dimensão de direito subjetivo, revestem-se de grande importância na tutela do ambiente. Inegavelmente, no ordenamento jurídico constitucional dos dois países facilmente pode ser identificado a caracterização de um direito fundamental: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservado.

### 3. BREVE COMPARAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL E DE ALGUNS INSTITUTOS

Alguns aspectos históricos envolvendo a natureza, não sendo possível afirmar se a preocupação era apenas sua conservação, remontam do século XII, quando no tempo de D. Afonso Henriques (1109-1185) foram tomadas providências a fim de proteger pinhais, carvalhos e outras árvores, evitando danos pelo regulamento do corte de madeiras e lenhas e pela doação de matas aos particulares e a ordens religiosas. Em 1253 uma lei, publicada em 26 de dezembro, impõe restrições à caça das aves de rapina. No século XVIII, por carta régia, o governador da Capitania da Paraíba era instruído no sentido de tomar todas as precauções para preservar as florestas do Brasil e evitar a sua destruição, estabelecendo penas severas contra as pessoas que queimassem ou destruíssem as florestas<sup>34</sup>. Outro aspecto bem curioso encontra-se no art. 223.º, V, 2.ª parte da Constituição de 1822 ao cometer às câmaras municipais “promover a plantação de árvores nos baldios e nas terras dos conselhos”<sup>35</sup>.

Não obstante alguns historiadores e juristas fazerem referências a fatos do passado que envolvam a natureza, foi no passado recente que a tutela ambiental passou a ser uma preocupação institucional do Estado Português. A partir da década de 70, com a introdução da proteção ambiental na Constituição portuguesa e, posteriormente, com a regulamentação dessas disposições por meio de diversas legislações, a tutela jurídica do ambiente foi paulatinamente fixada.

Já a legislação ordinária brasileira é ampla e extensa no que se refere à proteção ambiental, sendo que as principais leis foram editadas nas décadas de 1980, 1990 e 2000, principalmente com o advento da Lei Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981<sup>36</sup>, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente. Tal lei inaugura uma nova fase no

<sup>34</sup> CONDESSO, 2001.

<sup>35</sup> PORTUGAL. Constituição da Nação Portuguesa de 1822.

<sup>36</sup> BRASIL. Lei Federal 6.938 de 1981.

direito ambiental brasileiro, na qual a tutela do meio ambiente passa a ter um novo tratamento, com organicidade e sistematicidade, ou seja, passa a ser um sistema integrado de regulação ambiental. Essa Lei se constitui em marco histórico na proteção e defesa do meio ambiente. Além de promover o ingresso no direito positivo de inovadores princípios e regras indispensáveis à defesa do patrimônio ambiental, natural, artificial e cultural, o referido diploma legal cria mecanismos de formulação e aplicação da política nacional ambiental, dentro do objetivo de preservação, melhoria e recuperação da qualidade de vida, anunciando ter por escopo assegurar condições ao desenvolvimento sócio econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Em Portugal, destaca-se como marco importantíssimo da proteção ambiental a Lei que define as Bases da Política de Ambiente, instituída pela Lei nº 19, de 14 de abril de 2014<sup>37</sup>, lei essa que revogou a de nº 11, de 07 abril de 1987, conhecida como LBA – Lei de Bases do Ambiente. A primeira Lei de Bases do Ambiente somente surgiu após passados 10 anos da entrada em vigor da Constituição, coincidentemente no mesmo ano da adesão à Comunidade Econômica Europeia. Essas normas e as demais medidas protetivas do ambiente nacional passaram a ter efetividade com a aceitação formal “à revolução de mentalidade que suporta a consagração do objectivo de protecção do ambiente”<sup>38</sup>, implementada pelas soluções provenientes do direito comunitário e pela influência do direito internacional que passou a apresentar preocupações com as futuras gerações.

No que diz respeito à perspectiva de preservação do ambiente num contexto intergeracional, deve-se considerar a evidência de que a degradação ambiental presente gera danos em cadeia que afetam o ecossistema no tempo que há de vir, com prejuízos a ser suportados pelos futuros seres humanos. Tem-se construído um consenso ético, cada vez mais amplo, sobre a necessidade de novos direitos fundamentais em que os titulares são, não apenas os homens de hoje, mas, também, os que viverão no futuro. Portanto, é necessário adaptar as técnicas do direito para que possam juridicamente compelir a geração presente ao cumprimento de dever fundamental

<sup>37</sup> PORTUGAL. Lei nº 19, de 14 de abril de 2014.

<sup>38</sup> GOMES, 2008, p. 25.

correspondente ao direito das gerações futuras, tendo-se em vista que, pela sistemática processual vigente, os únicos titulares de direitos subjetivos são os homens atuais.

Há uma necessidade real e atual de estabelecer os meios para defender esses direitos de pessoas que ainda não existem, que estão por vir, e o operador do direito há de se debruçar na busca de uma forma eficaz de proteger esse novo direito fundamental com titularidade mediata atribuível a pessoas ainda inexistentes, das gerações futuras. Pensar que a cada geração que se sucede os recursos naturais vão se esgotando, que se recebe mais do que se deixa e que o risco de esgotamento das forças vitais do planeta é uma ameaça real, que na verdade a igualdade entre gerações não é um dado de fato, ainda é um caminho a seguir, um ideal a se buscar, um valor a se tutelar em nome da sobrevivência da própria humanidade.

No Brasil, dentre todas as inovações trazidas pela Lei Federal nº 6.938 de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, é importante registrar o conteúdo do artigo 14, no seu § 1º, que dispõe acerca da legitimação do Ministério Público para propor as ações de reparação de danos causados ao meio ambiente.

Outro instrumento legal importante, instituído no Brasil, foi a Lei federal nº 7.347 de 24 de julho de 1985<sup>39</sup>, que disciplinou a Ação Civil Pública como instrumento específico para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, e possibilitou que a agressão ambiental finalmente viesse a se tornar caso de justiça. Foi através dessa lei que as associações civis ganharam força para provocar a atividade jurisdicional e, atuando com o Ministério Público, puderam em parte frear as agressões ao ambiente.

Convém lembrar, ainda, que outro marco legal fundamental, instituído no Brasil, é representado pela edição da Lei Federal nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998<sup>40</sup>, chamada Lei dos Crimes Ambientais, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Também é possível, como formas de proteção à fauna e à flora, a aplicação de medidas penais e administrativas, como as determinadas pela referida lei, que dispõe sobre a responsabilidade da pessoa física e jurídica quanto

<sup>39</sup> BRASIL. Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

**Há uma necessidade real e atual de estabelecer os meios para defender esses direitos de pessoas que ainda não existem, que estão por vir, e o operador do direito há de se debruçar na busca de uma forma eficaz de proteger esse novo direito fundamental com titularidade mediata atribuível a pessoas ainda inexistentes, das gerações futuras.**

aos delitos contra a natureza. Tal lei descreve tipos penais e infrações administrativas, às quais são cominadas penas e sanções, destacando-se as privativas de liberdade e as pecuniárias.

A partir da edição dessa Lei, passou a vigorar no sistema uma poderosa ferramenta que visa à proteção do meio ambiente. Dessa forma, entende-se que, além de punir, essa legislação tem o condão de inibir as condutas danosas ao ecossistema, pois, de forma inovadora, responsabiliza criminalmente (de acordo com o § 3º do art. 225 da CF/88) a pessoa jurídica, através dos seus responsáveis, conforme a previsão do art. 3º, que responsabiliza as pessoas jurídicas, administrativa, civil e penalmente, que cometerem danos ao meio ambiente, bem como as pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Em Portugal, a intervenção cívica de proteção aos bens ambientais pode ser feita em vários níveis e de diferentes formas. A denúncia pública ou efetuada junto aos órgãos administrativos com competências de fiscalização consegue, em muitas situações, ser suficiente para parar ou prevenir uma infração. A participação nos processos de tomada de decisão, nos períodos de consulta pública, é outra forma de chamar a atenção dos organismos da administração Pública para as preocupações ambientais<sup>41</sup>.

Em certos casos, porém, as normas que protegem o ambiente, como muitas outras, não são acatadas voluntariamente. Como em todos os Estados democráticos, dentre os vários mecanismos que pretendem assegurar o cumprimento dessas regras, os tribunais são no ordenamento jurídico de Portugal o garante último do Direito.

O princípio da tutela jurisdicional efetiva ou da proibição da denegação de justiça, consagrado na Constituição da República Portuguesa, significa que os tribunais, como órgãos que exercem a função jurisdicional, têm o dever de assegurar o cumprimento da lei e o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos. No artigo 20º da Constituição da República, consagra-se o que se denomina por direito à 'proteção jurisdicional efetiva'<sup>42</sup>.

A tutela ambiental em Portugal está regulamentada por algumas formas de acesso à justiça definidas em diversos diplomas legislativos,

<sup>41</sup> ANDRADE, 2005, p.34.

<sup>42</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 2016.

sendo que os principais são: a *Lei de Acção Popular* ou LAP, Lei n.º 83 de 31 de agosto de 1995<sup>43</sup>, relativa ao direito de participação procedimental e de ação popular; a Lei das Organizações Não Governamentais de Ambiente/ONGA, Lei n.º 35 de 19 de julho de 1998<sup>44</sup>, que dispõe sobre a legitimidade dessas organizações para intervir e iniciar tanto em procedimentos administrativos como ações judiciais para a proteção do ambiente) e; Lei de Acesso aos Documentos Administrativos ou LADA, Lei n.º 65 de 26 de agosto de 1993<sup>45</sup>, alterada pelas Leis n.º 8/95 de 29-03 e 94/99 de 16-07 – que estabelece um procedimento administrativo específico para salvaguarda do direito de acesso à informação.

A ação popular portuguesa pode se revestir de qualquer das formas processuais previstas na lei processual administrativa, civil e penal<sup>46</sup>. A *Acção Popular Administrativa* deve ser analisada comparando-a com os instrumentos similares brasileiros.

O primeiro aspecto que deve ser ressaltado numa comparação entre esses instrumentos de tutela ambiental é o relacionado com a natureza jurídica da ação popular. Enquanto a brasileira é uma ação propriamente dita, a congênere portuguesa é um alargamento da legitimidade processual ativa, ou seja, trata-se de uma interessante construção em que o autor popular tem a liberdade de adequar a sua pretensão ao processo pretendido, seja na jurisdição administrativa ou processual civil<sup>47</sup>.

Diferentemente da Lei da Ação Popular no Brasil, a Lei da *acção popular*, Lei nº 83/95, apenas se refere a alguns aspectos da tramitação processual. As suas determinações não têm o alcance de submeter os processos em causa a um processo especial e acabado.

A Lei da *Acção Popular* portuguesa, além de cuidar da tutela jurídica de vários interesses, entre os quais o do ambiente, dispõe sobre o direito de participação do povo na elaboração de planos e determinação de locais e empreendimentos e de investimentos do Poder Público, diferente da Lei da Ação Popular brasileira que trata especificamente da possibilidade de litígio judicial impetrado por cidadão.

<sup>43</sup> PORTUGAL. Lei nº 83, de 31 de agosto de 1995.

<sup>44</sup> PORTUGAL. Lei nº 35, de 19 de julho de 1998.

<sup>45</sup> PORTUGAL. Lei nº 65 de 26 de agosto de 1993.

<sup>46</sup> Denomina-se “quase-acção popular penal” para: OTERO, 1999.

<sup>47</sup> PES, 2008, p. 227.

Na legitimação ativa, verificam-se pontos de confronto, igualmente, com vantagens para o sistema português. No Brasil somente os cidadãos podem ser autores da ação, enquanto que em Portugal tanto as pessoas singulares (cidadãos ou não) quanto as associações e fundações, com personalidade jurídica, que tenham incluído expressamente nas suas atribuições ou nos seus objetivos estatutários a defesa dos bens e valores em causa, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda, desde que não exerçam atividades profissionais concorrentes com empresas ou profissionais liberais e, ainda, as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição.

Outra questão relacionada com a legitimação ativa, que no Brasil é necessário revisar, diz respeito à limitação conceitual do termo *cidadão*. Em Portugal, para Carla Amado Gomes o exercício do direito de acesso à justiça, na hipótese do agente estar investido em legitimidade popular, não é um direito exclusivo dos portugueses

mas também de todos os estrangeiros que em Portugal (ou no estrangeiro, em virtude de fenómenos de poluição transfronteiriça com origem em Portugal) detectem ameaças a bens ambientais naturais<sup>48</sup>.

No Brasil é preciso aprofundar a discussão e refletir sobre possível alteração quanto à restrição de legitimar a pessoa jurídica ou coletiva para interpor ação popular. Em Portugal essa restrição não existe. No Brasil, em compensação, a Ação Civil Pública admite a interposição de ação por pessoas jurídicas e coletivas visando à tutela ambiental.

Na ação popular em Portugal o Ministério Público pode tomar o lugar do autor da ação quando entenda que este está tendo um comportamento lesivo aos interesses ambientais em causa. No Brasil ocorre a substituição pelo Ministério Público quando na desistência ou ausência do autor.

A amplitude dos bens tutelados é outra nota distinta. Em Portugal a Constituição estabelece a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do patrimônio cultural, bem como para assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais, enumeração

<sup>48</sup> GOMES, 2016.

**A ação popular, tanto no Brasil como em Portugal, rege-se por uma nota comum que é a possibilidade de qualquer cidadão, independentemente de possuir interesse direto e pessoal na causa, ter legitimidade para propor a demanda.**

não taxativa, podendo abarcar outros interesses suscetíveis de proteção, uma vez que a norma tem caráter exemplificativo. Já no Brasil o instituto é limitado, porque através da ação popular somente é possível anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Na realidade a ação popular brasileira, diferentemente da portuguesa, destina-se exclusivamente à desconstituição do ato administrativo, sendo consequência a condenação na reparação dos danos. A sentença de procedência ou improcedência em ação popular no Brasil emana efeitos *erga omnes*. Porém, nos mesmos moldes da ação civil pública, na hipótese de improcedência por falta de provas, é ressalvada a renovação da demanda sob idênticos fundamentos, desde que apresentadas novas provas, isto é, o juiz poderá julgar improcedente a demanda com a justificativa de insuficiência de provas, decisão que não terá trânsito em julgado material, assim, admite-se que nova demanda possa ser ofertada.

Com relação ao caso julgado na ação popular portuguesa, uma situação específica é a que confere poderes especiais ao juiz para “fundado em convicções próprias do caso concreto” restringir a eficácia *erga omnes* da decisão que profira. O magistrado, de maneira geral, tem o dever de expressar os fundamentos específicos da decisão, afirmando os motivos concretos que o levaram a concluir pela necessidade de restrição dos efeitos do caso julgado àquela situação específica, realizando, assim, o princípio da fundamentação obrigatória das sentenças.

Portanto, no que tange à sentença e ao caso julgado, existem algumas semelhanças entre os dois sistemas que, no geral, se equivalem, ressalvando-se, no sistema lusitano, o direito de auto exclusão e o poder do magistrado de afastar a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas.

A ação popular, tanto no Brasil como em Portugal, rege-se por uma nota comum que é a possibilidade de qualquer cidadão, independentemente de possuir interesse direto e pessoal na causa, ter legitimidade para propor a demanda. Além disso, conjugado com uma célere e eficiente prestação jurisdicional, pode exercer um relevante e democrático papel na fiscalização dos atos governamentais,

notadamente daqueles relacionados ao meio ambiente. Porém, isso raramente ocorre na prática, pois a dificuldade de acesso do cidadão comum ao judiciário brasileiro, aliada a uma tramitação processual ainda lenta devido ao acúmulo de processos nos juízos e à falta de prioridade desses feitos, ocasiona um desestímulo ao soergimento desse verdadeiro ícone da democracia participativa<sup>49</sup>.

Durante algum tempo, até a entrada em vigor da *Lei de Acção Popular* em 1995, o Ministério Público era, de acordo com estudos publicados<sup>50</sup>, o mais frequente autor de ações para defesa do ambiente, situação que, contudo, deixou de se verificar, com uma clara predominância atualmente para as ações interpostas por Organizações não Governamentais. Já no Brasil, ocorre o contrário, o Ministério Público utiliza de forma intensa a ação civil pública para a defesa ambiental, enquanto que a ação popular tem uma menor incidência<sup>51</sup>.

Na tutela ambiental em Portugal, outra questão que deve ser referida é relativa à jurisdição competente para decidir casos que envolvem a proteção ambiental<sup>52</sup>. Alguns cuidados são observados pelos tribunais quanto à distinção entre “impugnação da licença administrativa” (competência é dos tribunais administrativos) e “contestação da atividade do particular que infringe normas ambientais” (que deve ser feita perante os tribunais judiciais).

Ocorrendo lesão ou ameaça ao ambiente, provocada por particular ou pelo Estado desde que atuando desprovido de poderes de autoridade, é possível recorrer a qualquer das formas de ações previstas no Código de Processo Civil Português, propondo, perante um tribunal civil a ação que seja adequada a fazer reconhecer em juízo o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, a prevenir ou reparar a violação do mesmo e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos acautelatórios necessários.

Por outro lado, cabe aos tribunais administrativos o julgamento de questões emergentes de comportamentos que consubstanciem lesão ou ameaça de lesão de bens ambientais levadas a cabo por

<sup>49</sup> PES, 2010, p. 297.

<sup>50</sup> Os estudos estão publicados em [www.euronatura.pt](http://www.euronatura.pt) e referem-se à pesquisa realizada em Portugal, entre Novembro de 2002 e Maio de 2003, atendendo encomenda da Comissão Europeia.

<sup>51</sup> PES, 2010, p. 298.

<sup>52</sup> Um exemplo da complexidade dessa questão é o famoso caso das “andorinhas de Nisa” referido em ANDRADE, 2005.

**[...] a proteção jurídica ambiental, brasileira e portuguesa, pode não ser a desejada ou a esperada, mas, tal descompasso não se deve à falta de mecanismos jurídicos que tenham como escopo tutelar os bens ambientais e muito menos à falta de instrumentos processuais.**

entidades organicamente públicas, bem como de entidades que, muito embora revistam forma privada, desempenham funções materialmente administrativas.<sup>53</sup>

Quanto à responsabilização civil pelos danos causados ao ambiente, há no Brasil uma discussão, mais acentuada do que em Portugal, que envolve o dano ambiental moral (extrapatrimonial). O dano extrapatrimonial ou moral ambiental é aquele que diz respeito à sensação de dor experimentada, relativa a um prejuízo não material, tendo como vítima a sociedade ou o indivíduo, em decorrência de uma agressão, uma lesão ao meio ambiente, em todos os seus aspectos. Os tribunais brasileiros estão julgando no sentido de condenar os agentes causadores de dano moral ambiental.

Assim, tanto no Brasil quanto em Portugal, além da vasta legislação existente, que visa a tutelar o ambiente, com normas substanciais e procedimentais, há um verdadeiro arsenal estruturado pelo Estado para viabilizar tal proteção, utilizando-se os instrumentos próprios da Administração Pública. Portanto, conclui-se, facilmente, que a proteção jurídica ambiental, brasileira e portuguesa, pode não ser a desejada ou a esperada, mas, tal descompasso não se deve à falta de mecanismos jurídicos que tenham como escopo tutelar os bens ambientais e muito menos à falta de instrumentos processuais.

## CONCLUSÃO

Ao analisar os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, notadamente, a proteção ambiental constitucional e algumas normas que dispõem sobre a política de tutela do meio ambiente, é possível concluir que existe uma base legal mínima, composta por instrumentos e institutos jurídicos, capaz de assegurar a proteção legal ao meio ambiente. No Brasil, a inclusão de um capítulo próprio sobre o assunto na Constituição e, em Portugal, as disposições constitucionais sobre o ambiente, tanto na dimensão de direito objetivo, quanto na dimensão de direito subjetivo, são fundamentais para efetivar a proteção do ambiente.

No ordenamento jurídico constitucional dos dois países facilmente pode ser identificado a caracterização de um direito fundamental:

<sup>53</sup> GOMES, 2016.

o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservado. Na legislação infraconstitucional destacam-se as normas diretrizes que instituem políticas ambientais, no Brasil a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e em Portugal a Lei que define as Bases da Política de Ambiente. É de destacar, também, os instrumentos jurídicos disponíveis para proteger o ambiente, sobressaindo a *Acção Popular* portuguesa e as congêneres brasileiras: Ação Civil Pública e Ação Popular.

No Brasil a ação popular ambiental pode ser utilizada para anulação do ato administrativo comissivo ou omissivo, mesmo quando este não guarde direta relação com o dano ambiental, mas desde que haja uma relação administrativa, mesmo que reflexa, entre o dano e a ação ou a omissão estatal. Outro instrumento importante de tutela do meio ambiente no Brasil é a Ação Civil Pública que tem como objetivo principal a responsabilização dos causadores de danos ao meio ambiente e a outros direitos difusos.

Em Portugal tem-se a divisão da jurisdição em administrativa e comum, e assim, sempre que esteja em causa uma atuação da Administração Pública, no âmbito do seu *jus imperii*, lesiva do ambiente, a tutela jurisdicional dos bens ambientais violados compete aos tribunais administrativos e à respectiva jurisdição.

No Brasil há unidade de jurisdição, inexistindo o contencioso administrativo. Assim, a invalidação dos atos administrativos, bem como eventuais ressarcimentos, são decididos em sede de justiça comum da união ou dos Estados.

Na *acção popular administrativa* portuguesa, ao contrário do que acontece nas regras gerais de processo civil, quando na apuração dos fatos, ainda que limitado às questões fundamentais definidas pelas partes, o juiz tem iniciativa própria em matéria de recolhimento de provas, sem estar vinculado à iniciativa das partes.

A natureza jurídica da ação popular é um aspecto que deve ser enfatizado numa comparação. Enquanto a brasileira é uma ação propriamente dita, a congênera portuguesa é um alargamento da legitimidade processual ativa em que o autor popular tem a liberdade de adequar a sua pretensão ao processo pretendido.

Na comparação quanto à legitimação ativa, verifica-se acentuada diferença. No Brasil somente os cidadãos podem ser autores da ação,

**A falta de conhecimento ou falta de popularidade dos instrumentos processuais, principalmente a ação popular, é uma realidade que atinge ambos os países.**

enquanto que em Portugal tanto as pessoas singulares quanto as associações e, ainda, as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição.

Apesar de a tutela ambiental pela ação popular no Brasil ser menos ampla do que a sua congênera portuguesa, deve-se registrar que no Brasil, de maneira geral, o sistema de defesa dos direitos difusos, especialmente o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, é tão eficaz quanto em Portugal, uma vez que se procede tanto pela ação popular, de maneira mais restrita que em Portugal, quanto pela ação civil pública de uma maneira semelhantemente abrangente, cuja legitimidade é conferida ao Ministério Público e a outros legitimados. A rigor, na tutela ambiental a *Acção Popular Administrativa* portuguesa tem mais pontos de convergência com a Ação Civil pública brasileira do que com a sua homônima brasileira.

Quanto às dificuldades para implementação da tutela ambiental junto aos tribunais, não há grandes diferenças entre Brasil e Portugal. A falta de conhecimento ou falta de popularidade dos instrumentos processuais, principalmente a ação popular, é uma realidade que atinge ambos os países.

Sinteticamente, após a breve comparação da tutela ambiental entre Brasil e Portugal, é possível concluir que em alguns aspectos verifica-se a experiência portuguesa como bom exemplo, entre os aspectos que podem ser enumerados está o não apego aos formalismos processuais e a ampliação dos legitimados para a defesa do ambiente na ação popular; noutros aspectos, a experiência brasileira se sobressai, sendo possível indicar o reconhecimento do dano moral ambiental e o Ministério público atuante na defesa do ambiente, entre outros aspectos.

Portanto, conclui que, tanto no Brasil quanto em Portugal, a proteção jurídica ambiental pode não ser a desejada ou a esperada, mas, tal descompasso não se deve à falta de normas, de institutos ou de instrumentos jurídicos, que nos dois países são similares.

## REFERENCIAS

- ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Tradução de Sergio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980.
- ANDRADE, Isabel. *Guia de acesso à justiça ambiental*. Lisboa: Edição Euronatura, 2005.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 96*, de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.
- BRASIL. *Lei Federal nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Institui a Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017.
- BRASIL. *Lei Federal nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação Civil Pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017.
- BRASIL. *Lei Federal nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa – anotada*. Vol 1, art. 1º a 107º. 4. ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2001.
- DANTAS, Ivo. *Direito constitucional e instituições políticas*. Bauru-SP: Jalovi, 1986.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- GOMES, Carla Amado. “Não pergunte o que o ambiente pode fazer por si; pergunte-se o que pode fazer pelo ambiente!” – Reflexões breves sobre a ação pública e a ação popular na defesa do ambiente. Disponível em: <<http://icjp.pt>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Textos Dispersos de Direito do Ambiente (e temas relacionados)* – II Volume, Lisboa: AAFDL, 2008.

JUCOVSKY, Vera Lucia Rocha Souza. Tutela ambiental e sua efectividade no direito brasileiro. *Tese de doutorado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Orientador: Prof. Doutor Jorge Miranda. Lisboa: [s.n.], 2001.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LÓPEZ-MEDINA, Diego. El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio Geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 26. p. 117-159. Bogotá (Colombia) enero – junio de 2015. Disponível em: <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/1418>>. Acesso em: 11 out. 2017.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Vol. 4: Direitos fundamentais – 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

OTERO, Paulo. A acção popular. Configuração e valor no actual Direito português, in ROA, 1999, III, pp. 871 segs.

PECES-BARBA, Gregório Martinez. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madri: Universidade Carlos III, 1999.

PES, João Hélio Ferreira. A efetividade da ação popular e de instrumentos similares na tutela dos bens ambientais do Brasil e Portugal. In: MOSCON, Cledi de Fátima Manica. *Temas de Direito Público: Justiça e Administração Pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010, p. 251-308.

\_\_\_\_\_. Comparação de alguns instrumentos utilizados na tutela ambiental no Brasil e em Portugal. In: MENEZES, Wagner (Org). *Estudos de Direito Internacional*. Curitiba: Jurua, 2008.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2016.

PORTUGAL. *Constituição da Nação Portuguesa de 1822*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp-1822.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

PORTUGAL. *Lei nº 65*, de 26 de agosto de 1993. Regula o acesso aos documentos da Administração. Disponível em: <<http://data.dre.pt/eli/lei/65/1993/08/26/p/dre/pt/html>>. Acesso em: 11 out. 2017.

PORTUGAL. *Lei nº 83*, de 31 de agosto de 1995. Direito de participação procedimental e de acção popular. Disponível em:

<<http://data.dre.pt/eli/lei/83/1995/08/31/p/dre/pt/html>>.  
Acesso em: 11 out. 2017.

PORTUGAL. *Lei nº 35*, de 19 de julho de 1998. Disponível em:  
<<http://data.dre.pt/eli/lei/35/1998/p/cons/20141231/pt/html>>.  
Acesso em: 11 out. 2017.

PORTUGAL. *Lei nº 19*, de 14 de abril de 2014. Define as Bases da Política de Ambiente. Disponível em: <<http://data.dre.pt/eli/lei/19/2014/04/14/p/dre/pt/html>>. Acesso em: 11 out. 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

RODRIGUEIRO, Daniela. *Dano moral ambiental: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

SILVA, Vasco Pereira da. “Mais vale prevenir do que remediar”: prevenção e precaução no direito do ambiente. In: PES, João Hélio Ferreira; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito Ambiental Contemporâneo – prevenção e precaução*. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

# A QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO FRANCÊS

Lívia da Silva Ferreira  
Doutoranda em Direito  
Público pela Université  
Paris Nanterre e Bolsista  
CAPES. Mestra em Teoria  
do Estado e Direito  
Constitucional pela PUC-  
Rio. Paris, França.

Recebido: outubro 13, 2017

Aceito: março 29, 2018

## The Priority Preliminary Rulings On The Issue Of Constitutionality (QPC) In French Law

### RESUMO

O modelo francês serviu por anos como único exemplo no qual o controle de constitucionalidade era realizado de maneira preventiva. Em 2008 foi aprovada uma Lei Constitucional com o intuito de modernizar as instituições políticas da França, na qual estava incluída a criação do controle de constitucionalidade a posteriori, que mais tarde foi chamado de Questão Prioritária de Constitucionalidade – QPC. Esse mecanismo tem como principal objetivo conferir aos particulares a prerrogativa de contestar a constitucionalidade de um dispositivo legal que julguem ser violador de seus direitos e liberdades garantidos constitucionalmente. O presente trabalho tem como objetivo efetuar uma breve análise dos fatos que antecederam e influenciaram a reforma supracitada, além de apontar as consequências e os efeitos gerados pela criação da QPC no direito francês.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional Francês; Controle de Constitucionalidade; Direitos e Liberdades Constitucionais; Questão Prioritária de Constitucionalidade

### Abstract

The French system of judicial review is very specific and for years was used as an example of the only system in which the compatibility exam between laws and the Constitution was performed preventively. In 2008 a constitutional amendment was approved in attempt to modernize the political institutions of France. One of its modernizing measures was the judicial review a posteriori, that later was called

Priority Question of Constitutionality or priority preliminary rulings on the issue of constitutionality – QPC. This mechanism aims to confer on individuals the right to challenge the constitutionality of a legal provision they deem to be violating their constitutionally guaranteed rights and freedoms. The main goal of this essay is to examine the factors that preceded and influenced this reform and the effects and consequences caused by QPC in French Law.

**Keywords:** French Constitutional Law; Judicial Review; Constitutional Rights and Freedoms; Priority Preliminary Rulings on the Issue of Constitutionality

## 1. INTRODUÇÃO

Em 2008 teve início na França uma importante reforma constitucional, inserida no ordenamento jurídico francês através da Lei Constitucional nº 2008-724 de 23 de julho de 2008, *Lei de modernização das instituições da Vª República*, que posteriormente resultou na criação da *Question prioritaire de constitutionnalité* (Questão Prioritária de Constitucionalidade – QPC<sup>1</sup>).

A Lei Orgânica nº 2009-1523 publicada em 11 de dezembro de 2009 regulamentou a Lei Constitucional e estabeleceu as condições para aplicação do artigo 61-1 da Constituição, que concedeu aos cidadãos a possibilidade de questionar a constitucionalidade de um dispositivo legal, que julgasse ser violador de direitos e liberdades garantidos pela Constituição, desde que fossem partes em um processo na instância administrativa ou judicial.

A QPC entrou em vigor em 1º de março de 2010 e criou no sistema jurídico francês o controle de constitucionalidade *a posteriori* ou repressivo, modificando profundamente o antigo sistema, que desde 1958 realizava um controle de constitucionalidade de leis exclusivamente preventivo. Foi determinado pela Lei Constitucional que o órgão competente para examinar os questionamentos seria o Conselho Constitucional Francês, que já realizava o controle *a priori*.

Neste trabalho pretende-se analisar as características da QPC, tal como mecanismo para proteger os direitos e liberdades fundamentais

<sup>1</sup> “QPC: questão prioritária de constitucionalidade. Esta abreviação soa estranha e certamente carece de elegância. No entanto, vai se impor rapidamente nos anfiteatros e templos, nas revistas de jurisprudência, nos currículos de ensino, nos escritórios de advogados, nas salas de audiência e a curto prazo em todas as profissões do direito”. ROUSSEAU; BONNET, 2012. p.11. (Tradução nossa).

consagrados constitucionalmente. Para alcançar tal objetivo, busca-se compreender brevemente o modelo preventivo de controle de constitucionalidade. E também investigar as mudanças ocorridas no cenário jurídico francês – que tiveram como consequência esta reforma constitucional.

Busca-se ainda verificar se os particulares passaram a fazer uso desta prerrogativa de acesso à jurisdição constitucional e se estão efetivamente apresentando questionamentos contra leis atentatórias aos direitos e às liberdades constitucionais. Por fim pretende-se constatar se esta significativa mudança alcançou até o momento do estudo os efeitos esperados.

## **2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS NA FRANÇA ANTES DE 2008 E MOTIVAÇÕES QUE LEVARAM À REFORMA CONSTITUCIONAL**

Até a aprovação e entrada em vigor da Lei Constitucional nº 2008-724, a Constituição da República de 1958 previa que o exame da conformidade de uma lei com a Constituição poderia ser realizado única e exclusivamente antes de sua promulgação, por um órgão que não é parte integrante da Autoridade Judicial<sup>2</sup>.

Este modelo de controle exclusivamente preventivo é explicado por razões históricas e uma das principais justificativas reside no fato da França ter vivido por muitos anos sob o domínio dos juízes durante o Antigo Regime<sup>3</sup>.

Isto posto, convém mencionar que um sistema de controle de constitucionalidade de leis autêntico, somente foi introduzido nas instituições francesas com a promulgação da Constituição da República Francesa 04 de Outubro de 1958 que consagrou a criação da Vª República<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Como é classificado o Poder Judiciário pelo capítulo VIII da Constituição francesa de 1958.

<sup>3</sup> TOCQUEVILLE, 2009, p.35.

<sup>4</sup> A Quinta República é o atual regime republicano em vigor na França. É regida pela Constituição de 1958, aprovada por referendo (LE PARISIEN, 2018).

O controle passou a ser realizado pelo Conselho Constitucional<sup>5/6/7</sup>, que é um órgão político por definição. Exerce o papel de Guardião da Democracia<sup>8</sup> e foi instituído pelo artigo 56 da Constituição da República Francesa. É uma corte que possui, dentre outras, a competência de verificar a conformidade da lei com a Constituição. Importante salientar que o Conselho Constitucional não é uma corte suprema, tampouco hierarquicamente superior ao Conselho de Estado<sup>9</sup> – tribunal supremo na esfera administrativa – e à Corte de Cassação – mais alta corte da esfera judiciária<sup>10/11</sup>.

<sup>5</sup> “Quando o Conselho Constitucional foi criado em 1958 pela Constituição que instituiu a Quinta República, não foi concebido como um verdadeiro tribunal constitucional. Na mente dos constituintes, sua função é garantir o papel que alguns descreveram como o “cão de guarda do executivo” – isto é, verificar, quando uma lei é submetida ao Conselho, que o Parlamento não interferiu no campo de competência do Governo – e não para verificar a conformidade das leis com os direitos e liberdades”. (VIE PUBLIQUE, 2018) (Tradução nossa).

<sup>6</sup> No que diz respeito à influência do Conselho Constitucional na ordem política, em se tratando do exercício de uma eventual função legislativa, vale citar as palavras de Louis Favoreu: “O Conselho Constitucional repetidamente lembrou que ele não exerce o poder político e que a Constituição não lhe confere “um poder geral de apreciação e de decisão idêntico ao Parlamento”. O Conselho Constitucional não é uma terceira câmara legislativa”. FAVOREU, 1986, p. 97 (Tradução nossa).

<sup>7</sup> “A ideia de confiar o controle de constitucionalidade a um órgão externo ao Parlamento foi encaminhada lentamente na França, pois a soberania das assembleias e o receio no que diz respeito do “Governo dos Juizes” são dogmas solidamente ancorados” (SENAT, 2018) (Tradução nossa).

<sup>8</sup> DUHAMEL, 1991, p. 311.

<sup>9</sup> “O Conselho de Estado realiza duas missões históricas: assessorar o Governo na elaboração de projetos de lei, decreto, etc. É também o juiz administrativo supremo que resolve disputas relativas a atos de administrações. O Conselho de Estado também é responsável por gerir toda a jurisdição administrativa” (CONSEIL D’ÉTAT, 2018) (Tradução nossa).

<sup>10</sup> A Corte de Cassação é a mais alta corte da ordem judiciária. Está situada em Paris e exerce sua jurisdição sobre todo o território francês. Sua função é verificar a conformidade de decisões dos tribunais e das cortes com as regras de direito. Ela é provocada em grau de recurso, o recurso em cassação, provocação esta que pode ser exercida por uma pessoa que foi objeto de uma decisão judicial ou pelo Ministério Público. Se a Corte considerar que a decisão impugnada não foi tomada em conformidade com as regras de direito, anulará a decisão. O caso é então encaminhado para um tribunal para ser julgado novamente. Com efeito, a Corte de Cassação é apenas juiz de direito, não aprecia os fatos. A decisão de rejeitar o recurso é equivalente a confirmar a decisão impugnada. (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2018) (Tradução nossa).

<sup>11</sup> Após apresentar as funções das duas cortes, cabe informar que: “A França é caracterizada por uma organização jurisdicional original. As jurisdições dividem-se em duas grandes categorias: por um lado, os tribunais judiciais, que resolvem litígios entre particulares ou entre o Estado e particulares no campo penal; por outro lado, jurisdições administrativas, que julgam casos entre administrações e cidadãos, ou entidades públicas diferentes”. (VIE PUBLIQUE, 2013) (Tradução nossa).

O dualismo jurisdicional na França é alvo de críticas e possui sua fundamentação histórica. Ainda como consequência da aversão aos juizes, a autonomia da jurisdição administrativa na França também encontra suas origens no Antigo Regime. Sobre o tema convém citar também a professora de Direito Constitucional da Université Paris 2 Panthéon-Assas, Élisabeth Zoller: “A separação das autoridades administrativas e judiciais: a genealogia de um princípio. A partir da Revolução, o princípio da separação das autoridades administrativas e judiciais nunca saiu da lei francesa, apesar de todas as mudanças de regime e do retorno temporário à monarquia depois de 1815”. ZOLLER, 2013, p. 223. (Tradução nossa).

**[...] os problemas causados pela ausência de controle das leis após sua entrada em vigor, com o passar do tempo se tornaram latentes, geraram um grande questionamento a respeito da supremacia da Constituição francesa em relação aos direitos e liberdades constitucionais e se conectam diretamente com a criação da QPC.**

O modelo francês era caracterizado como exclusivamente *a priori*, visto que o controle efetivo era realizado apenas antes de o dispositivo legal produzir efeitos no mundo jurídico. Doutrinadores de direito constitucional francês, por muito tempo, se posicionaram favoravelmente ao controle *a priori* francês, por entender que tal modelo evitava diversos inconvenientes, como os que estão presentes no sistema americano de controle difuso, onde, segundo Olivier Duhamel, a constitucionalidade de uma lei depende dos riscos das decisões provenientes de uma diversidade de tribunais e cortes variadas<sup>12</sup>.

No entanto, ainda que a eficácia do modelo francês fosse defendida pela doutrina, dado que permitia constatar a inconstitucionalidade de uma norma no nascedouro da mesma e impedindo-a de fazer parte do ordenamento jurídico, o mesmo autor afirma que o controle *a priori* exclusivo apresentava também algumas lacunas e imperfeições<sup>13</sup>.

Desta forma, os problemas causados pela ausência de controle das leis após sua entrada em vigor, com o passar do tempo se tornaram latentes, geraram um grande questionamento a respeito da supremacia da Constituição francesa em relação aos direitos e liberdades constitucionais e se conectam diretamente com a criação da QPC.

O ano de 1971 marcou uma grande mudança no cenário jurídico francês, pois pela primeira vez o Conselho – mediante indicação do presidente do Senado – se pronunciou sobre o mérito, tendo em vista um projeto de lei para alterar a Lei de 01 de julho de 1901 relativa aos contratos de associação. O referido projeto foi subordinado ao controle prévio no que dizia respeito à aquisição de capacidade jurídica das associações. A decisão foi no sentido de que o projeto violava a “Liberdade de Associação”, a qual a partir de então passou a ser caracterizada como um Princípio Fundamental Reconhecido pelas Leis da República<sup>14/15</sup>.

<sup>12</sup> DUHAMEL, 1991, p. 317.

<sup>13</sup> DUHAMEL, 1991, p. 318.

<sup>14</sup> SENAT, 2018.

<sup>15</sup> A decisão “Liberdade de Associação” não é, portanto, a primeira a refletir o “valor positivo e constitucional” do Preâmbulo; é o que faz mais brilhantemente, e com relação a uma lei e não mais um tratado. Acima de tudo, a decisão de 16 de julho de 1971 esclarece a referência ao Preâmbulo: ao delinear expressamente “os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, o Conselho Constitucional mostra que pretende implementar todos os textos aos quais remete o Preâmbulo, incluindo aqueles que contêm as fórmulas mais incertas, como pareciam ser os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da república (PHILIP; FAVOREU, 1986, p. 249) (Tradução nossa).

O Conselho fundamentou sua decisão nos princípios reconhecidos pelo Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946. Consequentemente, a referida decisão de 16 de julho de 1971, aumentou grandemente a autoridade do Conselho Constitucional e suas possibilidades de realizar efetivamente o controle de constitucionalidade. A partir desta importante decisão foi criado o Bloco de Constitucionalidade, quando então o controle preventivo de constitucionalidade de leis na França passou a ser realizado não somente com base no texto da Constituição, mas também nas *normas de referência*<sup>16</sup>, integrantes do referido bloco – que será estudado no momento oportuno.

Importante ressaltar que estas normas passaram a possuir status constitucional e puderam ser utilizadas como parâmetro para que o Conselho Constitucional efetuasse o exame de conformidade das leis com os direitos e liberdades garantidos pelas referidas normas.

O ano de 1974 também representa um marco para o Conselho Constitucional, uma vez que a Lei Constitucional n° 74-904 de 29 de outubro de 1974 revisou a Constituição e ampliou o número de legitimados competentes para dar início a um procedimento de exame de conformidade de uma disposição normativa em face da Constituição.

Até então, por força do previsto na Constituição de 1958, apenas o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional, e o Presidente do Senado possuíam essa competência. Assim, somente uma quantidade pouco significativa de leis era submetida efetivamente ao referido exame, o que representava um obstáculo ao desenvolvimento real do controle de constitucionalidade de leis.

Com a aprovação da referida Lei Constitucional, essa prerrogativa foi ampliada e conferida também a sessenta Deputados ou sessenta Senadores, modificando consideravelmente o alcance do controle de constitucionalidade. A referida revisão permitiu à oposição parlamentar agir juridicamente e ao Conselho assegurar uma melhor proteção dos direitos e liberdades constitucionais dos cidadãos.

<sup>16</sup> Como são chamados não apenas os artigos da Constituição de 1958, mas também o conjunto de normas que formam o Bloco de Constitucionalidade apresentam status constitucional e que servem de parâmetro para a realização de um exame de conformidade de uma lei com os direitos e liberdades constitucionais. (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 2018) (Tradução nossa).

Embora o Conselho seja um órgão político por definição, mesmo antes de 2010 já fazia cada vez mais uso de sua função jurisdicional, o que foi consequência de ter adquirido alguns elementos da prática jurisdicional contenciosa, especialmente após esses dois momentos supracitados.

Esta mudança de postura do Conselho e a ruptura com os ideais revolucionários cooperaram diretamente com o que se pode chamar de *processo de dessacralização da lei*, a partir do momento em que se passou a reconhecer que esta eventualmente poderia atentar contra direitos constitucionais e representar uma fonte de injustiça<sup>17</sup>.

A Reforma Constitucional de 2008, que proporcionou a introdução do controle de constitucionalidade repressivo no ordenamento jurídico francês, não ocorreu de forma repentina ou inesperada e se relaciona diretamente com todo o processo evolutivo do Conselho Constitucional que teve início nos anos setenta.

Os debates que culminaram na introdução da lei constitucional nº 2008-724 de 23 de julho de 2008 no ordenamento jurídico francês e posteriormente na criação do mecanismo da QPC tiveram início somente quase vinte anos após a primeira tentativa de reforma, quando a Constituição já se encontrava desacreditada e a jurisdição constitucional clamava com urgência por uma mudança significativa.

Apesar de um contexto político de anos de exaltação à figura da lei e concomitantemente descrença em relação à Autoridade Judicial, à época constatou-se certo arrependimento por até então a França ser o único grande país democrático onde os cidadãos não tinham acesso à justiça constitucional. Este fato consequentemente possibilitou que algumas normas internacionais passassem a ter mais peso e mais influência sobre o direito interno, visto que os princípios constitucionais estavam sendo indiscutivelmente negligenciados num cenário onde uma lei injusta não podia ser contestada.

A escolha do modelo de controle de constitucionalidade no qual a QPC seria inserida se deu pelo modelo concentrado e o Conselho Constitucional foi declarado competente para realizar o referido controle.

<sup>17</sup> BARBOSA, 2003, p. 113.

**[...] uma ressalva é de cunho capital: a QPC se aplica única e exclusivamente aos direitos e liberdades constitucionais.**

No entanto, determinadas características do controle de constitucionalidade repressivo francês se misturam com algumas do controle difuso, uma vez que o questionamento acerca da constitucionalidade de uma disposição legislativa nasce a partir de sua aplicação a um caso concreto que envolve partes interessadas.

Em seguida teve início a análise de propostas que buscavam definir a qual tribunal seria atribuída a competência de realizar o procedimento de filtragem. O consenso foi alcançado através da decisão pela implantação de um filtro que foi confiado aos dois tribunais supremos – Corte de Cassação e o Conselho de Estado<sup>18</sup>.

Uma vez resolvidas questões procedimentais, o objeto de extensos debates passou a ser a denominação do novo mecanismo de controle. O artigo 61-1 instituiu um recurso do jurisdicionado mediado pelo juiz. Uma vez que este mecanismo deve ser examinado antes dos outros, possuindo caráter prioritário, foi decidido que se chamaria *Question prioritaire de constitutionnalité*, QPC<sup>19</sup>.

Após a análise do conjunto de motivações que influenciaram a criação de um mecanismo que forneceu acesso à jurisdição constitucional aos particulares, com o objetivo de questionar a conformidade de uma disposição legislativa que apresenta flagrante violação de direitos e liberdades constitucionais com a Constituição, se torna essencial analisar suas características.

### 3. A QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A QPC é um marco. Ela trouxe mudanças esperadas há anos pelos jurisdicionados no território francês, que conviviam com frequentes violações de seus direitos e liberdades constitucionais.

Contudo, uma ressalva é de cunho capital: a QPC se aplica única e exclusivamente aos direitos e liberdades constitucionais. De fato, a reforma constitucional com a introdução do controle de constitucionalidade repressivo no sistema francês foi significativa. Porém, essa modalidade de contestação das leis já promulgadas pelo Parlamento por particulares não é irrestrita. Ela não pode ser utilizada para questionar a constitucionalidade de toda e qualquer disposição

<sup>18</sup> CARCASSONNE; DUHAMEL, 2011, p. 30.

<sup>19</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 11.

legislativa<sup>20</sup>. O fundamento de validade da QPC reside na violação direta de direitos e liberdades garantidos pelo texto constitucional e pelas normas de referência.

A mudança no texto da Constituição Francesa de 1958 em relação ao controle de constitucionalidade repressivo – efetuado por meio da Questão Prioritária de Constitucionalidade – ocorreu com a inserção do Artigo 61-1 e alteração do artigo 62.

ARTIGO 61: As leis orgânicas, antes da sua promulgação, as propostas de lei mencionadas no artigo 11 antes de serem submetidas ao referendo e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre a sua conformidade com a Constituição.

Com os mesmos fins, as leis podem ser submetidas ao Conselho Constitucional, antes da sua promulgação, pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores.

Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho constitucional deve deliberar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do Governo, se há urgência, este prazo é reduzido para oito dias.

Nesses casos, o encaminhamento para o Conselho Constitucional suspende prazo para a promulgação.

ARTIGO 61-1: Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, que se pronuncia em um prazo determinado.

Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo.

ARTIGO 62: Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61 não pode ser promulgada ou executada.

<sup>20</sup> O Conselho Constitucional entende como “disposições legislativas” os textos que tenham sido adotados por alguma autoridade detentora de poder legislativo. Desta forma, são representados essencialmente por um diploma normativo que tenha sido votado pelo Parlamento, onde estão incluídas leis ordinárias, leis orgânicas ou decretos ratificados pelo Parlamento. (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 2018) (Tradução nossa).

Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61-1 é revogada a contar da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou de uma data posterior fixada por esta decisão. O Conselho Constitucional determina as condições e limites nos quais os efeitos que a disposição produziu são suscetíveis de serem questionados.

As decisões do Conselho Constitucional não são sujeitas a recurso. Impõem-se aos poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

Segundo Marc Guillaume, ex-secretário geral do Conselho Constitucional, a reforma constitucional francesa foi responsável por criar um procedimento de exame da constitucionalidade das leis por via de exceção e possuiu três principais objetivos:

- a) Dar um novo direito aos litigantes, permitindo-lhe fazer valer os seus direitos de acordo com a Constituição;
- b) Expurgar do ordenamento jurídico as disposições inconstitucionais;
- c) Garantir superioridade da Constituição na ordem interna<sup>21</sup>.

Considerando que a reforma visa a assegurar amplamente a garantia efetiva dos direitos e liberdades constitucionais, cabe informar os legitimados para oferecer uma QPC:

- a) O conjunto de litigantes<sup>22</sup>, e não apenas cidadãos<sup>23</sup>. Este conjunto representa as pessoas físicas de qualquer nacionalidade, desde que sejam autoras ou rés em um processo em curso<sup>24</sup>.
- b) Pessoas jurídicas podem apresentar uma QPC como uma associação ou como sindicato profissional<sup>25</sup>.
- c) Os terceiros podem igualmente intervir, de acordo com a aplicação das regras próprias de cada ordem jurisdicional (administrativa ou judiciária).
- d) No curso de um processo penal, o Ministério Público é por definição uma parte e pode teoricamente apresentar uma QPC<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> GUILLAUME, 2010, p. 01.

<sup>22</sup> Refere-se a qualquer pessoa capaz de reconhecer e exercer os seus direitos em tribunal. (LAROUSSE, 2018) (Tradução nossa).

<sup>23</sup> A qualidade de cidadão no direito francês está relacionada à obtenção da nacionalidade francesa, seja por filiação, naturalização ou por opção. (LA TOUPIE, 2018) (Tradução nossa).

<sup>24</sup> Conselho de Estado, Decisão de 08 de outubro de 2010, Kamel Daoudi, nº 338505.

<sup>25</sup> Conselho de Estado, Decisão de 19 de maio de 2010. Seção Francesa de Observatório Internacional de Prisões, nº 323930.

<sup>26</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p.14.

Por determinação da Lei Orgânica de 2009, a QPC pode ser proposta perante todas as instâncias de jurisdição de ordem administrativa, que é competência do Conselho de Estado, ou de ordem judiciária, que compete à Corte de Cassação. Logo, pode ser proposta em primeira instância, assim como também em grau de apelação - no Tribunal Administrativo ou na Corte de Apelação, respectivamente.

A QPC também pode ser apresentada diretamente perante o Conselho de Estado e a Corte de Cassação, da mesma maneira como ocorre nos tribunais financeiros<sup>27</sup>, nos tribunais judiciais e administrativos especializados<sup>28</sup> e ainda nos tribunais militares e políticos como a Corte de Justiça da República<sup>29</sup>.

Dominique Rousseau e Julien Bonnet analisam e apontam os atos normativos que podem ter sua constitucionalidade questionada através de uma QPC. Dentre as regras incluídas no âmbito de aplicação da QPC se encontram, obviamente, as leis em vigor. A QPC pode ser invocada contra leis ordinárias votadas pelo parlamento, leis orçamentárias, leis orçamentárias da Seguridade Social e igualmente contra textos de valor legislativo adotados pelo Poder Executivo<sup>30</sup>.

As leis orgânicas são igualmente suscetíveis de serem contestadas pela via da QPC. Contudo, convém ponderar que estas leis foram obrigatoriamente submetidas ao exame de constitucionalidade do Conselho Constitucional antes de sua promulgação. Diante disto, a apresentação de uma QPC contra as referidas leis supõe a necessidade de se demonstrar ter havido, em conformidade com as condições de filtragem analisadas, uma mudança de circunstâncias de direito ou de fato, que justifique o reexame pelo Conselho Constitucional da disposição legislativa orgânica<sup>31</sup>.

Uma vez avaliadas as principais disposições legislativas que podem ter sua constitucionalidade questionada em sede de QPC, convém analisar mais profundamente as normas de *status* constitucional que podem ser invocadas quando da apresentação de uma questão de constitucionalidade.

<sup>27</sup> Tribunal de Contas, cf, Conselho de Estado, Decisão de 18 de julho de 2011, nº 349168.

<sup>28</sup> Conselho de Estado, Decisão de 24 de setembro de 2010, nº 342161.

<sup>29</sup> Corte de Justiça da República, Decisão de 19 e abril de 2010, Charles Pasqua.

<sup>30</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p.19.

<sup>31</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p.20.

Neste momento retoma-se a análise do conceito *Bloco de Constitucionalidade* e torna-se necessário apresentar as normas de referência responsáveis por sua composição.

A Constituição de 1958 e todos os direitos e garantias consagrados por ela.

O texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no qual certamente por influência do contexto e momento histórico de sua criação, estão previstos grande parte dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1946 foi revogada quando da promulgação da Constituição de 1958. Entretanto, seu Preâmbulo permaneceu em vigor e faz parte do Bloco de Constitucionalidade. O contexto à época também influencia diretamente o fato de a Carta Constitucional cuidar de direitos e liberdades de caráter econômico e social. Isto porque a Constituição de 1946 foi promulgada após a saída da França da Segunda Guerra Mundial, momento no qual houve a preocupação com a inserção dos direitos fundamentais de segunda geração.

Por fim, a Carta do Meio Ambiente de 2004, que trata de assegurar o direito de participação, e confere aos cidadãos a possibilidade de participar da elaboração de decisões públicas que possam ter efeitos sobre o meio ambiente<sup>32</sup>.

Convém considerar que o poder de interpretação que os juízes possuem é responsável por concretizar as garantias positivadas nos textos normativos. Neste sentido, o Preâmbulo da Constituição de 1946 conferiu ao Conselho Constitucional a prerrogativa de criar uma categoria de regras constitucionais que dispensa a exigência de fundamentação específica. Isto significa dizer que estas regras não precisam ser extraídas de outro diploma legal já existente. Com base nesta argumentação foram criados os *Princípios Fundamentais Reconhecidos pelas Leis da República* (PFRLR), e por meio deles o Conselho Constitucional consagrou a já estudada liberdade de associação, o respeito aos direitos de defesa; e a liberdade de ensino e a

<sup>32</sup> Artigo 79: Toda pessoa tem direito, nas condições e nos limites fixados por lei, ao acesso a informações sobre o ambiente detida pelas autoridades públicas e de participar nas decisões públicas que afetam a ambiente.

**Convém considerar que o poder de interpretação que os juízes possuem é responsável por concretizar as garantias positivadas nos textos normativos.**

liberdade de consciência<sup>33</sup>. Os PFRLR, por sua vez, também integram o Bloco de Constitucionalidade.

Rousseau e Bonnet estabelecem uma ressalva importante que deve servir como pressuposto para entender a gênese da QPC: o fato deste mecanismo não ser sinônimo de controle integral de constitucionalidade das leis – como já devidamente observado, haja vista permite a realização do exame de conformidade apenas de leis que possam estar violando direitos e liberdades constitucionais.

Vale ressaltar que a nomenclatura *Questão Prioritária de Constitucionalidade* se justifica porque uma QPC, uma vez recebida, deve ser examinada de imediato e conseqüentemente passa a ser caracterizada como prejudicial em relação a outras questões.

É importante aprofundar o estudo acerca dos motivos que fundamentam a razão de ser do caráter prioritário da QPC. Para isso é necessário analisar as fontes que representam a base da reforma e os objetivos propostos pela mesma, que em última análise convergem entre a vontade de reestabelecer a Constituição como topo do ordenamento jurídico francês e o intuito de assegurar sua supremacia em detrimento de tratados internacionais.

Para alcançar tais objetivos buscou-se um meio de promover uma reaproximação entre os cidadãos e os aplicadores do direito com a Constituição de maneira eficaz. Para tal, seria necessário assegurar a efetividade e utilidade de um controle de constitucionalidade de leis já promulgadas. É este o argumento que justifica o benefício da prioridade no exame da questão constitucional.

Os autores entendem ser pelo conjunto de razões já expostas, que o *caput* do artigo 23-2 da lei orgânica de 10 de dezembro de 2009<sup>34</sup> estabeleceu que em todo caso, quando um tribunal receber algum tipo de contestação a respeito da conformidade de uma disposição legislativa – de uma parte suscitando os direitos e liberdades garantidos pela Constituição e de outra os compromissos internacionais da França – deverá se pronunciar pela prioridade do encaminhamento da questão de constitucionalidade para o Conselho de Estado ou para a Corte de Cassação.

<sup>33</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 38.

<sup>34</sup> Art. 23-2.- O tribunal decide sem demora por uma decisão fundamentada sobre a transmissão da questão prioritária de constitucionalidade ao Conselho de Estado ou da Corte de Cassação (Tradução nossa).

A QPC possui a prerrogativa de prioridade de exame sobre todos os questionamentos que sejam fundamentados na violação dos compromissos internacionais da França, sendo incluídas também as questões fundamentadas na violação do direito da União Europeia por uma lei interna<sup>35</sup>.

### 3.1 O procedimento de filtragem da QPC

Já se sabe que uma QPC pode ser apresentada por um particular que considere estar sofrendo uma violação de direito ou liberdade constitucional tanto na esfera judicial quanto administrativa, em qualquer instância, desde que este seja parte em um processo em curso.

Ocorre que, conforme supracitado, a competência de analisar e julgar o mérito de uma QPC é privativa do Conselho Constitucional. Entretanto, um particular não tem a prerrogativa de encaminhar sua questão diretamente para o referido órgão. É necessário que a QPC seja apresentada perante o tribunal que é competente para julgar o caso concreto na qual a suposta violação de direito ou liberdade garantidos pela Constituição está inserida, para que este então realize uma espécie de filtragem a respeito das questões recebidas e decida quais devem ser encaminhadas até o Conselho Constitucional, e desta maneira sejam objeto de controle de constitucionalidade.

O artigo 23-2 da lei orgânica nº 2009-1523 estabeleceu três critérios materiais para que o Conselho Constitucional receba uma QPC:

- a) A disposição legislativa contestada precisa ser aplicável ao litígio ou processo, ou constituir o fundamento da questão que está sendo discutida;
- b) A disposição legislativa criticada não pode já ter sido declarada conforme a Constituição pelo Conselho Constitucional, salvo se tenha havido mudança de circunstâncias;
- c) A questão não pode ser desprovida de caráter sério.

Os critérios de filtragem para o recebimento de uma QPC têm como principal objetivo que o mecanismo em questão não se torne vulgar e que não seja apresentado em quaisquer circunstâncias. Por esse motivo, a primeira etapa de filtragem, aplicada em um

<sup>35</sup> Para mais informações a respeito da Questão prioritária de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade da União Europeia, ver FERREIRA, 2015.

momento inicial aos tribunais inferiores e posteriormente ao Conselho de Estado e à Corte de Cassação, obriga o juiz a se certificar que a disposição contestada “é aplicável ao litígio ou constitui o fundamento de uma ação judicial”<sup>36</sup>.

Estas condições devem ser apreciadas exclusivamente, em um primeiro momento pelos juízes de direito dos tribunais inferiores, em seguida pelo Tribunal Administrativo ou pela Corte de Apelação e finalmente pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação. Na hipótese de após todas estas etapas a questão for definitivamente enviada para o Conselho Constitucional, este estará dispensado de analisar as condições de admissibilidade, que são quesitos formais, e poderá se dedicar aos quesitos materiais, aprofundando-se nas circunstâncias do caso.

Desde a primeira decisão em sede de QPC<sup>37</sup> o Conselho Constitucional cuidou de estabelecer não ser de sua competência discutir uma decisão do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação que tenha julgado uma disposição como aplicável ou não ao litígio, ou que constitui ou não fundamento de uma ação judicial. Ou seja, não cabe recurso para o Conselho Constitucional contra decisão denegatória dos tribunais supremos de encaminhamento de uma QPC<sup>38</sup>.

A segunda condição estabelecida pela lei orgânica para o recebimento de uma QPC está diretamente relacionada à autoridade que se atribui às decisões do Conselho Constitucional. Tal autoridade precisa ser primordialmente respeitada, salvo tenha ocorrido alguma mudança de circunstâncias, assim como dispõe o artigo 23-2 da lei orgânica nº 2009-1523.

A princípio, “uma disposição legislativa validada pelo Conselho Constitucional em uma decisão anterior não pode ser objeto de uma QPC”<sup>39</sup>, restrição esta que não se aplica ao texto integral da lei. Um texto legal é dividido em alíneas e artigos, desta forma não podem ser questionados aqueles que já foram objeto de análise e julgamento pelo Conselho Constitucional e tiveram decisão de conformidade proferida em sede de QPC, adotada com fundamento no

<sup>36</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 60.

<sup>37</sup> Descongelamento das pensões de estrangeiros, Decisão nº 2010-1 QPC de 28 de maio de 2010.

<sup>38</sup> Decisão nº 2010-1 QPC de 28 de maio de 2010.

<sup>39</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 61.

**É fundamental ponderar que a lei orgânica nº 2009-1523 estabeleceu uma válvula de segurança com o intuito de não engessar a conformidade entre a lei e Constituição, tendo em vista o caráter evolutivo e dinâmico do direito.**

art. 61.1 da Constituição Francesa. Essa condição tem por objetivo também evitar que uma lei seja contestada novamente por um motivo que não tenha sido expressamente examinado pelo Conselho Constitucional<sup>40</sup>.

É fundamental ponderar que a lei orgânica nº 2009-1523 estabeleceu uma válvula de segurança com o intuito de não engessar a conformidade entre a lei e Constituição, tendo em vista o caráter evolutivo e dinâmico do direito. Esta válvula de segurança se justifica tanto pelo fato de a lei se nutrir de uma aplicação específica ao caso concreto e desta forma de alguma maneira poder vir a adotar uma forma inconstitucional, como pela possibilidade de a interpretação que se dá ao texto da Constituição mudar e tornar a lei inconstitucional<sup>41</sup>.

O terceiro e último critério material de admissibilidade da QPC possui tratamento diferenciado conforme o nível do tribunal que está realizando o exame de admissibilidade. Isto é, quando se está tratando das instâncias inferiores, para que a QPC seja transmitida ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação, ela não pode ser desprovida de *caráter sério*.

Os juízes ordinários na maior parte do tempo realizam um controle mínimo no que tange a esta condição de admissibilidade e se atêm a não transmitir as questões fora de propósito, fantasiosas ou dilatórias<sup>42</sup>. Ao passo que, em se tratando do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, o encaminhamento para o Conselho Constitucional será possível apenas se alternativamente a questão “seja nova ou apresente caráter sério”<sup>43</sup>.

No tocante ao caráter sério da questão de constitucionalidade, o intuito da lei orgânica nº 2009-1523 foi o de conferir ao juiz certa liberdade de interpretação e apreciação. A respeito da apreciação da condição caráter novo da questão, o qual só pode ser aplicado pelo Conselho de Estado e pela Corte de Cassação, o Conselho Constitucional entende que a novidade na questão não é concernente à disposição legislativa contestada, mas exclusivamente à norma de

<sup>40</sup> Decisão nº 2010-9 QPC de 02 de julho de 2010.

<sup>41</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 61 e 62.

<sup>42</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 67.

<sup>43</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 67

referência constitucional a qual o particular invoca aplicação. Na decisão nº 2009-595 Decisão de Conformidade de 03 de dezembro de 2009, o Conselho Constitucional declarou que uma QPC não deve ser considerada nova apenas na hipótese de a disposição legislativa contestada não ter sido examinada pelo Conselho Constitucional.

A QPC está inserida num contexto de muitas especificidades, e de maneira explicativa seria possível afirmar que o procedimento da QPC é um “processo dentro do processo”<sup>44</sup>. Isto porque é originada de um litígio, porém, uma vez apresentada, passa a fazer parte de uma via autônoma, a partir do momento que é transmitida ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação, para em seguida chegar ao Conselho Constitucional. Sendo proferida a decisão a respeito da constitucionalidade da disposição legislativa objeto da questão, a QPC retorna ao juiz de origem e então é inserida no litígio principal.

No concernente às regras de representação do particular em sede de QPC nos tribunais administrativos e judiciais, constata-se que o legislador não almejou mudanças drásticas.

A obrigatoriedade de um advogado que represente a parte no âmbito do procedimento da QPC se dá indubitavelmente perante o Conselho de Estado, a Corte de Cassação e o Conselho Constitucional.

Diante de um tribunal onde a representação por advogado é obrigatória, a QPC pode apenas ser apresentada por um advogado<sup>45</sup>. Porém, perante os tribunais onde uma parte pode fazer sua defesa em causa própria<sup>46</sup>, é possível apresentar uma QPC diretamente, dispensando a representação de um advogado. Imprescindível ressaltar que a QPC deve sempre ser apresentada como um objeto escrito, distinto e motivado, mesmo diante de tribunais onde o procedimento seja oral<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> “Processo constitucional inserido no processo comum, a QPC tem várias características procedimentais sobre como a questão é apresentada e regulamentada pelos tribunais competentes para examinar sua admissibilidade. Assim, a QPC não afeta somente as leis aplicáveis, mas atinge também o funcionamento do processo jurisdicional ao renovar os métodos contenciosos de tribunais judiciais e administrativos”. ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 71 (Tradução nossa).

<sup>45</sup> GUILLAUME, 2010, p.03.

<sup>46</sup> Cite-se a título de exemplo casos onde se entende ser desnecessária a presença de um advogado constituído, como em litígios de excesso de poder, eleitorais e fiscais. (COLLOQUIA, 1984, p. 19) (Tradução nossa).

<sup>47</sup> CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 2018.

A QPC não possui um prazo nem momento específico para ser apresentada pelo particular. Ela pode ser apresentada em todas as fases do processo, o que significa dizer que mesmo em um processo que já tenha sido julgado por um tribunal inferior e estiver em sede de apelação ou cassação, uma QPC pode ser proposta pela primeira vez.

Vale ressaltar que a QPC é um requerimento acessório em relação à ação principal. Logo, na hipótese de o juiz ser incompetente para apreciar o litígio principal, será igualmente incompetente para examinar a admissibilidade da QPC<sup>48</sup>.

Caso uma ação principal seja extinta e a QPC que se originou dela já tiver sido encaminhada para o Conselho de Estado ou para a Corte de Cassação, o questionamento perde o objeto. Entretanto, caso a questão já tenha sido recebida pelo Conselho Constitucional, e se tornado efetivamente uma questão constitucional – uma vez que atendeu todos os critérios de admissibilidade – a extinção da ação principal não afeta a QPC, que será julgada pelo Conselho sem impedimentos, tendo em vista que seu objetivo maior é retirar do ordenamento jurídico uma disposição inconstitucional<sup>49</sup>.

A decisão do juiz dos tribunais inferiores de encaminhar uma QPC aos tribunais supremos não confere competência ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação de fazer uma análise de mérito e apreciar o fundamento do litígio. Não é a decisão de transmitir a questão do Tribunal Administrativo ou da Corte de Apelação que deve ser analisada pelo Conselho de Estado ou Corte de Cassação, respectivamente. Mas sim o conteúdo da questão de constitucionalidade, isto é, a disposição legislativa impugnada e os direitos e liberdades constitucionais que supostamente estão sendo violados pela referida disposição.

Uma decisão denegatória de um tribunal de primeira instância, do Tribunal Administrativo ou da Corte de Apelação de encaminhar uma QPC, pode ser contestada através de um recurso de apelação dirigido ao tribunal hierarquicamente superior ao que concedeu a decisão, enquanto a recusa pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação de encaminhar a uma QPC ao Conselho Constitucional não é suscetível de nenhum recurso.

<sup>48</sup> Conselho de Estado, ord. 17 de março de 2010, nº 3356657.

<sup>49</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 73.

Quanto aos prazos de julgamento, cabe afirmar que o Conselho de Estado e a Corte de Cassação dispõem de três meses desde o recebimento para analisar as condições de admissibilidade da QPC e decidirem se a encaminham ou não para o Conselho Constitucional. O Conselho, por sua vez, possui mais três meses para proferir a decisão final sobre a conformidade ou não da disposição legislativa contestada com a Constituição. É de seis meses o prazo aproximado para que o jurisdicionado que apresentou uma QPC no tribunal onde está sendo processado o litígio principal do qual é parte obtenha uma resposta a respeito da constitucionalidade ou não desta disposição legislativa.

### 3.2 Procedimento da QPC perante o Conselho Constitucional

Como se observou, a QPC está relacionada ao objetivo de tornar a Constituição um meio que possibilite ao particular a defesa de seus direitos e liberdades contra uma lei inconstitucional.

Para Rousseau e Bonnet, a QPC transformou o controle de constitucionalidade em uma “passarela jurídica com o intuito de reforçar os laços entre a Constituição e o cidadão”<sup>50</sup>, tendo em vista que a proposta de abertura e transparência inserida nos objetivos da QPC representa um meio que possibilita ao Conselho Constitucional se legitimar e demonstrar sua importância e força sobre o ordenamento jurídico.

No que diz respeito à *abertura*, se faz necessário observar seus efeitos no plano jurídico, onde tal abertura se materializa por meio da aplicação de regras de publicidade. O Conselho Constitucional, no âmbito da QPC, possui a obrigação de se manifestar a respeito dos direitos e garantias dos indivíduos durante o julgamento de um procedimento jurisdicional, devido ao fato de as audiências serem, pelo menos a princípio, públicas. No entanto, as mesmas podem ocorrer excepcionalmente a portas fechadas, na hipótese de estarem relacionadas à ordem pública, interesse de menores ou à vida privada dos cidadãos.

Importante entender que o Conselho Constitucional é uma corte que está submetida ao artigo 61-1 da Constituição e por este motivo deve respeitar as regras do *debate contradictório*. Desta forma, o

<sup>50</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 85.

**Faz parte do conjunto de regras que se aplicam ao procedimento da QPC o princípio da imparcialidade, na *dimensão subjetiva*, que se aplica à conduta pessoal do julgador e busca proibir manifestações de preconceitos.**

Conselho Constitucional deve respeitar as *regras do processo equitativo*, que estão previstas no artigo 6º §1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>51</sup>.

Faz parte do conjunto de regras que se aplicam ao procedimento da QPC o princípio da imparcialidade, na *dimensão subjetiva*, que se aplica à conduta pessoal do julgador e busca proibir manifestações de preconceitos. E *objetiva*, que busca impedir o conhecimento prévio dos autos de um processo por um magistrado por conta de suas funções anteriores<sup>52</sup>.

A função do Conselho Constitucional de verificar a compatibilidade das leis com o texto da Constituição da República Francesa sofre adaptações no âmbito da QPC. Em função dos direitos e liberdades constitucionais que são o cerne das questões analisadas, do caráter sensível da QPC e com base nos fatos que dão origem à questão de constitucionalidade é necessário atenuar a intensidade deste controle de compatibilidade, com o intuito de preservar o equilíbrio delicado que existe entre a censura das leis que violam os direitos e liberdades.

Tal abrandamento tem por objetivo principal afastar a acusação de que o Conselho estaria realizando um *governo de juizes*, tendo em vista que não possui o poder geral de apreciação e decisão do Parlamento.

A possibilidade de conhecer de ofício a violação de um direito ou liberdade é um dos mecanismos consagrados pelo regulamento interno do Conselho Constitucional com o intuito de atribuir mais flexibilidade e capacidade de adaptação ao exercício de suas funções que contribuiu consideravelmente para o desenvolvimento da QPC<sup>53</sup>.

Com o advento do regulamento interno – que cuida especificamente do procedimento das Questões Prioritárias de Constitucionalidade perante o Conselho Constitucional – distintamente do que ocorria no controle preventivo de constitucionalidade, o Conselho passou por força de seu artigo 7º a ter a prerrogativa de uma vez recebida a QPC, reconhecer de ofício um fundamento novo relativo à violação

<sup>51</sup> CEDH, 23 de junho de 1993 Ruiz-Mateos c/Espanha.

<sup>52</sup> CEDH, 27 de agosto de 2002, Didier c/ França.

<sup>53</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 98.

de um direito ou liberdade constitucional<sup>54</sup>, mesmo que este não tenha sido contestado pelo requerente. Entretanto, é necessário observar que “o conhecimento de ofício de um fundamento pelo Conselho Constitucional não deve ser confundido com a proibição de um juiz ordinário de conhecer de ofício um requerimento que tenha por objetivo apresentar uma QPC”<sup>55</sup>.

É indispensável observar que o *conhecimento de ofício* tem uma justificativa para existir que se baseia na importância do contencioso constitucional e no seu caráter de ordem pública. Uma vez que, segundo os princípios inseridos no âmbito do controle das leis antes de sua promulgação, o Conselho Constitucional não está adstrito aos fundamentos do pedido.

Cabe ressaltar que quando o Conselho Constitucional declara uma lei conforme a Constituição, ele pode atribuir à sua decisão “reservas de interpretação que condicionam a constitucionalidade da lei”<sup>56</sup>, o que significa conferir à disposição legislativa examinada apenas a interpretação que foi julgada conforme a Constituição. Vale notar que estas reservas fazem parte frequentemente do controle de constitucionalidade preventivo, devendo ser obrigatoriamente aplicadas.

Tais reservas adquiriram caráter de extrema importância no contexto da QPC, pois em regra, quando ocorre a constatação de uma inconstitucionalidade, a medida a ser tomada pelo Conselho é a revogação abrupta da lei e sua expurgação automática do ordenamento jurídico.

As reservas de interpretação apresentam um resultado positivo porque fortalecem uma jurisprudência construída com base na autoridade atribuída pelo artigo 62 da Constituição às decisões do Conselho Constitucional, visto que é com base nas decisões que se estabelece a condição de conformidade da lei com a Constituição.

As decisões concebidas através de reserva de interpretação, no âmbito de aplicação e interpretação, devem ser cumpridas pela administração e pelos tribunais, da mesma maneira como ocorre com as demais decisões do Conselho Constitucional.

<sup>54</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 98.

<sup>55</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 98.

<sup>56</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 99.

Um estudo elaborado pelo próprio Conselho Constitucional e publicado em abril de 2015<sup>57</sup>, cinco anos após a entrada em vigor da QPC, apresentou informações importantes e dados que comprovam o sucesso da reforma constitucional.

De acordo com as informações disponíveis, desde a entrada em vigor da QPC o Conselho de Estado e a Corte de Cassação encaminharam ao Conselho Constitucional, após todo o processo de filtragem, 465 questões prioritárias de constitucionalidade, sendo respectivamente 207 decisões do Conselho de Estado e 258 decisões da Corte de Cassação.

Com base no total de requerimentos recebidos, até abril de 2015 o Conselho Constitucional havia emitido 395 decisões, as quais se dividem em 56,2% de decisões de conformidade, 14,1% de decisões com reserva, 14,6% de decisões de não conformidade total, 9,3% de não conformidade parcial, 4,5% de decisões de arquivamento e 1,3% restantes são decisões relativas a aspectos procedimentais.

Cabe mencionar que segundo o referido estudo, excepcionalmente cinco questões prioritárias de constitucionalidade foram apresentadas diretamente perante o Conselho Constitucional, por ocasião de disputas eleitorais.

Vale citar que o referido estudo constatou ainda, que em cinco anos, mais de 10.000 requerimentos de QPC foram apresentados diante de tribunais em toda a França.

Isto posto, convém observar que apesar do questionamento a respeito da constitucionalidade da lei por meio de uma QPC ser oriundo de um caso concreto que possui partes interessadas, os efeitos das decisões do Conselho Constitucional são erga omnes, ou seja, valem para todos, não admitindo recurso.

Na hipótese de a decisão ser no sentido da conformidade da disposição questionada com a Constituição – com ou sem reserva de interpretação – é necessário que a resposta obtida pelo questionamento seja encaminhada para o juiz de origem, que desta forma poderá prosseguir normalmente o litígio principal.

<sup>57</sup> CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 2018.

A importância dos efeitos atribuídos à decisão é muito grande nos casos em que a disposição legislativa contestada é julgada não conforme a Constituição de maneira total ou parcial, tendo em vista que desta forma ao serem expurgadas, afetam profunda e diretamente o ordenamento jurídico. Por este motivo, o Conselho Constitucional fica incumbido da intimidante tarefa de revogar as leis ou de modular os efeitos de suas decisões.

De acordo com o já mencionado artigo 62 da Constituição francesa, depreende-se que os efeitos de uma decisão em sede de QPC têm como consequência a revogação da lei considerada inconstitucional, cabendo ao Conselho Constitucional por meio de uma decisão soberana, revogá-la imediatamente ou de forma diferida.

Neste sentido, é necessário analisar que ao afirmarem que a lei deve ser revogada, os autores enfatizam a distinção entre *revogação* e *anulação*, asseverando que na primeira os efeitos passam a valer depois da decisão, ou seja, são válidos para o futuro. Ao passo que anulação trata de questionar os efeitos passados da lei e fazer com que a decisão que a retira do ordenamento jurídico tenha caráter retroativo.

Diante disto, constata-se que o legislador quando optou por conceder a uma lei declarada inconstitucional efeitos prospectivos *ex-nunc* acatou a teoria da *anulabilidade da norma inconstitucional*, defendida por Hans Kelsen.

Cabe afirmar, portanto, que uma lei revogada no direito francês é por sua vez uma lei anulada. Isto é, foi válida desde sua entrada em vigor e parou de produzir efeitos somente após a decisão que a reconheceu inconstitucional.

Carcassonne e Duhamel justificam esta opção ao afirmarem que caso tivessem sido atribuídos efeitos *anulatórios* no lugar de *revogatórios* à QPC, a decisão do juiz produziria efeitos retroativos muito difíceis de administrar<sup>58</sup>. Isto porque uma lei *anulada* é considerada como se jamais tivesse existido. Logo, a segurança jurídica seria diretamente afetada e quiçá perdida, devido à impossibilidade prática de se reconsiderar milhares de processos já julgados.

<sup>58</sup> CARCASSONNE; DUHAMEL, 2011, p. 132

No contexto histórico e jurídico francês, pensar na revogação de uma lei que fora aprovada pelo Parlamento pode parecer assustador. Entretanto, a partir do momento em que a QPC passou a se constatar que a violação flagrante de uma lei ao texto constitucional ou às normas de referência teria como resultado sua exclusão do ordenamento jurídico, os membros do Conselho Constitucional começaram a se preocupar em adaptar os efeitos revogatórios às circunstâncias do caso concreto.

Em consequência dessa preocupação, os membros do Conselho passaram a utilizar também a revogação diferida, que foi motivada para abrandar os efeitos bruscos causados pela revogação imediata. Porém, convém ressaltar que a aplicação dos efeitos imediatos da revogação é a regra geral. Portanto, quando diante de uma hipótese de *revogação diferida* caberá ao Conselho assinalar no corpo da decisão as especificidades da mesma.

O novo artigo 62 também estabeleceu ser o Conselho o órgão responsável por determinar as condições e os limites dos efeitos produzidos pela revogação da disposição legislativa contestada em sede de QPC. O que significa dizer que a Constituição atribuiu ao Conselho Constitucional o *poder amplo e geral de modulação dos efeitos* de sua decisão, o que implica decidir os efeitos concretos que a mesma deve produzir de acordo com as especificidades do caso.

O poder de modulação é importante, considerando que seus principais objetivos são “preencher as lacunas jurídicas e permitir o jurisdicionado de se beneficiar da inconstitucionalidade”<sup>59</sup>, para que assim o juiz constitucional não exerça o papel indevido de *quase legislador* com o intuito de resolver todas as situações relacionadas ao objeto da lei revogada, onde poderia envolver seus próprios interesses.

O poder de modulação foi utilizado pelo Conselho Constitucional no julgamento da QPC nº 2010-1, onde decidiu por uma revogação diferida e determinou que os juízes suspendessem os processos em curso enquanto esperavam por uma nova lei, assim como também notificou o Parlamento que a nova lei que viesse a ser elaborada, deveria ser passível de aplicação aos referidos litígios que estivessem suspensos.

<sup>59</sup> ROUSSEAU; BONNET, 2012, p. 110.

A título de informação, vale analisar o conteúdo da referida decisão – a primeira em sede de QPC e nomeada de decisão sobre o “Congelamento das pensões de estrangeiros”.

Este caso tratou da apresentação de uma QPC contra os artigos 26 da Lei de 03 de agosto de 1981 de Finanças, 68, da Lei de 30 de dezembro de 2002 e 100, da lei de 21 de dezembro de 2006.

O congelamento das pensões era uma determinação legal eivada de inconstitucionalidade por atentar diretamente contra o princípio da igualdade, pois previa um regime especial de pensões aplicável aos nacionais de países e territórios sob os quais anteriormente a França já tivesse sido soberana. Tal especificidade se aplicava exclusivamente aos cidadãos argelinos.

Na decisão, o Conselho Constitucional citou o artigo 6 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual afirma que a lei “deve ser a mesma para todos, quer proteja ou castigue”.

O Conselho entendeu, portanto, que o legislador poderia sim justificar uma diferença de tratamento levando em conta o critério de residência, desde que considerasse o poder de compra de cada país. Não poderia, entretanto, estabelecer à luz da finalidade da lei, distinções por critério nacionalidade entre titulares de pensão civil ou militar, considerando que estas são pagas pelo orçamento do Estado e que os cidadãos residem no mesmo país.

Conseqüentemente, o Conselho declarou inconstitucionais os três dispositivos contestados. Contudo, como fora supracitado, foi necessário que a revogação fosse diferida, pois o Conselho entendeu que a revogação imediata das leis permitiria que uma legislação antiga sobre o tema voltasse a ser aplicada, fazendo com que os pensionistas estrangeiros fossem colocados em situação ainda mais desigual.

Com o intuito de resolver o problema que seria gerado pela revogação imediata e conferir ao Legislativo tempo para agir, uma vez que solicitou ao Parlamento que remediasse a inconstitucionalidade dos artigos contestados e completasse as leis, o Conselho Constitucional estabeleceu a data de 01 janeiro de 2011 como a data da revogação, viabilizando a partir de então a exclusão de dispositivos flagrantemente inconstitucionais e garantindo a igualdade perante a lei entre cidadãos franceses e argelinos.

#### 4. CONSIDERAÇÕES PROSPECTIVAS

Esta pesquisa se fundamentou no interesse de investigar as significativas mudanças no ordenamento jurídico francês causadas pela criação da Questão Prioritária de Constitucionalidade após a reforma constitucional de 2008.

Uma breve análise histórica explica porque em 1958, no momento da promulgação da Constituição em vigor e da criação efetiva de um sistema de controle de constitucionalidade, tenha sido determinado que a realização deste controle devesse se dar exclusivamente de maneira preventiva. Este controle preventivo passou então a ser realizado pelo Conselho Constitucional, órgão político por definição, sem que se vislumbrasse qualquer tipo de participação da Autoridade Judicial.

Observando os fatores que antecederam à QPC, percebeu-se que uma mudança de cunho tão radical não ocorreu de forma súbita. Tampouco poderia. Foram necessários anos de debate sobre o assunto *controle de constitucionalidade repressivo*, para que este finalmente fosse aceito pela sociedade, juristas, agentes políticos franceses, e finalmente instituído.

A Questão Prioritária de Constitucionalidade chegou para os franceses em atraso, porém, mesmo assim foi muito bem recebida por uma população que clamava por mudanças. Ela foi incontestavelmente incorporada pelos cidadãos, e essa incorporação se deu de forma imediata à sua entrada em vigor, que somente ocorreu em 2010, dois anos após a aprovação da lei de revisão constitucional, haja vista a necessidade de uma lei regulamentadora, que fora aprovada em 2009.

Dados estudados permitem constatar que o mecanismo da QPC foi efetivo. Isto porque, como se pôde perceber, ele foi responsável por uma transformação significativa no modelo de controle de constitucionalidade francês, que finalmente tornou-se também repressivo.

De qualquer maneira, é necessário atentar para o fato de que o atual modelo de controle repressivo de leis na França não representa uma tentativa expressa de aproximação aos modelos das democracias europeias vizinhas. Neste sentido, vale ressaltar que o referido sistema de controle de constitucionalidade não é integral e irrestrito

**Dados estudados permitem constatar que o mecanismo da QPC foi efetivo. Isto porque, como se pôde perceber, ele foi responsável por uma transformação significativa no modelo de controle de constitucionalidade francês, que finalmente tornou-se também repressivo.**

e, em nenhuma medida pode ser equiparado ao de qualquer outro país, tendo em vista que não se estende a todas as disposições legislativas que integram o ordenamento jurídico francês, mas apenas às que violem direitos e liberdades constitucionais.

Esta especificidade, por sua vez, dá margem a diversas interpretações, e uma das interpretações possíveis reside no receio de um controle amplo sobre todos os trabalhos do Poder Legislativo ainda não ter sido completamente aceito pelos juristas franceses.

Uma constatação importante a respeito do efeito prático da QPC: as normas questionadas e consideradas inconstitucionais por meio de decisão do Conselho Constitucional estão definitivamente sendo expurgadas do ordenamento jurídico francês, fazendo com que efetivamente os direitos e liberdades constitucionais estejam sendo respeitados. Como se observou, uma medida importante adotada neste sentido foi a modulação dos efeitos, para que a retirada de uma lei que havia produzido efeitos desde sua entrada em vigor não ocorresse de maneira brusca, o que em alguns casos poderia ser prejudicial aos jurisdicionados.

Essencial compreender que apesar dos receios em relação à Autoridade Judicial, e de o órgão escolhido para realizar o controle de constitucionalidade na modalidade repressiva ter sido o Conselho Constitucional, nitidamente este controle não é eminentemente político. De fato, optou-se por impedir que juízes interferissem no mérito das decisões de QPC, entretanto, ainda que provenientes de uma corte que não é oficialmente jurisdicional, as decisões efetivamente apresentam este caráter.

Diante de todo o exposto, resta claro que apesar da longa espera os receios relacionados à introdução do controle de constitucionalidade repressivo no sistema jurídico francês foram superados. Os sete anos de existência do mecanismo de QPC apresentam resultados muito positivos – os quais são comemorados pelo Conselho Constitucional – e desde então foi possível finalmente efetivar a proteção dos direitos e liberdades constitucionais dos cidadãos, requisito fundamental para a concretização de um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Joaquim. “Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês”. In. *Revista de Informação Legislativa*. a. 40 n. 158 abr./jun. Brasília: 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/847/R158-04.pdf?sequence=4>> Acesso em: 20 set. 2017.

CARCASSONNE, Guy. DUHAMEL, Olivier. QPC, *La question prioritaire de constitutionnalité*. França: Dalloz, 2011.

COLLOQUIA. *Les droits de la défense devant. L’administration et le juge de celle-ci*. 1984. Disponível em: <<http://www.aca-europe.eu/colloquia/1984/france.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Présentation Générale*. «12 questions pour commencer». *Les 5 ans de la QPC au Conseil constitutionnel - Quelques chiffres*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html>>; <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/12-questions-pour-commencer.47107.html>>; <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/avril-2015-les-5-ans-de-la-qpc-au-conseil-constitutionnel-quelques-chiffres.143503.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

CONSEIL D’ÉTAT. *Missions, En Bref*. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/En-bref>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

DUHAMEL, Olivier. Le pouvoir politique en France. In: *Droit constitutionnel* – 1. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

FAVOREU, Louis. *Les Cours constitutionnelles*. Paris: Presses universitaires de France, 1986.

FERREIRA, Lívia da Silva. A Relação Entre União Europeia e a Questão Prioritária de Constitucionalidade do Direito Francês. *Revista Do Programa de Direito da União Europeia*, Rio de Janeiro v. 4, p. 165-187, fev/2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/view/68150/65780>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

FRANÇA. *Constituição Francesa de 1958*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei Constitucional n° 2008-724 de 23 de julho de 2008*, Lei de modernização das instituições da Vª República. Disponível em:

<<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-revisions-constitutionnelles/loi-constitutionnelle-n-2008-724-du-23-juillet-2008.16312.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei Orgânica nº 2009-1523 publicada em 11 de dezembro de 2009*. Disponível em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/QPC/loi\\_organica\\_2009\\_1523\\_61\\_1.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/loi_organica_2009_1523_61_1.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2018.

GUILLAUME, Marc. “La question prioritaire de constitutionnalité”. In: *Justice et Cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d’État et la Cour de Cassation*. 2010. Disponível em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/QPC/qpc\\_mguillaume\\_19fev2010.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf)> Acesso em: 20 set. 2017.

LA TOUPIE. *Citoyen*. 2018. Disponível em: <<http://www.toupie.org/Dictionnaire/Citoyen.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

LAROUSSE. *Justiciable*. 2018. Disponível em: <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/justiciable/45238>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

LE PARISIEN. *Sensagent Dictionnaire*. 2018. Disponível em: <<http://dictionnaire.sensagent.leparisien.fr/index.html>> . Acesso em: 17 abr. 2018.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE. *Cour de Cassation*. 17 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/cour-de-cassation-12025.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

PHILIP, Loïc. FAVOREU, Louis. *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 4e éd. Paris: Sirey, 1986.

ROUSSEAU, Dominique. BONNET, Julien. *L’essentiel de la QPC. Mode d’emploi de la Question prioritaire de constitutionnalité*. 2. ed. Paris: Gualino, 2012.

SENAT. *Le contrôle de constitutionnalité des lois*. 25 abr. 2018. Disponível em: <[http://www.senat.fr/role/fiche/controle\\_constit.html](http://www.senat.fr/role/fiche/controle_constit.html)>. Acesso em: 25 abr. 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VIE PUBLIQUE. *Les origines du Conseil Constitutionnel*. 14 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/origines-du-conseil-constitutionnel.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *La dualité de jurisdiction: raisons d’être et remises en cause*. 5 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/dualite-jurisdiction-raisons-etre-remises-cause.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

ZOLLER, Élisabeth. *Introduction au droit public*. Paris: Dalloz; 2013.

## COMPARATIVE LAW AND DECOLONIZING CRITIQUE<sup>1</sup>

Sherally Munshi

Associate Professor of Law,  
Georgetown University Law  
Center. Washington DC.,  
EUA. sherally.munshi@  
georgetown.edu

Recebido: outubro 8, 2017

Aceito: maio 13, 2018

### O Direito comparado e a crítica decolonial

#### ABSTRACT

This essay asserts that comparative legal scholarship might overcome its current crisis of relevance by reorienting itself towards decolonizing critique. In a recent article, decrying the current state of the discipline, Pierre Legrand argued that comparative law has become mired in a solipsistic and outmoded style of positivism. Draying upon insights from critical theory, he argues that the discipline might render itself more relevant by engaging in a more contextualized analyses of the law and by encouraging active interpretation beyond descriptive reporting. This essay extends Legrand's argument to suggest that an emancipated, incorporative, and interdisciplinary comparative law might play an important role in decolonizing legal scholarship more broadly. Founded in a commitment to constrain an ethnocentric impulse in legal discourse, comparative law seems a natural site from which to challenge the varieties of Eurocentrism that continue to define legal scholarship and study and for exploring the colonial roots of globalized racial formations.

**Keywords:** Comparative Law; Decolonizing Critique; Pierre Legrand; Critical Theory.

<sup>1</sup> I am grateful to the American Journal of Comparative Law, in which a version of this article was first published. I am also grateful to Mathilde Cohen, Mariel Emanuel, Claudia Hasburn, Betsy Kuhn, Kim Lane Scheppele, Andrew Lang, Allegra McLeod, Philomila Tsoukala, and Franz Werro for providing helpful feedback. Thanks to Deo Campos and the editors of Teoria Jurídica Contemporânea for inviting me to participate in this special issue.

Este ensaio propõe que os estudos jurídicos comparados podem superar sua atual crise de relevância reorientando-se para a crítica decolonial. Em artigo recente, condenando o estado atual da disciplina, Pierre Legrand argumentou que o direito comparado está atolado em um estilo solipsista e ultrapassado do positivismo. Refletindo sobre os insights da teoria crítica, ele argumenta que a disciplina pode tornar-se mais relevante envolvendo-se em uma análise mais contextualizada da lei e incentivando a interpretação ativa para além de relatórios descritivos. Este ensaio amplia o argumento de Legrand para sugerir que um direito comparado emancipado, incorporativo e interdisciplinar pode desempenhar um papel importante na decolonização mais ampla da doutrina jurídica. Fundado em um compromisso de restringir um impulso etnocêntrico no discurso legal, o direito comparado parece um local natural a partir do qual é possível desafiar as variedades do Eurocentrismo que continuam a definir a doutrina e a produção acadêmica jurídica e a explorar as raízes coloniais das formações raciais globalizadas.

**Palavras-chave:** Direito Comparado; Crítica Decolonial; Pierre Legrand; Teoria Crítica.

### INTRODUCTION

While scholars of comparative law confront a crisis of relevance, law students themselves have been engaged in unusually creative acts of comparison.<sup>2</sup> In the spring of 2015, the University of Cape Town erupted in protest as students demanded that the administration remove a statue of Cecil Rhodes from its campus. Rhodes founded one of the most profitable and most exploitive mining companies in the world before becoming Prime Minister of the Cape Colony in 1890. As Prime Minister, Rhodes introduced a series of laws designed to dispossess native Africans of their lands and put them to work for European landowners.<sup>3</sup> When he died in 1902, Rhodes “donated” part of “his” estate to the University. He also bequeathed part of his vast fortune to the establishment of an international

<sup>2</sup> LEGRAND, 2017.

<sup>3</sup> Cecil Rhodes, considered one of the architects of apartheid, instituted the Glen Grey Act of 1894, which deprived native South Africans of the opportunity to own land while imposing a tax on South Africans who could not prove wage employment. In a speech announcing the Act, Rhodes acknowledged that “there is . . . a general feeling that the natives are a distinct source of trouble and loss to the country.” S. AFR. HIST. ONLINE, 2016. But contrasting the native trouble in South Africa with the “labor trouble” in the United States and in England, Rhodes assured his countrymen, “I feel rather glad that the labor question here is connected with the native question.” S. AFR. HIST. ONLINE, 2016. Rhodes’ rhetoric should remind us that European imperialism has always proliferated comparisons—both on the part of those seeking to advance imperialism and those seeking to resist it.

exchange program to cultivate men for the service of expanding the British Empire—“the more of the world we inhabit, the better it is for the human race.”<sup>4</sup> In an early draft of his will, Rhodes expressed his hope that a secret society would be created to bring the whole world under British rule.<sup>5</sup> For the students demanding its removal, Rhodes’ statue represented the university’s fundamental complicity in perpetuating colonial legacies of white supremacy and imperial capitalism. The statue stood as a reminder of the many ways in which decolonization remains incomplete.<sup>6</sup>

The *Rhodes Must Fall* campaign quickly spread to other universities in South Africa. A Nigerian law student brought the movement to Oxford, where a statue of Rhodes hovers above the entrance to one of its colleges.<sup>7</sup> Students at the University of the West Indies and the University of California at Berkeley issued statements of solidarity with their South African counterparts.<sup>8</sup> At Yale University, students renewed old demands to rename one of its residential colleges — Calhoun College — named after a statesman and committed defender of slavery.<sup>9</sup> At Princeton University, students stormed an administrative building and demanded that the university acknowledge the racist legacy of its former president, Woodrow Wilson, after which its School of Public and International Affairs is named.<sup>10</sup> At Harvard Law School, students of color, taking encouragement from their counterparts in Cape Town and elsewhere, sounded calls to retire the law school shield, which had been modeled after the family crest of an eighteenth century slaveholder, Isaac Royall Jr., who amassed a fortune as the owner of a sugar plantation in Antigua.<sup>11</sup> Royall devoted some of his

<sup>4</sup> In 1877, Rhodes reflected, “I contend that we are the first race in the world, and the more of the world we inhabit the better it is for the human race. I contend that every acre added to our territory means the birth of more of the English race who otherwise would not have been brought into existence.” MEREDITH, 2018.

<sup>5</sup> CHAUDHURI, 2016.

<sup>6</sup> The statue came down on April 9, 2016. BBC NEWS, 2016.

<sup>7</sup> BBC NEWS, 2016.

<sup>8</sup> RUSSELL POLLIT, S.J., 2015.

<sup>9</sup> REMNICK, 2015.

<sup>10</sup> As President of the United States, Wilson aggressively reversed many of the gains black Americans had achieved after the end of slavery, purging them from civil service positions while transforming the government “into an instrument of white supremacy.” N. Y. TIMES, 2015. Woodrow Wilson evidently “believed that black Americans were unworthy of full citizenship and admired the Ku Klux Klan for the role it had in terrorizing African Americans to restrict their political power.” N. Y. TIMES, 2015.

<sup>11</sup> PARKER, 2016. HALLEY, 2008.

considerable wealth to establishing the first law professorship in the independent colonies.<sup>12</sup>

As observers note, the flames of protest that have since spread across elite universities in the United States were lit not in the college classroom but on the streets.<sup>13</sup> In places like Ferguson, Missouri and Baltimore, Maryland, the highly publicized police execution of black men, women, and children ignited massive protests. The killings recorded on cell phone cameras brought no news to black and other persecuted minorities in the United States — black communities have long complained of the violence and humiliation they routinely experience at the hands of police — but they have forced other Americans to confront a set of realities often obscured by an unexamined faith in legal institutions.<sup>14</sup> Protests against police violence in the United States have found resonance in France and Britain, which have their own, often unacknowledged, histories of racialized policing.<sup>15</sup>

Before universities in Texas and Kentucky quietly removed statues of slavery's defenders, citizens of South Carolina once again demanded the removal of the Confederate flag waving above the state house.<sup>16</sup> That was after a white young man entered a historic black church and shot nine parishioners. On his personal website, the killer posted photographs of himself holding a Confederate flag. He had sewn into his jacket—the one that he wore on the day he killed nine men and women in prayer—the flag of apartheid South Africa. He called his website *The Last Rhodesian*.<sup>17</sup> A few days after the killing, tired of old debates, an artist named Bree Newsome climbed up the thirty-foot pole to bring down the offending flag herself. She later explained, “I removed the flag not only in defiance of those who enslaved my ancestors, but also in defiance of the oppression that continues against black people . . . I did it in solidarity with the South African students who toppled a statue of the white supremacist colonialist Cecil Rhodes.”<sup>18</sup>

<sup>12</sup> HALLEY, 2008, 120.

<sup>13</sup> NPR NEWS HOUR, 2015.

<sup>14</sup> AKBAR, 2015.

<sup>15</sup> ZAPPI, 2016; CHAN, 2016.

<sup>16</sup> NEUMAN, 2015; BAILEY, 2016.

<sup>17</sup> MADENGA, 2016.

<sup>18</sup> TAYLOR, 2016.

**As the legal process in one jurisdiction after another has failed to bring police officers to account for gunning down black and brown citizens, law students across the United States directed their anger at their own law schools, contrasting national expressions of grief and disgust with the relative silence of administrators and faculty.**

As the legal process in one jurisdiction after another has failed to bring police officers to account for gunning down black and brown citizens, law students across the United States directed their anger at their own law schools, contrasting national expressions of grief and disgust with the relative silence of administrators and faculty.<sup>19</sup> Law students at Georgetown University blamed a professional culture of “legal deference.”<sup>20</sup> At Harvard Law School, students argued that “racial terror is systematically reproduced and normalized through fidelity to the so-called rule of law.”<sup>21</sup> Addressing the law school administration, the students complained, “the fact that you refuse to openly acknowledge this adds to our distress.”<sup>22</sup> They challenged the law school to conceive of itself as “not merely a school of law, but also a school of *justice*.”<sup>23</sup>

American law students were ridiculed for including in their letters of protest a plea for additional time to complete their exams. But behind their plea lies a more serious critique of law school curricula. Law students at Columbia University wrote to their administration, “in being asked to prepare for and take our exams at this moment, we are being asked to perform *incredible acts of dissociation*.”<sup>24</sup> Learning to think like a lawyer, the students conveyed, required painful disorientation, a disavowal of personal experience, and deadening of moral intuition. “You cannot require that we . . . dedicate our energy in this moment to understanding and replicating the same legal maneuvers and language on our exams . . . that [are] used to deny justice.”<sup>25</sup> To acknowledge the pain of psychic alienation is not a frivolous self-indulgence, as some have argued, but an essential preparation to resisting injustice, one belonging to a long tradition of anticolonial thought and race-conscious critique.<sup>26</sup>

While much of the conversation on campuses and in the media has focused on the reshuffling of statues and names, widening

<sup>19</sup> HAR. L. COALITION, 2014.

<sup>20</sup> COALITION STUDENTS OF COLOR GEO. U. L. CTR, 2014.

<sup>21</sup> HAR. L. COALITION, 2014.

<sup>22</sup> HAR. L. COALITION, 2014.

<sup>23</sup> HAR. L. COALITION, 2014 (emphasis added).

<sup>24</sup> COALITION STUDENTS OF COLOR GEO. U. L. CTR, 2014 (emphasis added).

<sup>25</sup> COALITION STUDENTS OF COLOR GEO. U. L. CTR, 2014.

<sup>26</sup> DU BOIS, 1903; WOODSON, 1933; FANON, 1952; BIKO, 1978; WA THIONG’O, 1986.

**This essay will explore how a decolonizing critique might respond to or ground questions of concern to scholars of comparative law—perennial questions about the object and method of study, about our responsibility towards and recognition of difference, and about the relevance of comparative study to the societal exigencies of our particular moment.**

coalitions of students—from Cape Town to Chicago to New Delhi—have expanded the scope of their demands to include diversifying the faculty, student body, and curriculum and democratizing access to higher education.<sup>27</sup> The current student movement is not without its excesses and failures, but it has succeeded in posing a provocative and, as yet, unanswered question: what would it mean to decolonize our institutions of higher learning? What role do law schools have to play, given their unique capacity to prepare students for the practical elaboration of shared ideals? What would it mean for law schools to conceive of themselves as schools of justice? And how might comparative law address the call to decolonize our institutions and thought? “Not diversify,” as the students insist, but “*decolonize*.”<sup>28</sup>

This essay will explore how a decolonizing critique might respond to or ground questions of concern to scholars of comparative law—perennial questions about the object and method of study, about our responsibility towards and recognition of difference, and about the relevance of comparative study to the societal exigencies of our particular moment. In the first Part of this essay, I introduce a compelling critique of comparative law scholarship, recently articulated by Pierre Legrand. Drawing upon theoretical insights from philosophy and literary theory, Legrand argues that comparative law should embrace a more contextualized practice of reading law as well as more active interpretation. In the second Part, drawing upon my own training in literary theory and comparative literature, I extend his argument by identifying some of the ways in which an alternative approach to comparative law might play an important role in decolonizing legal scholarship.

## **I. THE CRITIQUE OF COMPARATIVE LAW**

In his recent essay, “Jameses at Play,” Pierre Legrand stages a powerful intervention in comparative legal scholarship.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> In Chicago, students and faculty have protested funding cuts and the threatened closure of Chicago State University, a public university primarily attended by working class black students, BOSMAN, 2016. In New Delhi, protests focused on the suppression of political speech against the Hindu nationalist party currently in office., BURKE, 2016.

<sup>28</sup> CROCKER, 2016 (emphasis added).

<sup>29</sup> LEGRAND, 2017.

Legrand identifies two currents within the discipline: a traditional mainstream, which he associates with scientific positivism and disciplined reporting of legal rules; and a livelier countercurrent, characterized by contextualized study of legal rules, more active interpretation, and interdisciplinary engagement. Legrand is deeply critical of the former; the latter, he embraces and recommends as the path forward for comparative law. Though styled primarily as an adjudication of a disagreement between two prominent figures within comparative law, each named James and each representative of one or the other disciplinary current, I read his essay as an invitation to imagine a new and emancipated comparative law—one that might provide a home to decolonizing critique, as I suggest in the following section.<sup>30</sup>

Legrand begins by identifying what have always been the core values of a comparative approach to legal study: by inclining its practitioners towards the foreign and unfamiliar, comparativism becomes a way of suspending “self-centric and self-satisfied normality”; by disenchanting our most sacred institutions and disrupting intellectual routines, comparativism becomes a practice of repositioning oneself in the world and history.<sup>31</sup> The comparativist’s commitment to honor difference, to represent the foreign with fidelity, enables her to resist both the “nationalizing and universalizing” impulses that govern so much legal scholarship.<sup>32</sup> Comparative law, he writes, “is informed by an engagement with the world’s legal disparateness,” which it regards “as beneficial and indeed as normatively *relevant*.”<sup>33</sup> But Legrand worries that as comparative law scholars become preoccupied with policing what is or is not a proper object of study—what it will or will not recognize to be “the law”—they lose sight of the intellectual and ethical value of comparative methods.

Legrand opens his remarkably impassioned essay by confessing, “I have long felt profound intellectual discomfort and frustration that my professional existence should have been unfolding within a field that, in the main, has tended somewhat blatantly to keep even the most basic epistemic interrogations very safely out of the ambit of

<sup>30</sup> LEGRAND, 2017, 17-19.

<sup>31</sup> LEGRAND, 2017, 1 (citation omitted).

<sup>32</sup> LEGRAND, 2017, 1.

<sup>33</sup> LEGRAND, 2017.

scholarly investigation.”<sup>34</sup> His is an effort to revitalize comparative study, “to contribute to the redemption of epistemology within comparative law”<sup>35</sup> by insisting upon a heightened self-reflection within the discipline. He urges his colleagues in comparative law to think critically about the conventions of knowledge-production that define the discipline, and the intellectual habits that allow only certain questions to be raised while banishing others.

The main problem with comparative legal scholarship, Legrand asserts, is that it has become trapped by an excessive positivism, characterized by a narrowed focus on authorized legal texts and a committed indifference to almost everything else.<sup>36</sup> In his words, according to the reigning orthodoxy, the comparative study of law should “remain squarely set on the rules—on what has been posited by authorized officials as ‘what the law is.’”<sup>37</sup> These, in turn, should be represented in as “scientific” a manner as possible. This understanding of the discipline has encouraged comparative law scholars to produce dutifully descriptive accounts of cases and statutes, uncontaminated by either “political commitment or personal investment,” uncluttered by references to historical or cultural context, and free of authorial interpretation, critical or otherwise.<sup>38</sup> They regard their task as one of “arrang[ing] the law in the form of an orderly, coherent, and systematic representation of the different rules in force, largely applying them at the behest of the state.”<sup>39</sup>

Legrand is appropriately skeptical of the positivist’s pretensions to scientific objectivity. But the positivist, he argues, can only fulfill his claim to pure objectivity by denaturing his object of study. In the positivist’s construction, law is made to appear rational and coherent; law is cleansed of its essential ambiguity, indeterminacy, and inconsistency. At the same time, by imagining that man-

<sup>34</sup> LEGRAND, 2017, 18.

<sup>35</sup> LEGRAND, 2017.

<sup>36</sup> To be clear, the “positivism” to which Legrand and I refer here is *not* the positivism of John Austin nor the positivism the positive law/natural law debates in which most American lawyers are schooled. Instead, positivism here refers to a set of epistemological conventions defining of scientific rationality in the western world since the early nineteenth century. Rather than *legal* positivism, it is *logical* or *scientific* positivism at which Legrand primarily takes aim.

<sup>37</sup> LEGRAND, 2017, 4.

<sup>38</sup> LEGRAND, 2017, 4, 60.

<sup>39</sup> LEGRAND, 2017, 4.

made laws operate as naturally or with the same autonomy as the Pythagorean theorem, positivists invest their own science of legal reasoning with a transcendental quality while effacing the contests and contingencies that have allowed legal reasoning to proceed as a self-authorizing force.

Just as positivists attribute to their law-object an internal purity, they assume that legal objects come with clear external boundaries. In their view, law is clearly distinguishable from not-law. As Legrand writes, positivists “regard the legal aspect of an issue as discrete and as crisply detachable from its other dimensions.” But here, too, positivist legal discourse maintains its conceptual clarity only by suppressing historical contingencies, cultural contaminations, and so on. And by refusing to look beyond the usual parameters of legal discourse, to explore the conditions that give rise to its own knowledge conventions, the positivist fails to acknowledge the contingency of both his object and method of study.

For Legrand, the most concerning feature of positivism in legal scholarship is that it maintains its authority by excluding challenge. It safeguards its rationality and coherence by denying and devaluing certain forms of inquiry—particularly those that are most disruptive of its internal logic and order. As Legrand writes, “certain knowledge is banished from the sphere of significance, and some issues are made never to arise, therefore allowing for . . . an ultimately immaculate development of internal heuristic processes generating ultimately immaculate *legal* results.”<sup>40</sup> By insulating itself from outside challenge, by refusing to question its own working assumptions, positivism within legal discourse becomes an entirely self-referencing and self-replicating epistemic regime.<sup>41</sup> It replicates itself in law schools by cultivating a particular mindset in new students. As Legrand puts it:

The positivist mind channels the energies of law schools and of law teachers into the career preparation of students in a manner that ensures the solidification and the perpetuation of the existing institutional order through the annual “delivery” of sets of mentally homogenous and socially receptive individuals pliantly disposed to apprehend the law as

<sup>40</sup> LEGRAND, 2017, 6-7.

<sup>41</sup> LEGRAND, 2017, 7.

consisting in a set of textual commands requiring but (sophisticated?) technical mastery.<sup>42</sup>

I want to suggest that the students of color who resist sitting for their criminal law exams while police killing continues unabated and unredressed—those students escape Legrand’s critical description. Those students explain that they did not want to participate in the ideological reproduction of the status quo by mastering rules that, for instance, allow police officers to use deadly force against innocent and unarmed men and women.

But many law students *do* fit Legrand’s description. For instance, last year, students at one American law school complained to their criminal law professor that the statement “Black Lives Matter,” worn on her t-shirt, “was an inappropriate and unnecessary statement that has no legitimate place within our institution of higher learning.”<sup>43</sup> In an anonymous letter that has since been widely circulated, the students explained, “*We are here to learn the law*”:

This is not a political science class or college. We are a law school. We have undertaken the solemn duty to learn and respect the law. We do not need the mindless actions of our professors to distract and alienate us. Just as our personal beliefs have no place in law exams, your personal beliefs have no place in the classroom.”<sup>44</sup>

The students’ confidence that law school has nothing to do with politics or personal belief; that they can learn criminal law without having to be distracted by assertions about black humanity; that as the “solemn” keepers of the profession, they owe nothing to those who challenge its effects—these are all symptoms of the epistemic enclosure of which Legrand warns. History, other people, and conscience—these become someone else’s problem.

Notwithstanding its claim to objectivity and ideological innocence, positivism is always political.<sup>45</sup> There is, of course, a politics to sanctioning indifference by policing disciplinary boundaries. In the United States, as in other contexts, racial inequality is sustained by historical amnesia and, often, by an unexamined faith in the

<sup>42</sup> LEGRAND, 2017.

<sup>43</sup> JASCHIK, 2016 (including links to both the students’ complaint and the professor’s response).

<sup>44</sup> JASCHIK, 2016.

<sup>45</sup> LEGRAND, 2017, 7.

essential goodness of law. Positivists promote the view that law has within itself the resources to gradually perfect itself, “through the self-regulatory and teleologically ordained use of the posited.”<sup>46</sup> In this sense, positivism in legal discourse tends uncomfortably towards authoritarianism. It is more concerned with a respect for governing authority than it is with the expression of governed collectivities.

To redeem the comparative study of law, Legrand argues, comparativists should muddy the pristine waters of the positivist mainstream by engaging in two kinds of dredging—what he calls “enculturation” and interpretation.<sup>47</sup> The comparative law scholar should free himself of the positivist’s demand for certainty and embrace the essential unruliness of legal texts and legal culture. He should abandon the notion that law can be purified of its internal deficits (ambiguities, inconsistencies, and indeterminacies) or cleaved of its external contaminations (of history and culture) and instead recognize law to be “a massively incorporative cultural formation.”<sup>48</sup>

Legal texts, like all other texts, Legrand writes, “exist as *intertextual* matrices . . . as interfaces where arrays of discursive threads have interlaced to be absorbed and transformed in order to be made to speak *legally*.”<sup>49</sup> The fabric of any legal text consists of

“... historical configurations enmeshed with traces of political rationalities intertwined with traces of social logics interwoven with traces of philosophical postulates plaited with traces of linguistic orders darned with traces of economic prescriptions interlaced with traces of epistemic assumptions..”

and so on.<sup>50</sup> While descriptive positivism limits itself to endlessly reinscribing a legal text with a particular significance, encultured interpretation opens the text to re-signification. Legrand reminds us that the meaning of a legal text is never exhausted by its authorized or official interpretation. On the contrary, when confronted with multiplicity of meanings contained in any legal text, the scholar is confronted with an inescapable choice, an ethical judgment.

<sup>46</sup> LEGRAND, 2017, 7.

<sup>47</sup> LEGRAND, 2017, 21.

<sup>48</sup> LEGRAND, 2017, 44.

<sup>49</sup> LEGRAND, 2017, 40.

<sup>50</sup> LEGRAND, 2017, 41.

He can either attend to the difference, the newness, or the challenge presented by the trace, and thereby “do justice” to it. Or he can ignore it. But by refusing to address the hidden trace discovered in a legal text—the trace of an imperial logic, for instance, or older racial episteme—the scholar participates in its silencing and erasure.

Encultured interpretation also pluralizes the position of the legal scholar or, as Legrand puts it, “necessarily encultured texts must be read by necessarily encultured interpreters.”<sup>51</sup> Encultured interpretation unravels the Cartesian dualism, which holds the knowing subject apart from the known world, and restores the subject to the world of relation. While the objective knower is imagined to look out upon the world, as if from an enclosed and transcending perspective, encultured reading reminds us that “individuals are part of a community”—and a *particular* community.<sup>52</sup> Encultured interpretation forces the legal scholar to acknowledge the ways in which the confinements of language, culture, and experience structure his knowing.

## II. ANOTHER COMPARISON

Legrand’s intervention thus comes at a critical time, when an already violent and unequal world finds itself lapsing into a tribal nationalism, as the calls for racial redress first sounded in marginalized communities make their way from college campuses into law school classrooms, and as law schools themselves redefine their purpose in the aftermath of the global economic crisis and the ascendance of authoritarianism. The question now looming before many law schools is whether they should narrow their conception of professional training to render graduates more competitive within the existing legal market, or whether they have a responsibility to encourage students to think more expansively about their role as global citizens and the relationship between law and justice.

After identifying some of the intellectual hazards posed by the kind of positivism governing the comparative study of law—including epistemic blindness, authoritarian inclination, and indifference

<sup>51</sup> LEGRAND, 2017, 53.

<sup>52</sup> LEGRAND, 2017, 19.

towards otherness—Legrand advocates a general opening up of the discipline, mainly through a committed practice of contextual reading, interpretation, and interdisciplinarity.<sup>53</sup> In this essay, I want to amplify his call by drawing upon a tradition of critical self-reflection, now well established in another field of comparative study, comparative literature. And in so doing, I want to propose that an emancipated, incorporative, and interdisciplinary comparative law might play an important role in decolonizing and democratizing legal thought.

More than fifty years ago, René Wellek, a leading figure in comparative literature, issued a set of complaints about the state of his discipline—complaints that now resonate with Legrand’s. Wellek observed that comparative literature had long been “saddled with an obsolete methodology,” one characterized by a “factual positivism” on the one hand, and nationalist arrogance on the other.<sup>54</sup> He suggested that, in an anxious effort to establish a distinct methodology, comparative literature became bogged down by attempts to “emulate the general scientific ideals of objectivity, impersonality, and certainty,” and to “imitate the methods of natural science by a study of causal antecedents and origins.”<sup>55</sup> Comparative literature, in Wellek’s account, consumed with exhaustive accumulation of the “minutest details” of authors’ reading habits and meticulous influence tracking, had regressed into a form of cultural accounting, a bookkeeping of national credits and debts.<sup>56</sup>

For Wellek, the problem was the perceived pressure to *compare*. The discipline could free itself of its obsolete and burdensome methods by abandoning the practice of comparison itself.<sup>57</sup> Wellek acknowledged that comparative literature had done an admirable job of “combatting the false isolation of national literary histories” by showing European literary traditions to belong to a unified web of interrelation.<sup>58</sup> But Wellek doubted that the study of literature “in comparison” was distinguishable from or more valuable than the study of literature “in general.” Moreover, he argued, there is no

<sup>53</sup> DEMLEITNER, 1999; FRANKENGERG, 1985.

<sup>54</sup> WELLEK, 1963a, 285-290.

<sup>55</sup> WELLEK, 1963b, 256-257.

<sup>56</sup> WELLEK, 1963b.

<sup>57</sup> WELLEK, 1963a, 283.

<sup>58</sup> WELLEK, 1963a.

**Though the forms of critical theory associated with comparative literature have generated more than their share of controversy, exasperation, and attack, most scholars would have to acknowledge that critical theory has radically transformed the university itself, particularly in the United States.**

single way to approach a literary or cultural text—or a political or legal text, for that matter. In remarkably sweeping terms, he argued, “there are no proprietary rights and no recognized ‘vested interests’ in literary scholarship. Everybody has the right to study any question even if it is confined to a single work in a single language and everybody has the right to study even history or philosophy or any other topic.”<sup>59</sup>

By suggesting that his colleagues abandon the “artificial distinction between ‘comparative’ and ‘general’ literature,” Wellek did not rid comparative literature of its methodological anxieties or preoccupations. On the contrary, his intervention seemed to intensify both.<sup>60</sup> The “factual positivism” of which Wellek complained was almost immediately superseded by new forms of critical thinking—post-structuralism and deconstruction, feminism and psychoanalysis, postcolonialism and new historicism. With the introduction of critical theory, comparative literature took a fundamental turn, away from a traditional training in cultural heritage towards a more thoroughgoing investigation of “the contemporary conditions of knowledge production,” as Stathis Gourgouris writes.<sup>61</sup>

Through its engagement with critical theory in the late 1960s, comparative literature transformed itself into one of the most compelling sites of intellectual production in the university, generating powerful tools for challenging previously unassailable conventions and enabling scholars across the humanities and social sciences to examine the logocentric, ethnocentric, and gendered biases that have sustained western thought since the enlightenment.<sup>62</sup> Though the forms of critical theory associated with comparative literature have generated more than their share of controversy, exasperation, and attack, most scholars would have to acknowledge that critical theory has radically transformed the university itself, particularly in the United States.<sup>63</sup> As Gourgouris writes, the turn to critical theory inaugurated in American universities “a fecund period of experimental practices of radical

<sup>59</sup> WELLEK, 1963a, 290.

<sup>60</sup> BERNHEIMER, 1996a.

<sup>61</sup> GOURGORIS, 2011.

<sup>62</sup> GOURGORIS, 2011, 76–77.

<sup>63</sup> SAUSSY, 2006.

interrogation, subversion of established modes of interpretation, daring cognitive ingenuity, and irreverent performativity. It was thus profoundly political, if nothing else in the barest sense of exposing unquestioned domains in the structures of power (of both domination and liberation) and producing new modes of consciousness as to what constitutes authority and agency.”<sup>64</sup>

Even as the theoretical paradigms developed within comparative literature gain influence beyond the borders of the discipline, comparative literature itself continues to submit to periodic self-examination of precisely the sort that Legrand now recommends for comparative law. Since 1965, the American Comparative Literature Association, in accordance with its own bylaws, has produced a report on the state of the discipline roughly every ten years. The purpose of the report is to encourage continued reflection on the intellectual mission of the discipline and, increasingly, its relation to its historical moment. The 1965 report championed broad linguistic competency; the 1975 report emphasized interdisciplinary engagement and challenged the elitist preoccupation with “standards” in the previous report.<sup>65</sup> The 1985 report was never published, perhaps attesting to the realization that the existing form, “a report on standards,” had become inadequate to its task.<sup>66</sup> The 1995 report advocated “a broadening of the cultural scope” of the discipline and active recruitment of faculty with expertise beyond European literatures. The 2006 report, offered as a “multi-vocal report” including statements from nineteen authors reflecting a growing diversity of voices and perspectives, focused on two models of comparativism gaining currency in the field: “world literature” and “the politics of empire.”<sup>67</sup> The most recent report, published in 2015, further explodes the convention: presented as a website, it includes dozens of short essays (and videos), from authors responding to an open call (rather than invitation), under five broad themes (including “Ideas of the Decade,” “Facts and Figures,” “Paradigms,” “Practices,” and “Futures”).<sup>68</sup>

<sup>64</sup> GOURGORIS, 2011, 77.

<sup>65</sup> BERNHEIMER, 1996b, 21; BERNHEIMER, 1996c, 28.

<sup>66</sup> BERNHEIMER, 1996a, 1.

<sup>67</sup> SAUSSY, 2006, vii.

<sup>68</sup> AM. COMPARATIVE LITERATURE ASS'N, 2015.

**One of the great lessons learned by comparative literature scholars, and one that may come as a relief to comparative law scholars, is that the discipline does not have to forever shackle itself to that increasingly ill-fitting adjective, *comparative*.**

These reports chart variety of intellectual trajectories which comparative law scholars might pursue. At the very least, they plot an escape from the epistemic enclosure that now frustrates the development of comparative legal scholarship. There are four particular exits that I would like to point out, but in general, the vision I want to put forth is of a broadly expanded comparative law, one that assumes a leading role in addressing an entrenched Eurocentrism in legal discourse while providing hospitable ground for a variety of critical and interdisciplinary projects, especially those that might join in the effort to decolonize higher education and to project alternative, more equitable forms of coexistence.

### A. Beyond Comparing

One of the great lessons learned by comparative literature scholars, and one that may come as a relief to comparative law scholars, is that the discipline does not have to forever shackle itself to that increasingly ill-fitting adjective, *comparative*.<sup>69</sup> Observation, comparison, and classification may have been the most respectable methods of knowledge-production in the eighteenth century, but no longer. Some legal scholars may have good reason to organize their research around a comparison of the laws of different jurisdictions, but it is not merely the practice of juxtaposition that defines comparative law but a certain intellectual, and ultimately ethical, orientation. That same orientation—an inclination towards difference and defamiliarization—might lead comparativists towards new critical insights. Within the field of comparative literature, the related habit of self-examination has proven to be especially productive, encouraging students and scholars to continuously expand the field by redefining its intellectual mission as well as its contemporary relevance.<sup>70</sup>

In the past decade, a number of scholars and departments have begun to experiment with the idea of recasting comparative literature as “world literature,” though not without appropriate hesitation.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> BROOKS, 1994.

<sup>70</sup> BEHDAD; THOMAS, 2011, 3.

<sup>71</sup> The main worry, of course, is that western literature is merely reinscribed or aggrandized as “world literature.” In 1960, Swiss comparatist Werner Friedrich cautioned that “world literature is a presumptuous and arrogant term. Sometimes, I think we should call our program NATO literatures. Yet even that would be extravagant, for we do not usually deal with more than one quarter of the NATO-nations.” SPIVAK; DAMROSCH, 2014.

Others have recommended a more cautious “worlding” approach to literature, or one that situates literary cultures globally and assumes a worldly perspective.<sup>72</sup> In comparative literature, this has meant turning away from questions about how ideas traveled from France to England and vice versa, to investigate (rather than actively ignore) how the oriental rug, among other forms of opulence, came to furnish the rooms in Jane Austen’s novels;<sup>73</sup> or how the madwoman in the attic, in Charlotte Brontë’s novel, lost her mind on a Caribbean plantation.<sup>74</sup> In other words, a worldly orientation to familiar texts has prompted scholars to explore how the long and repressed entanglement between Europe and its colonies variously shapes our ideas, institutions, and domestic arrangements. Within legal scholarship, a similar worlding of legal texts might involve thinking critically about the ways in which the U.S. Constitution enshrines the very particular priorities of a colonial settler society.<sup>75</sup> Or how the institution of marriage has been shaped by a dread of foreign blood.<sup>76</sup> Writing from within the neighboring field of comparative legal history, Thomas Duve promotes a method that emphasizes the “ineradicable interconnectedness” or mutual “entanglement” of seemingly disparate peoples, places, and cultures.<sup>77</sup>

In the alternative, comparative law might embrace the notion that *all* study is comparative. Particularly in the humanities, but not just in the humanities, academic work involves the task of studying the *variance* between a particular construction of the world and some alternative experience of it. Historians often seek to challenge a prevailing narrative of the past. Social scientists may test a particular image of human behavior—as projected in legal reasoning, or in an economic model, a religious verse, and so on—against some form

<sup>72</sup> KADIR, 2014, 264. Of course, the odd choice of word, “worlding,” is deliberate in that it avoids the more familiar “globalizing,” which celebrates “the imposition of the same system of exchange everywhere.” SPIVAK, 2003. Gayatri Spivak, for this reason, offers up the even odder term of “planetarity” to conjure an alternative, as a yet unrealized relationship to the planet and to one another. “The globe is on our computers. No one lives there. It allows us to think that we can aim to control it. The planet is in the species of alterity, belonging to another system; and yet we inhabit it on loan . . . When I invoke the planet, I think of the effort required to figure the (im) possibility of this underived intuition.” SPIVAK, 2003.

<sup>73</sup> SAID, 1993.

<sup>74</sup> RHYS, 1966.

<sup>75</sup> RANA, 2015.

<sup>76</sup> DUBLER, 2006; GROSS, 2010; PASCOE, 2009.

<sup>77</sup> DUVE, 2014.

of counterevidence. The model of knowledge production here looks outward, allowing us to test a particular image of the world — presented in law, history, economics — against alternatives.

David Ferris, a literary scholar, recovers such an alternative and more expansive model of comparison in Aristotle's *Poetics*.<sup>78</sup> In his *Poetics*, Aristotle suggests that human beings enjoy looking at representations of the world (or "likeness" [*eikonas*]) because "as we look, we learn and infer."<sup>79</sup> Aristotle goes on to identify two modes of comparison. The first, identified with history, is "closed" because it limits itself to fact and evidence, or what already happened. The second, identified with poetry, is more open in that "it is defined in terms of possibility," or what could have happened.<sup>80</sup> But this second mode of comparison is not entirely open in that it is bound by the condition of possibility; *poesis* cannot entirely exceed the factual, evidentiary constraints of *historia*. Aristotle continues to explain, then, why *poesis*, an interpretive "making," is a better instrument of knowledge than *historia*:

The writings of Herodotus could be put into verse and yet would still be a kind of history, whether written in meter or not. The real difference is this: that one tells what happened and the other what might happen. For this reason, poetry is something more scientific and serious than history, because poetry tends to give general truths while history particular facts.<sup>81</sup>

Ferris suggests to his colleagues in comparative literature that the irritating adjective "comparative" might stand for the sort of orientation that Aristotle describes, an orientation towards general truths—still rigorously grounded in historical fact but ultimately concerned with possibility. By comparing, in this general sense, we develop an understanding not only of "what the world is," to invoke Legrand's discussion, but what it may become. In this same vein, a more expansive comparative law might choose for its object the variance to which several law students refer in a number of their statements—the variance between law's image of the world and others' experience of it, and the variance between law and justice.

<sup>78</sup> FERRIS, 2011, 28.

<sup>79</sup> FERRIS, 2011, 36 (quoting Aristotle).

<sup>80</sup> FERRIS, 2011.

<sup>81</sup> FERRIS, 2011, 37 (quoting Aristotle); SPIVAK, 2002.

## B. Decentering Europe, Recognizing Others

**Scanning the chapter titles of recent anthologies, which we might take to represent the current state of comparative law, one cannot help but notice that there is painfully little discussion about legal cultures outside of Europe.**

Scanning the chapter titles of recent anthologies, which we might take to represent the current state of comparative law, one cannot help but notice that there is painfully little discussion about legal cultures outside of Europe. Reflecting upon the lack of diversity represented in comparative literature departments in the 1960s, Sukehiro Hirakawa described the field to his colleagues in Japan as “a sort of Greater West European Co-Prosperity Sphere.”<sup>82</sup> Forty years later, the same phrase might describe the scope of comparative legal study. Two philosophy professors in the United States, observing that the majority of philosophy departments offer not a single course on “African, Indian, Islamic, Jewish, Latin American, Native American or other non-European traditions,” recently chastized their disciplines for their parochialism and suggested that departments rename themselves to better reflect their curriculum: they should call themselves departments of “European and American Philosophy.”<sup>83</sup> Again, comparative law remains vulnerable to the same admonition.

The Eurocentrism of comparative study, in the United States at least, reflects the different histories through which Europe and non-Europe entered American universities. Both comparative literature and comparative law in the United States were built by European immigrants, many of them intellectuals fleeing authoritarian regimes.<sup>84</sup> Asia, Africa, and Latin America, by contrast, entered the university primarily through area studies departments, which were tasked primarily with producing knowledge of the Third World for eventual strategic use. As Gayatri Spivak puts it, “U.S. comparative literature was founded on inter-European hospitality, [while] Area Studies had been spawned by interregional vigilance.”<sup>85</sup> Comparative literature has widened its purview in the past several decades—partly in response to recommendations resulting from one of the discipline’s regular self-examinations, and partly as a result of the powerful role that postcolonial critique has played in expanding the scope of not just literary studies but, again, the

<sup>82</sup> SPIVAK; DAMROSCH, 2014, 364 (David Damrosch citing Sukehiro Hirakawa).

<sup>83</sup> GARFIELD; VAN NORDEN, 2016.

<sup>84</sup> SPIVAK, 2003, 8; REIMANN, 1998.

<sup>85</sup> SPIVAK, 2003, 8.

humanities in general.<sup>86</sup> Comparative law, by contrast—and despite the efforts of many in the field—remains resolutely Eurocentric.<sup>87</sup>

Eurocentrism here is not merely an excessive focus on Europe and its New World outposts—“the West.” Rather, the term refers to a set of knowledge conventions that provide the implicit foundation and justification for the western domination of non-western others. Eurocentrism may describe conventional research models in which the West is cast as the agent of universal history and the rest are measured in term of their resemblance to it. Or it may refer to the confidence that the West is the ultimate source of enlightenment in the modern world, of ideas like freedom and equality.<sup>88</sup> But in the broadest sense, Eurocentrism refers to the general habit of attributing authority to only certain forms of knowledge—what we might generally refer to as western rationality—while disregarding and disparaging others.

The positivism that Legrand attributes to comparative law also participates in a fallacy that has sustained colonial reasoning since its beginning—the Cartesian fallacy through which the knower knows himself to be detached from the known world. The contemporary philosopher, Achille Mbembe, explains that western epistemic traditions, to which positivism belongs, rest on “a division between mind and the world, or between reason and nature as an ontological a priori.”<sup>89</sup> Mbembe explains that these “are traditions in which the knowing subject is enclosed in itself and peeks out at the world of objects and produces supposedly objective knowledge of those objects. The knowing subject is thus able, we are told, to know the world without being part of that world.”<sup>90</sup> The problem with this tradition, Mbembe argues, is that

---

<sup>86</sup> BERNHEIMER, 1996d, 39 (recommending that language study might be extended beyond the “classical” languages to include students’ native languages; that scholars and teachers study canon formation and reconceive the canon; that departments should “plan an active role in furthering the multicultural recontextualization of Anglo-American and European perspectives”. BERNHEIMER, 1996d at [pincite].).

<sup>87</sup> MARKESINIS, 2003 (dismissing charges of Eurocentrism as “trendy” “political correctness”; defending it by suggesting that “the most developed ideas” or legal systems deserve more “careful study” than more “primitive” ones).

<sup>88</sup> For this reason, as some have demonstrated, comparative legal scholarship that focuses on the “reception” of Anglo-European law in other parts of the world does not escape the charge of Eurocentrism. LANGER, 2004.

<sup>89</sup> MBEMBE, 2015.

<sup>90</sup> MBEMBE, 2015.

“it has become hegemonic.” On the one hand, “it has generated discursive scientific practices and has set up interpretive frames that make it difficult to think outside of these frames”; on the other hand, “it actively represses anything that actually is articulated, thought and envisioned from outside of these frames.”<sup>91</sup> Positivism, like Eurocentrism, is pernicious in that it tends to insulate itself from counter-knowledge, remains assured of its own truth, as it naturalizes the conditions that sustain its authority.

Generations of critics have observed that “Europe” has an uncanny capacity to attribute to itself the accomplishments of other non-European societies. W.E.B. Du Bois, for instance, quipped, “Why, then, is Europe great? Because of the foundations which the mighty past have furnished her to build upon: the iron trade of ancient, black Africa, the religion and empire-building of yellow Asia, the art and science of the ‘dago’ Mediterranean shore...”<sup>92</sup> More recently, scholars remind us that post-structuralist and deconstructive critique, which now assume a certain prestige in the western academy as “high” theory, were themselves shaped by the anti-imperial movements of the early twentieth century. When scholars locate the origins of critical theory in France in 1968, for instance, they forget that “French theory” drew much of its revolutionary character from Maoism and its negative dialectic from anticolonial critics like Franz Fanon and Aimé Césaire.<sup>93</sup> And long before American academics discovered Foucault, generations of black radicals had written devastating accounts of the complicities between knowledge and power. In Jacques Derrida’s seminal *Of Grammatology*, the word “ethnocentrism” appears before “logocentrism,” but it is the latter term that is now rooted at the center of critical theory.<sup>94</sup> As critical theory limits its regard to the minute operations of elite discourse and distances itself from earlier forms of race-conscious critique, critical theory risks reproducing the very ethnocentric self-enclosure that it once intended to disrupt.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> MBEMBE, 2015.

<sup>92</sup> DU BOIS, 1999.

<sup>93</sup> WOLIN, 2012; CHOW, 2012; FANON, 1961; CÉSAIRE, 1972.

<sup>94</sup> SPIVAK, 2016.

<sup>95</sup> LIONNET, SHIH, 2005.

**In recent decades, scholars working across a range of disciplines have shattered the conventional framework of analysis beyond the nation-state to explore the many relationships that minoritized subjects forge with one another across national boundaries.**

### C. The Minor and Transnational

Comparative study has long been guided by an impulse to dislodge and dismantle the national frameworks that organize scholarship in traditional fields. In recent decades, scholars working across a range of disciplines have shattered the conventional framework of analysis beyond the nation-state to explore the many relationships that minoritized subjects forge with one another across national boundaries.

In an earlier essay, I proposed that comparative law might unsettle an entrenched nationalism in legal discourse by promoting study of not just the foreignness that one discovers beyond national borders, but the foreignness that lies *within* a nation's borders.<sup>96</sup> What I described as "minor comparativism" shares with traditional comparative law scholarship a commitment to challenging and expanding the understanding of one's own legal culture by embracing a foreign perspective. But it departs from more traditional scholarship in that it does not compare the legal culture of one state with another. Instead, it sets the official image of a legal culture, one authorized by the nation-state, against the reflections of its minoritized subjects.<sup>97</sup> My own essay sought to challenge the United States' self image, as a nation of immigrants, one founded in the dream of universal inclusion, by engaging the self-published writings of an Indian immigrant who was subject to denaturalization by the American government and lived under constant threat of racial exclusion.

Observing that the study of minority communities is often framed in terms of their "vertical" relationship to a national majority, Lionnet and Shih advocate a model of comparativism that situates minority communities in horizontal relation with one another.<sup>98</sup> In the United States, for instance, the standard narrative of racial progress is one in which a succession of black, immigrant, and indigenous groups travel separate but parallel paths to citizenship and inclusion. Even the most critical accounts of racial formation in the United States reproduce implicit binaries of opposition/assimilation, exclusion/inclusion, colored/white. But both the

<sup>96</sup> MUNSHI, 2015.

<sup>97</sup> MUNSHI, 2015, 665. *See also* COHEN, 2018.

<sup>98</sup> LIONNET, SHIH, 2005, 2,7.

standard and critical accounts end up reinscribing the supposed universality of American social and political institutions and the essential particularity of its ethnic minorities.

Nation-centered accounts of minorities also efface the historic relationships between racialized minorities as well as their *potential* collaborations, particularly with respect to their shared confrontation with colonialism and its legacies. For instance, as W.E.B. Du Bois came to recognize that the problem of the color line in the United States was “but a local phase of the world problem,” he reflected that a potential solidarity among the darker peoples of the world had been forestalled by a lack of knowledge about one another.<sup>99</sup> In his 1935 essay, “Indians and American Negroes,” Du Bois acknowledged that black Americans knew almost nothing about the decolonization movement in India, other than what British newspapers reported. Likewise, what Indians knew of black Americans was limited to “the conventional story spread by most white American and English writers: ignorant black savages were enslaved . . . they were finally emancipated by a benevolent government and given every aid to rise and develop.”<sup>100</sup> It was only through personal contact and exchange that black radicals and Indian anticolonialists began to learn from one another that they shared a common history of colonial displacement and that they might collaborate to imagine a postcolonial future.

A number of scholars working across national, linguistic, and disciplinary boundaries have begun to explore the dynamic relationships—collaborations as well as contestations—between minoritized groups, in settings that scale from the intimate to the global.<sup>101</sup> These scholars recast minorities within an expanded and complicated field of transnational networks, diasporic attachments, and interethnic solidarity. Intellectual and political movements that had previously been rendered scattered and discrete—mainly by disciplinary conventions that stabilize the study of national histories and cultures—have been brought together within experimental frameworks that might generally be described as transnational.

<sup>99</sup> DU BOIS, 1995.

<sup>100</sup> DU BOIS, 1936.

<sup>101</sup> Some recent monographs include BALD, 2013; BURTON, 2016; EDWARDS, 1003; HORNE, 2008; LOWE, 2015; SHAH, 2011; SINGH, 2005; SLATE, 2012.

For instance, in her remarkably ambitious volume, *The Slave's Cause: A History of Abolition*, Manisha Sinha offers a startling counter-narrative of the long struggle to end slavery in the United States, broadening her frame of reference far beyond the people and places generally associated with abolition to trace the influence of the Haitian Revolution in shaping the movement for emancipation in the United States. She describes a radical and incorporative movement in which “men and women, black and white, free and enslaved found common ground in causes ranging from feminism and utopian socialism to anti-imperialism and efforts to defend the rights of labor.”<sup>102</sup> Sinha challenges conventional wisdom by asserting that “slave resistance, and not bourgeois liberalism, lay at the heart of the movement.”<sup>103</sup> At the same time, she reverses Eurocentric assumptions about the agents of enlightenment, freedom, and equality in the modern world.

An expansive comparative law might make itself home to similarly ambitious legal scholarship, scholarship that identifies sources of not just moral but *legal* authority that lie far beyond the posited law and in the collective capacities of ordinary men and women. Hannah Arendt located this generative authority in public engagement. In *The Human Condition*, she wrote, “the only indispensable material factor in the generation of power is the living together of people . . . Whenever people gather together, it is potentially there, but only potentially, not necessarily and not forever.”<sup>104</sup> A comparative law that challenges law’s faith in its own perfectibility, I want to suggest, might open itself to a better understanding of how law is more radically transformed.<sup>105</sup> At the same time, it would preserve and nurture the fragile potential that Arendt describes, the potential to transform our world through radically democratic engagement. In this sense, comparative law might conceive of itself as a discipline that preserves both past and future—reminding us of past generations’ hope for a genuinely postcolonial future, while cultivating the legal, political, and ethical capacities that will be required of that world to come.

<sup>102</sup> SINHA, 2016.

<sup>103</sup> SINHA, 2016, 1.

<sup>104</sup> ARENDT, 1998, 199.

<sup>105</sup> AKBAR, 2015.

#### D. Race in Relation

Scholars and activists interested in exploring the contingencies of racial forms have long turned to comparative methods to broaden their framework of analysis.<sup>106</sup> Comparing the history of segregation and its aftermath in the United States to the experience of apartheid in South Africa, for instance, may help Americans to expose otherwise normalized forms of racial governmentality or expand our sense of political possibility. So might a comparison of immigration policies in the United States and Australia alert Americans to otherwise imperceptible shifts in political rationality or government tactics.<sup>107</sup> But traditional models of comparison that juxtapose the legal culture of one state against that of another often take for granted the current organization of the world, seen, as on world maps, as an “inherently fragmented space, divided by different colors into diverse national societies, each rooted in its proper place.”<sup>108</sup> By leaving unexamined the relationship between racial formation and the contemporary nation-state system, nation-centered models of comparison may conceal as much as they reveal.

For this reason, David Theo Goldberg recommends an approach that is “relational” rather than comparative.<sup>109</sup> Goldberg distinguishes the nation-centered models of comparison that have taken shape with academic departments from another tradition of political thinkers—including Arendt and Du Bois, among many others—whose investigations of race and racism invariably lead to the colonial roots of the contemporary nation-state form.<sup>110</sup> Goldberg writes, “what a relational account adds . . . is not just the historical legacy. It enables one to see how the colonial shaped the contemporary, planted racism’s roots in place, designed its social conditions and cemented its structural arrangements.”<sup>111</sup> Postcolonial critics remind us that the colonies were sites of legal experimentation in which European powers invented new forms of sovereignty and rights of contract and property, spatial orders and regulated intimacies,

**By leaving unexamined the relationship between racial formation and the contemporary nation-state system, nation-centered models of comparison may conceal as much as they reveal.**

<sup>106</sup> A few recent examples in comparative law scholarship include BHANDAR, 2018; COTTROL, 2013; HERNANDEZ, 2016; MAWANI, 2009; PRASHAD, 2000; MCKINLEY, 2016; RUSKOLA, 2013.

<sup>107</sup> MOUNTZ, 2010.

<sup>108</sup> GUPTA, 2008.

<sup>109</sup> GOLDBERG, 2011, 357.

<sup>110</sup> DU BOIS, 1915, 707; ARENDT, 1998, 128.

<sup>111</sup> GOLDBERG, 2011, 365.

racialized communities and subjects for management and control.<sup>112</sup> As Goldberg writes, “it’s not that racism is reducible only to some narrow connection to colonial subjection and repression, ordering and governmentality. Colonial outlooks, interests, dispositions, and arrangements nevertheless set the tone and terms, its frameworks for conceiving and thinking about the possibility for engaging and distancing, exploiting and governing, admitting and administering those conceived as racially distinct and different.”<sup>113</sup> Social practices invented in the colonies did not always remain in the colonies. Practices of biometric identification invented in colonial India—the fingerprint, most famously—would become a routine part of criminal investigation in Europe and eventually everywhere.<sup>114</sup> Arendt famously argued that the efficiencies and brutalities rehearsed in colonial Africa were but “a preparatory stage for coming catastrophe” in Europe.<sup>115</sup>

For Goldberg, a relational approach to race and racism allows us to recover the colonial roots of contemporary, globalized racial forms. At the same time, it reminds us that race cannot be understood in isolation or as an aberration; it saturates the nation-state and its organization of the world. Where “a comparativist account undertakes to reveal through analogy” across nations or states, Goldberg suggests, “a relational account reveals through indicating how effects are brought about as the result of historical political or economic, legal or cultural links, the one acting upon another.” Where “a comparativist account contrasts and compares,” “a relational account connects, materially and affectively, causally and implicatively.”<sup>116</sup>

Let me conclude by illustrating the value of relational investigation in the context of immigration law. One of few legal academic texts devoted to the comparison of immigration laws, a volume entitled *Controlling Immigration: A Global Perspective*, surveys the immigration laws of fifteen countries, which the editors divide into three groups: “(1) nations of immigrants, in which immigration is

<sup>112</sup> COHN, 1996.

<sup>113</sup> COHN, 1996.

<sup>114</sup> See generally, COLE, 2001.

<sup>115</sup> ARENDT, 1998, 123.

<sup>116</sup> GOLDBERG, 2011, 362–63.

part of the founding national ideal; (2) countries of immigration, in which immigration has come to play an important role in social and economic development but is not part of the process of nation-building; (3) latecomers to immigration.”<sup>117</sup> The first group consists of the United States, Canada, and Australia; the second consists of seven countries of Europe; the third consists of Japan and Korea.

Besides limiting its scope primarily to the countries and settler colonies of Europe, the structure of comparison here is troubling for at least a few reasons. The first returns us to Legrand’s important critique. As even the title betrays, *Controlling Immigration* has us seeing like a state. It narrows our focus to the ordering imperatives of the state, such that we risk losing sight of countervailing perspectives (namely those of immigrants) as well as counter-authoritarian concerns (including a respect for the natural capacity of human beings to move).

Second, to group the United States, Canada, and Australia in terms of their own founding mythologies is to perpetuate a set of grievous fallacies. To identify the United States as “a nation of immigrants” is to embrace a deeply ideological construction of the national project, one that participates in the myth of American exceptionalism while refusing to acknowledge, among other things, that the “nation of immigrants” is also a settler nation.<sup>118</sup> Indigenous Americans are not immigrants; many of them refuse passports, in defiance of the ongoing crisis of colonialism in which we are all implicated.<sup>119</sup> In the past decade, scholars of Asian-American studies in the United States, who have long framed their own relation to the United States in terms of national recognition and inclusion, have recently begun to explore the complicities between Asian immigration and settler colonialism—indeed, identifying Asian Americans as participants in an ongoing settlerism.<sup>120</sup> These scholars, engaged in comparative scholarship of the relational and minor-translational varieties, have begun to raise challenging new questions about immigration and citizenship

<sup>117</sup> HOLLIFIELD, MARTIN, ORRENIUS, 2014.

<sup>118</sup> So does it obscure histories of excluding and expelling non-European immigrants—to say nothing of the still unresolved legacies of African enslavement.

<sup>119</sup> SIMPSON, 2014.

<sup>120</sup> FUJIKANE; OKAMURA, 2008; VOLPP, 2015.

in the settler colonial context, and they have done so by holding themselves accountable to indigenous others.

Finally, the structure of comparison leaves unexamined certain normative assumptions about the contemporary nation-state system. For instance, it leaves unexamined the notion that, but for some limitation, national sovereignty consists of the right to exclude unwelcome foreigners from national territory. But until the turn of the twentieth century, European nations imposed few restrictions on immigration and generally recognized “the inherent and inalienable rights of man to change his home and allegiance.”<sup>121</sup> In my own work, I have tried to show that, in the United States and other parts of the white-settler New World—so-called “nations of immigrants”—it was the mass migration of Asian laborers that prompted new formulations of sovereignty, territorial boundaries, and national identity.<sup>122</sup> In legal scholarship on immigration, as in public discourse, we often take for granted the conceptual and normative priority of nation-state borders, as though nations came first, migrants second. But as the history of Asian exclusion from the white-settler New World demonstrates, new forms of migration continuously give rise to new articulations of the nation.<sup>123</sup> Likewise, in our present, we often take for granted the relative permanence of the international system of nation-states, but this is a relatively recent arrangement, one that took shape against the backdrop of the European world war, the closing of New World frontiers, and intensification of decolonization movements in Asia and Africa. If we were to limit ourselves to describing “what the law is,” we would acknowledge only that states have broad authority to exclude foreigners. But we would fail to understand the political and historical contingencies that gave rise to our present; we would limit our imagination of alternative, more humane futures.

## CONCLUSION

At the turn of the twentieth century, white South Africans looked to the American South to devise legal solutions to their own “race

<sup>121</sup> U.S.-CHINA, 1910.

<sup>122</sup> MUNSHI, 2016.

<sup>123</sup> MUNSHI, 2016.

problem.” Two years after Mississippi introduced a literacy test and a poll tax to disenfranchise black voters, the Cape Colony adopted similar measures.<sup>124</sup> Given that the Mississippi strategy had proven so effective, the United States adopted a literacy test to restrict undesirable immigration, primarily from Southern and Eastern Europe.<sup>125</sup> The literacy test for immigration was twice vetoed in the United States but quickly adopted in Natal to restrict immigration from India.<sup>126</sup> With encouragement from the British imperial government, the literacy test was adopted in Australia, primarily to exclude Chinese immigrants.<sup>127</sup> Determined not to repeat the mistakes made in the United States—namely of relying on racialized castes of “free” or cheap labor—leaders of the new Commonwealth were careful to adopt laws that would keep Australia white.<sup>128</sup>

Colonialism has always stimulated comparisons. So has resistance to colonialism and its racial legacies. Robin D. G. Kelley reminds that the sensibility among African American scholars and activists, however varied, has always been comparative: defined by a double consciousness—what Du Bois described as “this sense of always looking at oneself through the eyes of others”—an identification with an African past and others of the African diaspora, and a solidarity with other racialized minorities in the United States and colonized peoples elsewhere.<sup>129</sup> The student movements now spreading across continents, like the transnational movement taking shape under the broad banner of *Black Lives Matter*, belong to this second, decolonizing tradition of comparative thought. In this essay, I have tried to advance a vision in which a creative and expansive comparative law might play an essential role in decolonizing and democratizing legal thought.

**Robin D. G. Kelley reminds that the sensibility among African American scholars and activists, however varied, has always been comparative [...]**

<sup>124</sup> LAKE, 2005.

<sup>125</sup> LAKE, 2005, 218.

<sup>126</sup> LAKE, 2005, 219–21.

<sup>127</sup> MARKUS, 1979.

<sup>128</sup> LAKE, 2005, 213.

<sup>129</sup> KELLEY, 1999.

## REFERENCES

AM. COMPARATIVE LITERATURE ASS'N, *ACLA Report on the State of the Discipline 2014–2015* (Ursula Heise et al. eds., 2015), [stateofthediscipline.acla.org](http://stateofthediscipline.acla.org)

AKBAR, Amna A., Law's Exposure: The Movement and the Legal Academy, 65 *J. of Legal Ed.* 352, 355 (2015).

ARENDDT, Hannah. *The Human Condition* (2d ed. 1998).

BAILEY, Phillip M. *Confederate Memorial at U of L to be Removed*, COURIER-J. (Apr. 29, 2016), <http://www.courier-journal.com/story/news/local/2016/04/29/ramsey-fischer-discuss-confederate-statue/83695160/>.

BALD, Vivek. *Bengali Harlem And The Lost Histories Of South Asian America* (2013)

BBC NEWS. *Rhodes Statue Removed in Capetown as Crowd Celebrates*, (Apr. 9, 2016), <http://www.bbc.com/news/world-africa-32236922>.

BEHDAD, Ali & THOMAS, Dominic (eds.) *A Companion To Comparative Literature* (2011).

BERNHEIMER, Charles. The Anxieties of Comparison, in *Comparative Literature In The Age Of Multiculturalism 1*, (Charles Bernheimer ed., 1996a).

\_\_\_\_\_. The Levin Report, 1965: A Report on Professional Standards, in *Comparative Literature In The Age Of Multiculturalism 1*, (CHARLES BERNHEIMER ED., 1996b).

\_\_\_\_\_. The Greene Report, 1975: A Report on Standards, in *Comparative Literature In The Age Of Multiculturalism 1*, (CHARLES BERNHEIMER ED., 1996c).

\_\_\_\_\_. Comparative Literature at the Turn of the Century: The Bernheimer Report, 1993, in *Comparative Literature In The Age Of Multiculturalism, 1*, (CHARLES BERNHEIMER ED., 1996d).

BHANDAR, Brenna. *Colonial Lives Of Property: Law, Land, And Racial Regimes Of Ownership* (2018).

BIKO, Steve, *I Write What I Like* (1978).

BOSMAN, Julie. *Chicago State, a Lifeline for Poor Blacks, is Under Threat Itself*, N.Y. TIMES (Apr. 9, 2016), <http://www.nytimes.com/2016/04/10/us/chicago-state-a-lifeline-for-poor-blacks-is-under-threat-itself.html>

BROOKS, Peter. Am I a Comparatist?, in *Building A Profession: Autobiographical Perspectives On The Beginnings Of Comparative*

*Literature In The United States 49* (Lionel Grossman & Mihai I. Spariosu eds., 1994).

BURKE, Jason. *Protests to Continue at Indian University after Student Leader's Arrest*, THE GUARDIAN (Feb. 15, 2016), <https://www.theguardian.com/world/2016/feb/15/jawaharlal-nehru-university-kanhaiya-kumar-student-arrest-india>.

BURTON, Antoinette. *Africa In The Indian Imagination* (2016).

CÉSAIRE, Aimé. *Discourse On Colonialism* (Joan Pinkham trans., 1972).

CHAN, Sewell. *Black Lives Matter Activists Stage Protests Across Britain*, N.Y. TIMES (Aug. 5, 2016), <http://www.nytimes.com/2016/08/06/world/europe/black-lives-matter-demonstrations-britain.html>.

CHAUDHURI, Amit. *The Real Meaning of Rhodes Must Fall*, The Guardian (Mar. 16, 2016), <https://www.theguardian.com/uk-news/2016/mar/16/the-real-meaning-of-rhodes-must-fall>.

CHOW, Rey. *The Age Of The World Target: Self-Referentiality In War, Theory, And Comparative Work* (2012).

COALITION STUDENTS OF COLOR GEO. U. L. CTR. *From Students of Color: An Open Letter to GULC Administration, Staff, Faculty & Students*, <https://georgetownlawcoalition.wordpress.com/2014/12/06/an-open-letter-to-gulc-administration-staff-faculty-students/> (last visited Dec. 6, 2014).

COHEN, Mathilde. *Judicial Diversity in France: The Unspoken and the Unspeakable*, 43 L. & SOC. INQ. (2018).

COHN, Bernard. *Law and the Colonial State in India*, in *Colonialism And Its Forms Of Knowledge: The British In India* 57 (1996).

COLE, Simon A. *Suspect Identities: A History Of Fingerprinting And Criminal Identification* (2001).

COTTROL, Robert J. *The Long, Lingering Shadow: Slavery, Race, And Law In The American Hemisphere* (2013).

CROCKER, Lizzie. *Is Yale's English Course Really Too 'White'?* THE DAILY BEAST, <http://www.thedailybeast.com/articles/2016/06/02/is-yale-s-english-course-really-too-white.html> (June 6, 2016)

DEMLEITNER, Nora V. *Combating Legal Ethnocentrism: Comparative Law Sets Boundaries*, 31 ARIZ. ST. L. J. 373, 737 (1999).

DU BOIS, W.E.B. *The Souls of Black Folk* (1903).

\_\_\_\_\_. *Darkwater: Voices from within the Veil* 23 (1999).

\_\_\_\_\_. Indians and American Negroes, ca. March 1936, in *Du Bois , W.E.B. Papers (Ms 312)* (Special Collections Univ. Archives, Univ. Mass. Library), (1936) <http://credo.library.umass.edu/view/full/mums312-b209-i028>.

\_\_\_\_\_. The Color Line Belts the World, in *Du Bois , W.E.B: A Reader 42* (David Levering Lewis ed., 1st ed. 1995).

\_\_\_\_\_. The African Roots of the War, *Atlantic Monthly*, May 1915.

DUBLER, Ariela R. Immoral Purposes: Marriage and the Genus of Illicit Sex, 115 *YALE L. J.* 756 (2006).

DUVE, Thomas. Entanglements in Legal History: Introductory Remarks, in *Entanglements In Legal History 7* (Thomas Duvé ed., 2014).

EDWARDS, Brent Hayes. *The Practice Of Diaspora: Literature, Translation, And The Rise Of Black Internationalism* (2003).

FANON, Franz. *Black Skin, White Masks* (1952).

\_\_\_\_\_. *The Wretched Of The Earth* (1961).

FERRIS, Davis. Why Compare? in *A Companion To Comparative Literature 75*, 75 (Ali Behdad & Dominic Thomas eds., 2011).

FRANKENGERG, Gunter. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, 26 *HARV. INT’L L. J.* 411 (1985).

FUJIKANE, Candace & OKAMURA, Jonathan Y. *Asian Settler Colonialism: From Local Governance To The Habits Of Everyday Life In Hawaii* (2008)

GARFIELD, Jay L. & VAN NORDEN, Bryan W. *If Philosophy Won’t Diversify, Let’s Call It What it Really Is*, *N. Y. TIMES* (May 11, 2016).

GOLDBERG, David Theo. The Comparative and the Relational: Meditations on Racial Method, in *A Companion To Comparative Literature 75*, 75 (Ali Behdad & Dominic Thomas eds., 2011).

GOURGOURIS, Stathis. The Poiein of Secular Criticism, in *A Companion To Comparative Literature 75*, 75 (Ali Behdad & Dominic Thomas eds., 2011).

GROSS, Ariela J. *What Blood Won’t Tell: A History Of Race On Trial In America* (2010).

GUPTA, Akhil. Beyond ‘Culture’: Space, Identity, and the Politics of Difference, 7 *Cultural Anthropology* 6, 6 (2008).

HALLEY, Janet. My Isaac Royall Legacy, 24 *HARV. BLACKLETTER L. J.* 117, 120 (2008).

HAR. L. COALITION. *Letter to Dean Minow and Harvard Law School Administration*. [harvardlawcoalition.wordpress.com](http://harvardlawcoalition.wordpress.com) (Dec. 7, 2014).

HERNANDEZ, Tanya Kateri. Envisioing the United States in the Latin American Myth of “Racial Democracy Mestizaje,” 11 *LATIN AM. AND CARIBBEAN ETHNIC STUDIES* 189-205 (2016).

HOLLIFIELD, James, MARTIN, Philip. & ORRENIUS, Pia (eds.). *Controlling Immigration: A Global Perspective IX*, 3rd ed. (2014).

HORNE, Gerald. *The End Of Empires: African Americans And India* (2008).

JASCHIK, Scott. *The Law Professor Who Answered Back*, INSIDE HIGHERED, <https://www.insidehighered.com/news/2016/07/12/law-professor-responds-students-who-complained-about-her-black-lives-matter-shirt> (July 12, 2016).

KADIR, Djelal. To World, To Globalize: World Literature’s Crossroads, in *World Literature In Theory* 364 (David Damrosch ed., 2014).

KELLEY, Robin D. G. ‘But a Local Phase of a World Problem’: Black History’s Global Vision, 86 *J. OF AM. HIST.* 1045, 1045–51 (1999).

LAKE, Marilyn. From Mississippi to Melbourne via Natal: the Invention of the Literacy Test as a Technology of Racial Exclusion, in *Connected Worlds: History In Transnational Perspective* 208, 216 (Ann Curthoys & Marilyn Lake eds., 2005).

LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, 45 *HARV. INT’L L. J.* 1 (2004).

LEGRAND, Pierre. Jameses at Play: A Traction on the Comparison of Laws, 65 *Am. J. Comp. L. (Special Issue)* 1 (2017). <http://www.pierre-legrand.com/jameses-at-play.pdf>

LIONNET, François & SHIH, Shu-mei. Introduction: Thinking Through the Minor, Transnationally, in *Minor Transnationalism* (François Lionnet & Shu-mei Shih eds., 2005).

LOWE, Lisa. *The Intimacies Of Four Continents* (2015).

MADENGA, Tadiwa. *Rhodes Legacy: From Dylan Roof to Oxford*, SKIN DEEP MAG., <http://www.skindeepmag.com/online-articles/rhodes-legacy-from-dylann-roof-to-oxford/> (last visited Aug. 13, 2016).

MARKESINIS, Basil S. Comparative Law In The Courtroom And The Classroom: The Story Of The Last Thirty-Five Years 50 (2003).

MARKUS, Andrew. *Fear And Hatred: Purifying Australia And California, 1850–1901*, XI (1979).

MAWANI, Renisa. *Colonial Proximities: Crossracial Encounters And Juridical Truths In British Columbia, 1871–1921* (2009).

MBEMBE, Achille. Professor, Wits Inst. Soc. Econ. Res, WISER Public Lecture: Decolonizing Knowledge and the Question of the

Archive (2015), <http://wiser.wits.ac.za/system/files/Achille%20Mbembe%20-%20Decolonizing%20Knowledge%20and%20the%20Question%20of%20the%20Archive.pdf>.

MCKINLEY, Michelle. *Fractional Freedoms: Slavery, Intimacy, And Legal Mobilization In Colonial Lima, 1600-1700* (2016).

MEREDITH, Martin. *Diamonds, Gold, and the War: The British, the Boers, and the Making of South Africa* 127 (2008).

MOUNTZ, Allison. *Seeking Asylum: Human Smuggling And Bureaucracy At The Border* (2010).

MUNSHI, Sherally. 'You Will See My Family Became So American': Toward a Minor Comparativism, 63 AM. J. OF COMP. LAW 656, 664 (2015).

\_\_\_\_\_. Immigration, Imperialism and the Legacies of Indian Exclusion, 28 YALE J. OF L. & HUMANITIES 51 (2016).

NEUMAN, Scott. *Jefferson Davis Statue Comes Down at University of Texas*, NPR (Aug. 30, 2015), <http://www.npr.org/sections/thetwo-way/2015/08/30/436072805/jefferson-davis-statue-comes-down-at-university-of-texas>

N. Y. TIMES. Editorial, *The Case Against Woodrow Wilson*, (Nov. 24, 2015), <http://www.nytimes.com/2015/11/25/opinion/the-case-against-woodrow-wilson-at-princeton>

NPR NEWSHOUR. *How Ferguson Influenced the Student Uprising and Mizzou: Interview with Brenda Smith-Lezama of the University of Missouri Students Association*, (Nov. 9, 2015), <http://www.pbs.org/newshour/bb/student-revolt-ferguson-ousted-mizzou/>

PARKER, Claire E. *Law School Activists Occupy Student Center*, HARV. CRIMSON (Feb. 17, 2016), <http://www.thecrimson.com/article/2016/2/17/activists-occupy-wasserstein>

PASCOE, Peggy. *What Comes Naturally: Miscegenation Law And The Making Of Race In America* (2009).

PRASHAD, Vijay. *The Karma Of Brown Folk* (2000)

RANA, Aziz. *Colonialism and Constitutional Memory*, in 5 U.C. IRVINE L. REV. 263 (2015).

REIMANN, Mathias. *Stepping out of the European Shadow: Why the United States Must Develop Its Own Agenda*, 46 AM. J. OF COMP. LAW 637, 639 (1998).

REMNICK, Noah. *Yale Grapples with Ties to Slavery in Debate Over a College's Name*, N.Y. Times (Sep. 11, 2015) <http://www.nytimes.com/2015/09/12/nyregion/yale-in-debate-over-calhoun-college-grapples-with-ties-to-slavery>.

- RUSKOLA, Teemu. *Legal Orientalism* (2013).
- RUSSELL POLLIT, S.J., *Student Protest in South Africa: #RhodesMustFall*, *Am. Mag.: Nat'l Cath. Rev.* (Mar. 27, 2015), <http://americamagazine.org/content/dispatches/student-protest-south-africa-rhodesmustfall>.
- RHYS, Jean. *Wide Sargasso Sea* (1966).
- S. AFR. HIST. ONLINE, *Cecil John Rhodes*, *S. Afr. Hist. Online: Towards a People's Hist.* 2016 <http://www.sahistory.org.za/people/cecil-john-rhodes> (last visited Aug. 13, 2016)
- SAID, Edward. *Culture and Imperialism* 43–61 (1993).
- SAUSSY, Haun. *Exquisite Cadavers Stitched from Fresh Nightmares: Of Memes, Hives, and Selfish Genes*, in *COMPARATIVE LITERATURE IN THE AGE OF GLOBALIZATION 3* (Haun Sassy ed., 2006).
- SHAH, Nayan. *Stranger Intimacy: Contesting Race, Sexuality, And The Law In The North American West* (2011).
- SIMPSON, Audra. *Mohawk Interruptus: Political Life Across The Borders Of Settler States* (2014).
- SINHA, Manisha. *The Slave's Cause: A History Of Abolition* (2016) (book jacket).
- SINGH, Nikhil Pal. *Black Is A Country: Race And Unfinished Struggle For Democracy* (2005).
- SLATE, Nico. *Colored Cosmopolitanism: The Struggle For Freedom In The United States And India* (2012).
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty & DAMROSCH, David. *Comparative Literature / World Literature: A Discussion*, in *World Literature In Theory* 364 (David Damrosch ed., 2014).
- \_\_\_\_\_. *Death of a Discipline* (THE WELLEK LIBRARY LECTURES) 72 (2003).
- \_\_\_\_\_. *Ethics and Politics in Tagore, Coetzee, and Certain Scenes of Teaching*, 32:2 *DIACRITICS* 17, 37 (2002).
- \_\_\_\_\_. *Afterword to JACQUES DERRIDA, OF GRAMMATOLOGY* 345 (Gayatri Chakravorty Spivak trans., 2016).
- TAYLOR, Goldie. *Exclusive: Bree Newsome Speaks For The First Time After Courageous Act of Civil Disobedience*, *BLUE NATION REV.* (June 29, 2015), <http://archives.bluenationreview.com/exclusive-bree-newsome-speaks-for-the-first-time-after-courageous-act-of-civil-disobedience/>
- U.S.-CHINA. *Burlingame-Seward Treaty*, U.S.-China, July 28, 1868, 1 U.S.T.I.A. 234 (1910).

VOLPP, Leti. The Indigenous as Alien, 5 U.C. IRVINE L. REV. 289 (2015).

WA THIONG'O, Ngugi, *Decolonising the Mind* (1986).

WELLEK, René. The Crisis of Comparative Literature, in *Concepts Of Criticism* (Stephen G. Nichols, Jr. ed., 1963a).

\_\_\_\_\_. The Revolt Against Positivism in Recent European Literary Scholarship, in *Concepts Of Criticism* (Stephen G. Nichols, Jr. ed., 1963b).

WOLIN, Richard. *The Wind From The East: French Intellectuals, The Cultural Revolution, And The Legacy Of The 1960s* (2012).

WOODSON, Carter G. *The Miseducation of the Negro* (1933).

ZAPPI, Sylvia. *Rassemblement à Paris de 'Black Lives Matter France' après la mort d'Adama Traoré*, LE MONDE (July 23, 2016), [http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/07/23/assemblement-a-paris-de-black-lives-matter-france-apres-la-mort-d-adama-traore\\_4973930\\_1653578.html](http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/07/23/assemblement-a-paris-de-black-lives-matter-france-apres-la-mort-d-adama-traore_4973930_1653578.html).

## ENTREVISTA COM A PROFESSORA ANA LUCIA DE LYRA TAVARES

**José Ribas Vieira**  
Professor Titular da  
Universidade Federal  
do Rio de Janeiro,  
Rio de Janeiro, RJ.  
jribas@direito.ufrj.br

**Deo Campos Dutra**  
Professor da Faculdade  
Doctum, Juiz de Fora, MG.  
deo\_campos@yahoo.com.br

Ana Lucia de Lyra Tavares é Professora Assistente da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**1.** *O Direito Comparado é considerado uma área que desperta o interesse de juristas naturalmente curiosos. Como você entende essa afirmação?*

**R.** Reporto-me ao que usualmente acontecia, há mais de 40 anos atrás, quando a disciplina começou a ser ministrada na graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio, em caráter eletivo. Na orientação para a matrícula, os professores encarregados dessa atividade, eram indagados pelos alunos sobre o significado da expressão “Direito Comparado”. O que se comparava, com que se comparava, era um cotejo do direito brasileiro em relação ao estrangeiro? A curiosidade era sanada na primeira aula, durante a qual se explicitava que o Direito Comparado visa comparar os sistemas jurídicos entre si, seja em seu sentido amplo, de famílias de direito (como a romano-germânica e a de “common law”) seja em sua acepção restrita de ordenamentos jurídicos nacionais. O direito brasileiro pode ser, mas não obrigatoriamente é claro, um dos termos da comparação. A essa natural curiosidade discente some-se aquela dos docentes, particularmente os brasileiros, que, de regra, se interessam pelas experiências jurídicas estrangeiras, embora nem sempre empreendam estudos de

Direito Comparado, isto é, de efetivo cotejo de normas, institutos, princípios entre sistemas jurídicos diversos. Concentram-se, antes, na descrição do direito estrangeiro, chegando a uma justaposição, mas não a uma efetiva comparação. Esta comparação pressupõe a identificação de semelhanças e diferenças em torno de determinados aspectos básicos (a que chamamos de variáveis). As diferenças, como prelecionava o eminente comparatista René David, nunca são gratuitas. Há sempre uma justificativa para elas. Penso que a curiosidade integra a natureza do pesquisador de qualquer área. No caso do Direito Comparado, ele oferece um rico manancial de elementos para alimentá-la constantemente.

**2.** *Como foi seu caminho até a docência na PUC Rio e na pós-graduação em Direito? A sua formação em Direito Romano influenciou este caminho?*

**R.** Nossa turma de 1967 da PUC está completando neste final de ano 50 anos de formada. Como passaram rápido! Não havia pensado, até então, em ser professora de direito. Em 1966, fiz concurso para o então Estado da Guanabara para ministrar aulas de francês, pois havia finalizado o curso da Aliança Francesa. Em 1970, tive a oportunidade de cursar o doutorado na França. Aconselhada por um ilustre advogado e amigo, Ronaldo Borgerth Teixeira, inscrevi-me no curso de Direito Comparado da Universidade de Paris II. Ao retornar, fiquei trabalhando na antiga Escola de Serviço Público do Estado da Guanabara (ESPEG). Com o doutorado já revalidado, após o exame da tese que tratou de um estudo comparado sobre o Estado e o direito à educação na França e no Brasil, avaliação esta empreendida por uma comissão indicada pelo Conselho Federal de Educação, integrada pelos Professores Pedro Calmon, Afonso Arinos e Haroldo Valladão, continuava a trabalhar na ESPEG, local em que, por obra do destino, reencontrei o meu antigo professor de direito romano na PUC, o saudoso Professor Vicente Sobrino Porto. Sabedor do meu doutoramento em Direito Comparado, ele me levou para a PUC, em 1976, ano em que a cadeira foi introduzida em nível de graduação. Em 1982, o Professor Celso Duvivier de Albuquerque Mello, também meu antigo professor, ciente de que eu era pesquisadora de Direito Constitucional comparado na Fundação Getúlio Vargas, desde 1977, para aonde fora levada pelo meu antigo Professor Themístocles

Brandão Cavalcanti, propôs o meu nome para ensinar essa disciplina na pós-graduação do Departamento. Sobressaem dessas indicações, que não houve, de minha parte, diversamente do que ocorre com muitos, um planejamento de etapas e de experiências para um preparo em vista da comparação no campo do direito. As circunstâncias favoráveis se apresentaram e eu procurei aproveitá-las da melhor forma, obviamente, dentro de minhas motivações e preferências e ciente de que nada é por acaso. Assim, o direito romano, matéria que viria a lecionar durante cerca de 13 anos, na graduação da PUC, ao mesmo tempo em que prosseguia no magistério do Direito Comparado, reapareceu na minha vida, como recordei acima, na pessoa do Professor Vicente Sobrino Porto. Não estabeleci, pois, uma meta de me aprimorar primeiro no direito romano para, em seguida, abordar o Direito Comparado. Aconteceu o contrário. Foi a partir do estudo da família romano-germânica e do das recepções do direito romano em vários sistemas jurídicos que despertei para a necessidade de aprimorar as minhas investigações nesse campo. Indagada pela professora Celina Bodin de Moraes, então Diretora do Departamento de Direito da PUC-Rio, se gostaria de ministrar, na graduação, aulas de Direito Constitucional ou de direito romano, não hesitei em escolher este último. Esta escolha mostrou-me novos ângulos de pesquisa no Direito Comparado. De qualquer modo, seja por um caminho de circunstâncias pessoais, seja por via de planejamento, é inegável que a interação dos estudos de direito romano e de Direito Comparado é fundamental.

### *3. Quais juristas a senhora sempre procura acompanhar a pesquisa e produção?*

**R.** Há alguns pressupostos a serem aqui considerados. Por um lado, os estudos comparativos no campo jurídico requerem uma grande abertura nas fontes de pesquisa, sem a eleição prévia de um determinado autor ou grupo linguístico. É esta abertura que favorece o conhecimento mais exato de experiências jurídicas estrangeiras, sem um olhar que condicione a nossa análise, ocultando, por vezes, aspectos fundamentais para a compreensão do contexto pesquisado. Por outro lado, é natural que privilegiemos a leitura nos idiomas que nos sejam mais familiares. O aconselhável é o conhecimento do maior número possível de idiomas estrangeiros, para evitar

a dependência das traduções. Há que se ter, em conta, também, outros ângulos. Um deles é a perspectiva que o pesquisador está privilegiando. Se se buscar o conhecimento dos aspectos gerais da disciplina, há certos nomes de referência obrigatória, antigos e mais recentes, tais como Edouard Lambert, Gutteridge, Mario Rotondi, Wahrendort, Zweigert, Rodolfo Sacco, René David, Rheinstein, Mer-ryman, enfim, uma plêiade de juristas. Se se enveredar para o campo da metodologia do Direito Comparado, tem-se que verificar se se trata de estudo dos seus aspectos teóricos, ou de um levantamento de experiências da comparação jurídica. No meu caso, mais do que as indagações teóricas sobre a metodologia do Direito Comparado, procurei autores que me nortegassem na prática efetiva da comparação no direito e nos estudos de circulação de modelos jurídicos. Para tanto, nomes como os de René David, Mauro Cappelletti, Marc Ancel, Constantinesco, Papachristos atraíam, de pronto, a minha atenção. Outro ângulo a direcionar as escolhas bibliográficas é o próprio ramo do direito objeto da comparação, que requer indicação específica dos elementos a serem cotejados, o que leva muitos mestres de disciplinas específicas a desenvolverem destacados estudos comparativos. Por exemplo, o Direito Constitucional comparado tem os seus autores consagrados, como Di Ruffia, Giuseppe de Vergottini; no direito civil comparado, dependendo da parte analisada, avultam outros autores. É o caso de André Tunc, na esfera dos estudos de responsabilidade civil. No Brasil contemporâneo, temos ilustres comparatistas especialistas de determinadas áreas jurídicas, como: os Professores Arnold Wald e a Professora Véra Fradera, da UFRGS, no direito contratual comparado; o Professor Ivo Dantas, no Direito Constitucional comparado; o Professor Francisco Amaral, nas diversas partes do direito civil. E, anteriormente, o Professor Caio Mario da Silva Pereira, o Professor Raul Machado Horta, o Professor Haroldo Valladão, e tantos outros mestres.

**4.** *Se a senhora pudesse escolher algumas obras (literatura jurídicas e não jurídicas) que mais a influenciaram, quais seriam?*

**R.** Sem prejuízo das reflexões acima, é natural que, no campo do Direito Comparado, geral e específico, como também no do direito romano, em sua interação, com o Direito Comparado, certas obras sejam primeiramente consultadas, sem prejuízo da necessária

abertura para outras fontes de pesquisa, incluindo os periódicos da área. Destacaria, então: os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo, de René David; a utilidade e o método do Direito Comparado, de Marc Ancel; a consulta regular ao Tratado de Ciência Política de Georges Burdeau; direito flexível, de Jean Carbonnier, a Tradição da Civil Law, de Merryman; Legal transplants, de Alan Watson; A Europa e o direito romano, de Koschaker. Em plano geral jurídico, menciono os estudos de Lord Denning, de Georges Ripert, de René Savatier. Em nível não jurídico, aficcionada que sou da literatura francesa, “As cartas persas”, de Montesquieu, os ensaios, de Montaigne, as obras de Flaubert. Estou tentando, agora, retomar a leitura de certos livros que foram apenas percorridos durante a vida acadêmica ativa, como os pensamentos de Pascal. Por outro lado, destaco estudos clássicos sobre o Brasil, infelizmente ignorados hoje, como é o caso de Bandeirantes e Pioneiros, de Vianna Moog, os de Silvio Romero. Ainda em plano não jurídico, tenho procurado ler e reler livros da doutrina e da prática católica. Retornei aos textos de Jacques Maritain, de Gustavo Corção, de Henri Nouwen, de Inácio Larrañaga. Atualmente, estou procurando ler os livros de Thomas Merton, monge beneditino americano, interesse despertado a partir de um seminário promovido pela PUC-Rio, e, sobretudo depois que tive a chance de poder fazer um retiro promovido pela Sociedade dos Amigos de Thomas Merton, pregado por Dom Bernardo Bonowits, também monge beneditino e Abade do Mosteiro Nossa Senhora do Novo Mundo, no Paraná. Ele tem uma história atípica, pois é americano e era judeu, tenho sido batizado aos 19 anos. Vale acompanhar na internet as suas entrevistas.

## SALA DE AULA

1. *O termo “Direito Comparado” já teve seu conceito e sentido como objeto principal das reflexões de grande parte dos diversos autores que trabalharam neste campo do direito. Ainda hoje parece haver um verdadeiro « fetiche » em discutir o tema, assim como a questão da metodologia. Para a senhora, este debate já está superado, ou não? Na sua concepção qual seria o sentido que o termo “Direito Comparado” possui?*
- R. A partir do momento em que se esclareça que o Direito Comparado visa ao cotejo de sistemas jurídicos, espacialmente e mesmo

temporalmente distintos, numa acepção macro (de grandes famílias de direito) ou num enfoque micro, de ordenamentos jurídicos nacionais), como ressaltado na primeira resposta, considero que o prosseguimento da análise sobre o significado do termo perde muito do seu interesse, não obstante as reflexões de valor teórico que ele possa suscitar. Em relação à questão da metodologia do Direito Comparado, tão em voga, há um estudo do Professor Uwe Kischel, assistente do eminente Professor Drobniig, do Max Planck Institute que traça, com precisão, o quadro de correntes relativas ao estudo e à prática do Direito Comparado na contemporaneidade<sup>1</sup>. De um lado, os que defendem o aporte das ciências sociais nos métodos de comparação, com proposições preexplicativas dos estudos a serem realizados, desvalorizando, muitas vezes, os estudos juscomparativos; de outro, os seguidores do Direito Comparado tradicional, entre os quais certamente me incluo, que buscam identificar as semelhanças e diferenças dos contextos jurídicos sem explicações prévias ou hipóteses de trabalho. O que se almeja é levantar os elementos em maior número possível que levem ao conhecimento, o mais completo, do outro contexto jurídico. Transpondo-se para as relações sociais, é como se ao conhecer-se alguém, as nossas ideias preconcebidas sobre a pessoa, toldassem o conhecimento dessa mesma pessoa. Recordo-me, a propósito, do pensamento de Krisnamurti, grande mestre hindu, sobre o conhecimento distorcido de uma simples árvore, visto que não a vemos como é, mas como imaginamos que ela seja.

**2.** *Zweigert e Kotz afirmam que o primeiro objetivo do Direito Comparado é o conhecimento. Entretanto, o Direito Comparado possuiria mais quatro objetivos específicos para os autores, quais sejam: prover material para o legislador; servir de instrumento para a interpretação; desempenhar seu papel na Universidade e finalmente auxiliar na constituição de uma “supranational unification of law”<sup>2</sup>. Zweigert e Kotz exauriram os objetivos desta ciência ou há ainda algo a acrescentar?*

**R.** Acrescentaria um outro aspecto utilitário do Direito Comparado que é o da promoção da paz. O saudoso Professor Haroldo Valladão,

<sup>1</sup> KISCHEL, 2016, pp. 907-926

<sup>2</sup> ZWEIGERT; KOTZ, 1984, pp. 16-17.

eminente mestre de Direito Internacional Privado e de Direito Comparado, disciplinas que se relacionam intimamente, enfatizava que um dos grandes objetivos do Direito Comparado é o aprofundamento da compreensão internacional para a busca da paz. O Professor René David, destacava, igualmente, este aspecto. Considero fundamental este objetivo. É da compreensão, do conhecimento do sistema do outro, em última análise, do outro, que se pode caminhar na busca da paz. Isso não significa que a meta de harmonização, alguns dizem, de unificação jurídica, passe por cima do respeito às identidades nacionais. Faz parte, precisamente, da compreensão, o reconhecimento de traços fundamentais das partes envolvidas que devem ser respeitados. Considero decepcionante e temerária a fixação de metas de harmonização jurídica ditadas, predominantemente, por interesses econômicos, descuidando-se do respeito às identidades culturais das partes envolvidas.

**3.** *Para Rodolfo Sacco, o Direito Comparado deve ser compreendido como um conhecimento crítico do direito<sup>3</sup>. Já para Horatia Muir Watt, o Direito Comparado, quando bem utilizado, é uma fonte inesgotável de interrogação, de reflexão e deve ser considerado como uma importante abertura para novas razões jurídicas<sup>4</sup>. O comparatista é um jurista inconformado com as formas prevalentes da ciência em que ele está envolvido?*

**R.** No meu entender, as posturas críticas e de interrogações sobre a realidade jurídica podem suceder aos estudos comparativos, mas não os condicionar. O grande mérito dos estudos juscomparativos é o de propiciar a compreensão, sem preconceitos, sem entendimentos prévios que distorçam a análise dos contextos jurídicos examinados, ótica, majoritariamente adotada pelos comparatistas aqui citados. Feita a comparação, dependerá de cada um identificar no Direito Comparado o tipo de contribuição que ele pode dar para o entendimento e até mesmo para a modificação da realidade jurídica.

<sup>3</sup> SACCO, 1991. p.115

<sup>4</sup> WATT, 2000, p. 503

## PESQUISA CIENTÍFICA

1. *A senhora foi orientada por Denis Lévy, professor de direito público francês, na Universidade de Paris-Assas. Já em 1950, ele escrevia sobre temas ligados direito público comparado, notadamente o constitucional e o administrativo. É dele a influência que levou a senhora para o caminho do direito público comparado, tão raro entre os juristas brasileiros? Porque, no Brasil, tão poucos publicistas fazem efetivamente a comparação jurídica?*

R. Aqui, também, as circunstâncias de vida preponderaram na escolha. Como professora, desde o nível do então chamado segundo grau, até o superior, sempre me interessei pela educação e por questões do Direito Constitucional e administrativo. Na França, ao mesmo tempo em que fazia o curso de doutorado em Paris II (Panthéon), fiz também, o mestrado em ciências da educação (Paris, V), na realidade não equivalente ao que seria o nosso mestrado, mas um curso de aprimoramento na área. Após conversas com o Professor Denis Lévy, a proposta de um estudo sobre o direito à educação na França e no Brasil vingou. Desta forma, o meu interesse pelo direito público comparado, notadamente o constitucional, foi tomando corpo. Posteriormente, tive o privilégio de trabalhar no Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, inicialmente com o Professor Themístocles Cavalcanti, conforme mencionei acima, e depois, com o Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Um, grande administrativista, o outro, emérito constitucionalista. O aprendizado que deles pude receber, somente fortaleceu o meu interesse pelos estudos no campo do direito público comparado, notadamente, do Direito Constitucional comparado.

2. *Ao analisar os argumentos de Direito Comparado usados pelo STF, os professores Cecília Caballero (UFRJ) e Gabriel Lima Marques (UNIFAP) concluem, em recente estudo, que*

[..] a utilização do arcabouço alienígena pelo Supremo tem sido levada à frente por seus juízes de modo embaçado, incoerente e mais do que isso, descomprometido, tal fato acaba concorrendo tanto para a diminuição das potencialidades do mencionado material<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> LOIS; MARQUES, 2015.

*Podemos levar essa importante e angustiante conclusão dos autores para o campo da pesquisa científica brasileira?*

**R.** Foi a mesma conclusão a que chegamos, a Professora Adriana Vidal de Oliveira, também professora de Direito Comparado da PUC-Rio, e eu, no relatório do Brasil ao Congresso Internacional de Direito Comparado, de 2014, realizado em Viena. Após respondermos ao longo questionário elaborado pela Professora Marie Claire Ponthoreau para a seção de Direito Constitucional do referido Congresso sobre os recursos aos precedentes estrangeiros pelo juiz constitucional, com base em vasta e trabalhosa análise das ações constitucionais julgadas perante o Supremo Tribunal Federal, de 1988 a 2012, constatamos que a convicção pessoal de cada juiz predomina na escolha dos precedentes estrangeiros, na maioria das vezes, sem esclarecimento sobre os critérios para a seleção dos mesmos. Tais precedentes são citados, a título de exemplo, para ilustrar e fortalecer a argumentação do juiz. Há, assim, uma escolha estratégica, visando a realçar a parte que reforça a tese judicial, sem uma preocupação maior de examinar outros aspectos que não se enquadrem nos objetivos aludidos.

**3.** *Alguns autores, como Ran Hirschl, argumentam que há uma profunda diferença epistemológica entre a comparação em Direito Constitucional do final do século vinte e do início do século XXI. Como consequência, continua o autor, hoje é impossível estudar o Direito Comparado sem um forte componente de interdisciplinaridade intrinsecamente envolvido no processo, envolvendo o campo da Filosofia e, especialmente, a Ciência Política. Desta maneira, hoje seria mais apropriado falar em estudos constitucionais comparados e não Direito Constitucional comparado.<sup>6</sup> Para a senhora, qual o papel da interdisciplinaridade no estudo do direito público comparado e, em especial, no Direito Constitucional comparado?*

**R.** A interdisciplinaridade sempre foi a tônica nos estudos de Direito Comparado e de Constitucional Comparado, particularmente em relação aos aportes da Sociologia Política, da História, da Ciência Política e de tantas disciplinas que concorrem para iluminar os

<sup>6</sup> HIRSCHL, 2014, p. 151.

contextos constitucionais examinados. Se nas perspectivas dos estudos germânicos e italianos, esta interação não se dá tanto nos títulos das obras, mas nos textos que elas contêm, na ótica francesa os estudos de Direito Constitucional, e por maior razão, os de Direito Constitucional comparado, figura nos próprios enunciados dos manuais, que indicam tratar-se de estudos de Direito Constitucional e de instituições políticas. Sob o prisma anglo-saxão, tal interdisciplinaridade também, de há muito, é efetivada. Sabendo-se, pois, que a expressão “Direito Constitucional comparado” pressupõe, por entendimento consolidado, esta interdisciplinaridade, no meu entender, ela continua válida para indicar o amplo espectro que as suas investigações recobrem. Isso não significa que a expressão « estudos constitucionais comparados » não tenha o seu lugar, mas certamente ela é mais imprecisa e fluida do que a anterior. O principal, penso eu, é que haja correspondência entre o título e a análise desenvolvida. Um texto que focalize apenas aspectos históricos ou sociológicos não será, certamente, um texto de Direito Constitucional comparado ou um estudo comparado sobre matéria constitucional. Tive a oportunidade de abordar essa questão no texto “Nota sobre as dimensões do Direito Constitucional comparado”, publicado no número 14 da Revista Direito, Estado e Sociedade do Departamento de Direito da PUC-Rio ([www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/download/353/326](http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/download/353/326))<sup>7</sup>

## FUTURO

**1.** *Para a senhora, porque um jovem pesquisador hoje deve dedicar seu tempo a estudar uma disciplina que sequer é citada pelas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, como o Direito Comparado? Ele não corre o risco de se ver sem espaço na academia brasileira?*

**R.** A meu ver, a pesquisa jurídica não deve ficar limitada aos ramos do Direito, isto é, àqueles positivados e que regulam determinadas áreas da atividade social. São precisamente as disciplinas parajurídicas, isto é, auxiliares do estudo do direito, que propiciam o estudo amplo dos mesmos ramos em seus múltiplos desdobramentos. São disciplinas auxiliares, ou parajurídicas, o direito romano, a história

<sup>7</sup> TAVARES, 1999.

do direito, a sociologia jurídica, o Direito Comparado e muitas outras. Um pesquisador que se limitasse ao estudo dos ramos positivados certamente ficaria muito limitado em seu saber jurídico e aí sim, poderia correr o risco de ficar sem espaço na academia brasileira. Seu universo reduzido dificilmente lhe permitiria competir com outros pesquisadores, que, ao contrário, houvessem ampliado a sua área de conhecimento, permitindo-lhes galgar outros patamares acadêmicos nacionais e estrangeiros.

**2.** A senhora é considerada um exemplo de pesquisadora e professora de Direito Comparado, ao mesmo tempo é uma inspiração para muitos jovens estudantes. O que é, para a senhora, um bom comparatista? E o que é preciso fazer para sê-lo?

**R.** Não me considero como tal. Talvez esta afirmativa decorra do entusiasmo que sempre imprimi nas minhas aulas, fascinada pela riqueza dos aportes do Direito Comparado, seja na vida acadêmica, seja na vida pessoal, com o amadurecimento cultural que ele propicia. Procurei transmitir esse entusiasmo aos alunos nesses 40 anos de magistério da disciplina. Em seu decorrer, percebi, de um lado, que é fundamental a atualização constante dos dados, de diversas ordens, inclusive interdisciplinar, e que constituem a base dos estudos juscomparativos. De outro, a importância de serem os estudos comparativos empreendidos sem juízos de valor. Os sistemas jurídicos (em sentido amplo ou no restrito) não são melhores nem piores. São diferentes. A compreensão de suas peculiaridades numa disposição de total isenção é necessária para a confiabilidade desses estudos. Não se trata de procurar elementos na comparação para justificar opiniões pessoais. Trata-se de efetuar um levantamento, o mais exato possível, que confira uma base confiável à comparação.

**3.** O Direito já passa há alguns anos pelo inevitável processo de internacionalização/ transnacionalização. Como o Direito Comparado enfrenta esse importante desafio para os pesquisadores no campo do direito público?

**R.** A intensificação dos movimentos globais e de circulação de pessoas levou a uma valorização dos estudos de Direito Comparado, entendido este como um instrumento valioso para a harmonização

dos sistemas, tendo em vista, sobretudo, as metas de organismos regionais e internacionais. É usual que nas publicações o Direito Comparado figure ao lado do direito internacional e global. Entretanto, como acima notamos, os objetivos de harmonização jurídica não devem levar a que as identidades jurídicas nacionais sejam ignoradas. Ao contrário. Elas devem ser consideradas sobretudo para o conhecimento da viabilidade de certas aproximações entre grupos. O notável crescimento dos movimentos migratórios em nosso século constitui, sem dúvida, um desafio para a colocação em prática, por parte dos comparatistas, daqueles objetivos ínsitos à disciplina, acima referidos.

## REFERÊNCIAS

HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press: Nova York, 2014.

KISCHEL, Uwe. La méthode en droit comparé. L'approche contextuelle. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 68, n. 4, 2016.

LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. O Supremo Tribunal Federal e o Argumento de Direito Constitucional Comparado: Uma Leitura Empírica a partir dos Casos de Liberdade de Expressão no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 47, 2015.

SACCO, Rodolfo. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Economica: Paris, 1991.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Nota sobre as dimensões do Direito Constitucional comparado. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 14, 1999.

WATT, Horatia Muir. La fonction subversive du droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 52, n. 3, 2000.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford University Press: Nova York, 1987.

# O DIREITO COMPARADO COMO INTERPRETAÇÃO E COMO TEORIA DO DIREITO<sup>12</sup>

Tradução:

**Heloïse Pandelon**

Bacharel em Direito  
pela Université Paris 1  
– Panthéon Sorbonne  
e mestre em direito  
internacional e comparado  
pela Université Paris 1 –  
Panthéon Sorbonne.  
Paris, França.  
heloise.pandelon@gmail.  
com

Autor: Otto Pfersmann

Diretor do Centre d'Études des Normes Juridiques da École des Hautes  
Études en Sciences Sociales (EHESS). Contato: otto.pfersmann@ehess.fr.

## INTRODUÇÃO

O direito comparado é uma disciplina curiosa. Por muito tempo considerado como exótico e sem real incidência, afirma hoje seu lugar nos cursos universitários assim como na prática. Um pouco de direito comparado tornou-se indispensável em toda pesquisa de doutorandos e todo juiz ou legislador consulta dados estrangeiros antes de se aventurar na construção de uma nova regulamentação ou na produção de uma decisão inédita. O direito comparado apresenta novas ambições e reivindica toda competência em matéria de unificação do direito e até mesmo de autenticidade e pertinência das soluções nacionais. A “globalização” do direito, assim como a interpretação progressiva dos ordenamentos jurídicos, reforçada pelo avanço dos ordenamentos jurídicos supranacionais, parece dar toda legitimidade

<sup>1</sup> Título original: “Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit”. Revue internationale de droit comparé-, 2, pp. 275-288. 2001. Disponível em: <[http://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2001\\_num\\_53\\_2\\_17976](http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2001_num_53_2_17976)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>2</sup> Revisado por Deo Campos Dutra, professor e coordenador de pesquisa da Faculdade Doctum em Juiz de Fora/MG e Ely Caetano Xavier Junior, professor de Direito Internacional no Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

**[...] o direito comparado fez nascer imensas esperanças, ambiciosas pretensões, mas ele repousa sempre sobre a mais fraca das epistemologias.**

a esse novo processo. Com uma economia mundial cada vez mais integrada, as particularidades jurídicas surgem como obstáculos e espera-se que o jurista as contorne antes que os comparatistas as abulam. Porém, após algumas tentativas de constituir um corpo de doutrina e uma metodologia para essa estranha disciplina, constataremos que ela evolui sempre de maneira perfeitamente caótica e que poucos comparatistas concordam sobre a natureza da matéria. Assim, o direito comparado fez nascer imensas esperanças, ambiciosas pretensões, mas ele repousa sempre sobre a mais fraca das epistemologias<sup>3</sup>.

Se julgamos o direito comparado a partir das atividades desenvolvidas sob essa denominação, as seguintes crenças, mais ou menos implícitas, circulam de maneira dominante sobre o tema de : 1) é um sistema jurídico transnacional; 2) é uma ciência que permite unificar os distintos direitos ou antecipar a unificação (ou, ao menos, a homogeneização) inerente à evolução dos sistemas jurídicos, globalmente considerados; 3) é a ciência dos direitos estrangeiros; 4) é a ciência que permite melhorar a solução dos casos judiciais.

A proposição 1) é raramente propagada de tal forma, mas constitui o fundamento implícito das teses 3) e 4) e, algumas vezes, a justificação implícita da proposição 2). De todas essas crenças, a segunda é, sem dúvida, caso reformulada de maneira apropriada, a mais defensável, mas também a menos interessante. As outras expressam uma concepção segundo a qual a descrição de um objeto confere por si mesma uma aptidão concreta de produzi-lo de acordo com o que seria objetivamente o melhor. Essa aptidão não seria um poder apenas abstrato e teórico, mas o exercício efetivo de uma atribuição normativa. E essa aptidão de modificar o estado atual só poderia evidentemente produzir uma melhora.

A proposição 4) constitui uma aplicação da proposta 1) aos casos particulares. Ela aparece igualmente como uma versão menos forte e mais aceitável desta tese, da qual se tornou substituta. Entretanto, como ela pressupõe e segue o fundamento da proposta 1), ela não será cogitada aqui tal qual.

<sup>3</sup> Seria além do mais difícil de encontrar uma elaboração bem aprofundada. Se pegamos o exemplo da obra de MARKESINIS, 1997, p. 37 encontraremos textos bastante interessantes de direito comparado, mas não propriamente dito, uma metodologia, se não o preceito de destruir os mitos relativos ao direito estrangeiro. Essa tarefa é certamente essencial como também de forma geral a crítica de falsas crenças para toda empreitada científica, mas ela reduz o direito comparado a descrição de direitos estrangeiros o que segundo a tese que será defendida aqui, empobreceria consideravelmente seu objeto.

É evidentemente possível que esta exposição seja caricatural ou até mesmo fundamentalmente equivocada e somente um estudo detalhado e realmente completo da produção científica publicada sob a denominação de direito comparado poderia estabelecer com precisão a pertinência. Ela será aqui aceita, não como verdade estabelecida, mas como hipótese ao menos plausível, ou talvez como descrição de uma prática ao menos possível. A utilização frequente de expressões com múltiplas e confusas conotações fantasmagóricas, como “*ius commune*” ou “direito global”, para programas de pesquisas ou instituições universitárias, constitui em todo caso um potente indicador neste sentido.

O que é descrito na hipótese das crenças dominantes, refere-se a um conjunto de práticas que se dizem “direito comparado” e não a uma questão de uso linguístico do termo. Um problema terminológico e conceitual só pode nascer dentro de um discurso científico, isto é, da construção de um domínio de objetos e da descrição mais objetiva e precisa possível dos objetos desse domínio, assim como das relações entre eles; em outros termos, onde não podemos nos contentarmos com o funcionamento espontâneo da linguagem corriqueira. Em tal perspectiva, a expressão “direito comparado” só poderia ser utilizada para qualificar seja uma disciplina jurídica, seja o objeto de tal disciplina.

A tese que defenderemos aqui é simples. Primeiramente, o direito comparado não tem nenhuma competência em matéria de novas regulamentações ou de soluções de casos inéditos. Em segundo lugar, o direito comparado não é o estudo de direitos estrangeiros e, em muitos casos, o estudo de “direitos estrangeiros” não é nem mesmo o estudo de *direitos estrangeiros*. Por fim, e sobretudo, seu objeto, mas não seu método, associa-se à teoria do direito, e possui, por essa razão, um papel crítico, e, eventualmente, tecnológico.

## 1. A UTOPIA PRESCRIPTIVA

Alguns conceitos do direito comparado procedem da ilusão do jurista-legislador, ou pela projeção de um ordenamento ideal, ou pela reivindicação da competência da sua produção.

### a) O Direito Comparado não é um Ordenamento Jurídico

A primeira crença constitui uma afirmação ontológica. Os ordenamentos nacionais são ilusões, o verdadeiro direito é único e cabe ao direito comparado apresentá-lo. Ela resulta de uma confusão conceitual. Não existe um sistema transnacional. O direito comparado não é um ordenamento jurídico, mas uma disciplina. Ele supõe uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, entre os quais estabelecemos “comparações”; e, se são numerosos, eles não podem trivialmente formar, *nesse sentido*, um só. De fato, mesmo se existisse um ordenamento jurídico composto de diversas ordens jurídicas, jamais se trataria de algo único e múltiplo de forma juridicamente interessante. Ou bem existe somente um único sistema jurídico, ou bem existem vários. Se só existe um único, não há problema em questão; se existem vários, a solução proposta (um sistema transnacional e, por consequentemente, único) deve ser, por hipótese, excluída. Porém, as coisas podem ser mais complicadas a partir do momento em que aceitamos subsistemas, com aqueles que existem em todo sistema com um certo nível de complexidade. O que dá no mesmo: ou esses subsistemas são de mesmo nível e nenhum deles é subordinado ao outro e haverá, então, pluralidade; ou eles não o são e voltamos à questão da unidade. Entretanto, isso não exclui o fato de que sistemas de mesmo nível possam se unir para formar um só ou que sistemas de nível diferentes possam se beneficiar, uns em relação aos outros, de uma autonomia mais ou menos elevada, isto é, da capacidade de se auto organizarem, podendo ir até um certo grau de contrariedade em relação às regras do sistema de nível superior. Todavia, a questão da autonomia supõe que nos situemos no quadro de um sistema único. Entretanto, um sistema que fosse composto por vários sistemas seria simplesmente um conjunto que comportaria vários elementos sem relação entre eles.

Deve-se essa constatação a ontologia dos sistemas jurídicos. Eles são formalmente fechados e materialmente abertos. Toda norma jurídica válida pertence ao sistema considerado porque uma outra norma do mesmo ordenamento lhe atribui essa propriedade: somente as normas produzidas conforme as formas anteriormente previstas pertencem a um certo ordenamento jurídico. Contudo, todo conteúdo de uma norma jurídica simplesmente possível pode tornar-se o de uma norma de um eventual sistema jurídico, a menos que uma norma já em vigor nesse sistema se oponha. Quando

estudamos Direito, analisamos um ou mais desses sistemas. Descrevemos o direito francês, italiano, japonês, americano, etc. Quer dizer que existe um direito francês e um direito americano, e que um não é válido no outro. O direito alemão não é válido na França, o direito italiano não é válido no Reino Unido, a moral protestante não é juridicamente válida na Holanda, mas cada ordem jurídica pode integrar conteúdos válidos em ordenamentos distintos: se um sistema integra este ou aquele dado de outro, o dado será válido no sistema que ele integra como uma regra *deste* sistema em razão das regras *deste* sistema que permitiram *esta* operação e não em virtude da natureza intrínseca da regra integrada ou em razão das regras do sistema do qual ele provém. As regras de integração podem apresentar um grau muito alto de complexidade, sobretudo pela instituição de novos procedimentos permitindo produzir tais regras, mas isso não muda em nada a característica fechada dos sistemas.

Pode-se evidentemente evocar o exemplo do direito comunitário ou de outras formas de direito supranacional. Porém, o direito “supranacional” não é um direito que viria de um sistema “transnacional”, e sim de um sistema internacional regional *forte* no sentido de que as normas produzidas nesse sistema não somente se impõem aos diferentes subsistemas (os Estados-membros), mas também no sentido de que determinadas categorias dessas normas se impõem diretamente aos destinatários desses subsistemas, antes mesmo das normas oriundas dos subsistemas. Trata-se simplesmente, para os ordenamentos nacionais, de um caso de autonomia setorialmente enfraquecida ou mesmo extinta.

Seria então possível que a pressuposta ontologia do fechamento das cadeias de validade seja simplesmente equivocada ou que não constitua de forma alguma o único modelo possível. A primeira objeção é fraca, pois refere-se a uma ontologia constitutiva e não de dados de observação ou resultantes de um processo de pesquisa duvidoso. A segunda constitui uma dificuldade extremamente séria, pois, evidentemente, se é permitido determinar as propriedades constitutivas de um objeto, nada impede de fazê-lo de forma distinta daquela foi aqui proposta.

Mas, assim o problema apenas se inverte, e são as expressões “direitos nacionais” ou “sistemas jurídicos” que não entendemos mais. O comparatista no sentido da proposição 1) se interessa pela hipótese

**Independentemente de como sejam tradicionalmente concebidos e quaisquer que sejam as diversas e importantes diferenças entre tais concepções, os diferentes sistemas jurídicos não são considerados como partes formando simultaneamente um sistema único (a não ser no sentido trivial, segundo o qual eles constituem elementos de um conjunto ou subsistemas de igual nível).**

de uma pluralidade simultânea de sistemas enquanto sistema único. Para que seu objeto seja interessante, ele tem que conservar os elementos dos sistemas múltiplos, tais como são tradicionalmente concebidos. Independentemente de como sejam tradicionalmente concebidos e quaisquer que sejam as diversas e importantes diferenças entre tais concepções, os diferentes sistemas jurídicos não são considerados como partes formando simultaneamente um sistema único (a não ser no sentido trivial, segundo o qual eles constituem elementos de um conjunto ou subsistemas de igual nível). Caberia, então, a esse comparatista apresentar a ontologia alternativa que permitiria que a proposição 1) fosse concebível.

#### **b) O Direito Comparado não é a Ciência de uma Legislação Transnacional**

Conceitualmente incoerente, a tese 1) dá a ilusão da existência de um ordenamento ideal onde estariam aglomeradas as “melhores” soluções de diferentes sistemas positivos. Se reconhecemos que se trata *atualmente* de uma utopia, procuraremos mostrar que existe um saber que permite avançar com a sua realização. Mas o que fazemos é apenas transpor as dificuldades.

A tese 2) constitui uma concessão em relação a primeira. Se cabe a uma disciplina unificar o Direito, é porque o Direito ainda não é unificado. A tese é, porém, compatível com uma versão enfraquecida da crença em um ordenamento transnacional que considera que tal ordem já existe, mas que ainda não é o que deveria ser. Ela liga implicitamente uma tese epistemológica (um cognitivismo jurídico: o especialista das regras positivas sabe o que são regras ideais) a uma tese ontológica (este saber produz regras). Ela constitui uma variante do sofismo naturalista que induz o habitual fantasma do jurista de se crer criador de regras ideais na medida em que ele é especialista das regras positivadas.

A fascinação que o direito comparado exerce como ciência e *simultaneamente como exercício* de uma nova legislação, transcendendo as fronteiras e os obstáculos inúteis, articulando e reforçando o ímpeto natural das coisas tais como elas são, já esteve em voga quando a disciplina (no sentido mais amplo) apareceu ao final do século dezanove. É dificilmente contestável que exista hoje em dia, por exemplo, fortes vontades de homogeneizar todos os ramos do direito em jogo

na troca de bens, de serviços e de capitais, sobretudo transnacionais, incluindo as normas penais que procuram reprimir certos atos ilegais relacionados a essas trocas. Observa-se, além disso, uma evolução circular já que cada nova regulação que responde às demandas de homogeneização, de unificação e de facilitação (e de repressão dos atos ilegais no âmbito dessas operações) gera, por sua vez, operações que fazem nascer novas necessidades de unificação e de facilitação. Um desenvolvimento similar pode ser observado em todas as áreas nas quais instâncias nacionais são confrontadas com questões que apresentam, pelo menos de uma certa forma, semelhanças com problemas encontrados em instâncias nacionais mais ou menos similares em outros contextos e em outros países. O critério intuitivo de semelhança constitui o ponto de partida do surgimento de redes de jurisdições que adotam práticas decisórias comuns. E também nesse caso, o fenômeno é circular, pois, a partir do momento em que uma rede existe, a vontade de se conformar a essas regras faz surgir a necessidade de reforçar seu funcionamento.

Mesmo que esses fenômenos existam e ganhem amplitude, isso não influencia em nada a questão de saber como o direito deve ser, e tampouco resulta como a prática transnacional é atualmente ou está se tornando. Essa questão continua sendo uma questão em aberto, que depende da filosofia política. E, a observação bem como a descrição de uma harmonização, de uma unificação e de uma progressiva formação de redes não traz nenhum elemento para sua resposta, pois o problema reside em saber até que ponto o direito deveria ser harmonizado ou unificado, ou até onde, sob quais condições e conforme que modalidades ele deveria favorecer as trocas. Se o comparatista reivindica, por outro lado, uma competência em matéria de adaptação de regras com o objetivo de “favorecer as trocas”, ele admite de antemão que a determinação do fim lhe escapa e que sua competência é estritamente instrumental.

Além disso, é perfeitamente possível que os comparatistas tenham não somente o desejo de fazer política, mas também que sejam efetivamente encarregados de participar dos trabalhos legislativos. Mas, esse *fato* não muda em nada a constatação de que os comparatistas, enquanto comparatistas, não possuem uma competência específica, além daquela que consiste na adaptação dos meios a determinados fins.

## 2. A CONFUSÃO DESCRITIVA: O DIREITO COMPARADO NÃO É A CIÊNCIA DOS DIREITOS “ESTRANGEIROS”

Fazer do direito comparado o estudo de “direitos estrangeiros” privaria a disciplina de todo seu contorno decisório. A proposta 3) resulta da confusão entre a esfera de validade de uma ordem jurídica e a esfera do objeto da ciência do direito.

### a) O Quadro de Aplicação Contingente

O direito comparado não é um ordenamento jurídico, mas uma disciplina. Porém, para os comparatistas que rejeitam a proposição 1), o problema consiste justamente na determinação exata de seu objeto. Tradicionalmente, propõe-se como objeto a apresentação dos “direitos estrangeiros” e, às vezes, dos “grandes sistemas de direito”. Nada impede evidentemente de conferir a denominação “direito comparado” a um curso proferido ou a uma obra sobre o direito espanhol publicada na França (ou inversamente), desde que se reconheça explicitamente que se trata unicamente do sinônimo do termo “direito estrangeiro”. Como consequência, toda obra *estrangeira* se torna uma obra de *direito comparado* a partir do momento em que repentinamente ocorre uma transferência geográfica; um documento estocado em um servidor estrangeiro se transforma em direito administrativo ou comercial nacional, se aparece em uma tela nacional ou se é impresso em um aparelho situado no território do país em questão, ele se transforma em direito administrativo ou comercial *comparado*, a partir do momento em que o acessamos convocamos em um local exterior a essa esfera.

Uma tal conceituação é possível, mas desinteressante, já que ela só tem uma função contingente do local onde se encontra uma obra, um leitor, ou de onde um curso é proferido. O direito comparado seria simplesmente uma expressão de um index como “eu” ou “aqui”, dos quais o significado depende dos parâmetros da situação de onde é utilizada. Esta é somente a consequência do fato de que existem diferentes ordenamentos jurídicos em diferentes locais e em diferentes momentos. Além disso, uma tal conceituação conduz à confusão, ao menos na medida que a sinonímia estrita entre direitos estrangeiros e direito comparado não está inteiramente estabelecida como uma evidência no discurso

**O fato de chamar o estudo de direitos estrangeiros de “direito comparado” só demonstra que a maioria das disciplinas jurídicas é e sempre foi marcada por um forte tropismo nacional e que o direito do país X ensinado e descrito no país X é considerado como estritamente direito.**

científico. Não poderemos evitar nos perguntar se não existe um outro direito comparado ao lado do que na realidade é o estudo dos direitos estrangeiros ou se não existe uma outra disciplina consagrada aos direitos estrangeiros ao lado da que se denomina “direito comparado”. Por razões de clareza, utilizaremos aqui o termo “direitos estrangeiros” para os sistemas outros que os direitos nacionais respectivos.

O fato de chamar o estudo de direitos estrangeiros de “direito comparado” só demonstra que a maioria das disciplinas jurídicas é e sempre foi marcada por um forte tropismo nacional e que o direito do país X ensinado e descrito no país X é considerado como estritamente direito. E de fato, se queremos saber no país X qual recurso é possível interpor contra um ato administrativo ilegal ou qual ação é possível propor para anular um contrato que contém uma cláusula abusiva, convém agora e sempre procurar quais as regras “nacionais” pertinentes.

Isso não muda em nada se, para o caso em questão, a regra aplicável é na verdade uma norma de um outro país, pois esse “na verdade” quer simplesmente dizer que segundo as regras do país X, é possível (ou obrigatório) aplicar, sob certas condições, regras de outro país *como regras nacionais*, isto é, de forma que exista integração das normas estrangeiras ao direito nacional. Uma das razões pela qual existe, hoje em dia, uma conjuntura particularmente favorável ao direito comparado no sentido da proposição 3), é o fato de que direito nacional permite (ou torna obrigatório) a aplicação de regras de origem estrangeira por integração e de que os casos em que essas aplicações são efetivamente utilizadas são cada vez mais frequentes. Mas aqueles que se referem, nesses casos, aos direitos estrangeiros como “direito comparado” não analisam nem mesmo os direitos estrangeiros como eles são, mas simplesmente estudam casos específicos de aplicação de um direito nacional, assim como aqueles que classificam a aplicação de uma cláusula de “boas maneiras”, de origem extrajurídica, no direito nacional. É a atualização crescente das potencialidades dos direitos nacionais que comanda, principalmente hoje em dia, o alargamento dos conhecimentos clássicos dos direitos internos.

## b) Um Domínio Transnacional de Conhecimento

Se existe um interesse nacional crescente em estudar os direitos estrangeiros, potencialmente por conterem normas do sistema jurídico de partida ou por serem um direito nacional, tal interesse não muda em nada o estatuto dos direitos estrangeiros como tal, e deixa inteiramente aberta a questão sobre qual ponto de vista convém estudá-los. Todo conhecimento dos direitos estrangeiros ainda supõe que eles sejam analisados como tal, isto é, do mesmo ponto de vista que qualquer sistema normativo jurídico, examinando-se quais comportamentos humanos são obrigatórios, permitidos ou proibidos em certas condições. Como a diferença do quadro de referência não passa de um indicador contingente, inexistente diferença de natureza entre a apresentação de uma regra sobre o domínio D do sistema X (se as condições C1-Cn se produzem, então os atos A1-An são obrigatórios, etc) e a apresentação de uma regra sobre o domínio D do sistema Y. Nada distingue os enunciados jurídicos a ponto que se possa identificar para elaborar uma resposta. Acrescentar a expressão “no direito do país X” é apenas uma especificação necessária para identificar o quadro de referência. Do mesmo modo, diríamos, “as regras da Associação dos Amigos Indefectíveis do Direito Comparado preveem a eleição do seu secretário geral por todos os seus membros por escrutínio majoritário em dois turnos” e “as regras da Associação dos Inimigos Incondicionais do Direito Comparado preveem a eleição do seu secretário geral, por escrutínio majoritário em um só turno, dos presidentes da federação” ao nos referirmos às normas estatutárias de duas associações *diferentes* em um *mesmo* sistema jurídico. Os enunciados concernentes à responsabilidade civil francesa possuem o mesmo estatuto epistemológico que aqueles que concernem à responsabilidade civil húngara ou senegalesa. O fato de estudar as condições de validade de uma garantia bancária no direito peruano, polonês e indiano enquadra-se na disciplina jurídica em sentido lato, e específica na perspectiva das ordens particulares em questão. Nesse sentido, a análise dos direitos estrangeiros é nada mais do que a análise de diferentes conjuntos de normas.

Desse ponto de vista, a qualificação como “estrangeiro” é puramente relativa e contingente e não possui nenhum valor conceitual intrínseco. É estrangeiro simplesmente aquilo que, por uma questão jurídica dada no quadro do sistema  $S_i$  em vigor sobre o território  $T_i$

**Os enunciados concernentes à responsabilidade civil francesa possuem o mesmo estatuto epistemológico que aqueles que concernem à responsabilidade civil húngara ou senegalesa.**

no momento  $t$ , não é válido para esse território, mas o é no quadro de um sistema  $S_j$  em um território  $T_j$ . Se excluirmos os casos de direitos supranacionais ou de direito internacional, todo direito é, por consequência, estrangeiro ou nacional segundo um sistema de referência escolhido. O direito comparado não pode, então, ser o estudo de direitos estrangeiros.

De um ponto de vista científico abstrato, o sistema nacional não tem nenhum privilégio comparatista em relação aos outros ordenamentos jurídicos. A única propriedade que o distingue consiste em seu domínio de validade, isto é, no fato de que ele apresenta os elementos para solução das perguntas nas situações definidas por ele. Mas esse privilégio de indicador contingente, motivando seguramente um interesse muito diferente que podemos obter do conhecimento das regras de um ou de outro sistema, é somente jurídico e psicológico, mas não define nenhuma especificidade científica. Isso mostra apenas que a ciência do direito é sempre o estudo de todos os direitos, que a limitação a um único direito nacional é anticientífica (explicando-se por razões práticas e psicológicas) e que o estudo de direitos estrangeiros não seria um aumento de perspectiva em direção a um campo novo e inédito.

Contudo, poderíamos afirmar que, justamente pelo fato de o direito ser sempre todos os direitos, nada impediria, tampouco, a limitação da área de investigação a um único direito nacional, uma vez que que as questões a serem respondidas existem precisamente nesse quadro e não em um outro. Além disso, poderíamos invocar o argumento anteriormente desenvolvido, segundo o qual a maioria dos problemas atribuídos ao campo do direito comparado não dizem respeito nem mesmo ao direito estrangeiro, mas simplesmente a regras integradas. Se o direito comparado existe e se ele não representa uma ciência dos direitos estrangeiros e se, enfim, a solução científica dos problemas jurídicos estiver situada no quadro de referência, ainda que de maneira contingente, mas atual, nos quais estão colocados, então a natureza do direito comparado permanece perfeitamente obscura e inteiramente inútil. Caber-nos-á consequentemente, demonstrar que não somente a área de direito comparado se deixa formular de maneira absolutamente inteligível, mas também que seu estudo é um elemento necessário ao conhecimento dos direitos nacionais.

**De um ponto de vista científico abstrato, o sistema nacional não tem nenhum privilégio comparatista em relação aos outros ordenamentos jurídicos.**

### 3. A INTERPRETAÇÃO DA CIÊNCIA DOS DIREITOS

A problemática do direito comparado não se nutre da diversidade dos ordenamentos jurídicos e de suas descrições científicas abstratas, mas da necessidade de formular concretamente essas descrições. Essa exigência produz “interpretações conceituais diferenciadas” e condiciona uma descrição objetiva dos direitos nacionais.

#### a) A função explicativa

A ciência do direito é a ciência de todos os direitos, mas ela se confronta com dois obstáculos: a pluralidade das línguas naturais e a diferença entre os níveis de linguagem.

Até o presente, a ciência dos direitos implicitamente tem sido considerada, de um ponto de vista abstrato, como o conjunto das proposições descritivas das normas dos ordenamentos jurídicos em vigor. Mas já que sua *formulação* se faz com a ajuda de enunciados nas línguas ordinárias ou semi-ordinárias concretas, somos rapidamente confrontados ao clássico problema do significado exato desses enunciados.

5) “*The president enjoys immunity, except in case of high treason*” expressa, diremos, a mesma proposta que

6) “O presidente se beneficia de imunidade, salvo em caso de grave traição”.

O caso parece simples porque as palavras utilizadas nos enunciados vêm das mesmas origens latinas, induzindo assim a ideia que elas expressam os mesmos conceitos.

Em sentido contrário, os dois enunciados seguintes poderiam dar a impressão de que articulam propostas completamente diferentes:

7) “*Die Grundrechte binden die öffentliche Gewalt*”

8) “Os direitos constitucionalmente garantidos limitam as atribuições de todos os órgãos dotados de uma habilitação de jurisdição unilateral” e que a proposição expressa no 7) *em alemão* seria bem melhor dita *em francês* como

9) “*Les droits fondamentaux lient la puissance publique*”.

Mas, no primeiro caso, pode ser que “*president*” e “presidente” designem órgãos completamente diferentes e que “*immunity*” se refira a um privilégio de jurisdição e “*imunidade*” a uma impunidade pura e

**A ciência dos direitos permanece um empreendimento abstrato na mesma medida em que as proposições normativas são expressadas em línguas naturais diferentes e que a capacidade de as compreender é naturalmente limitada.**

simples; e, no segundo caso, pode ser que “*Grundrechte*” seja somente a abreviação de “*verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte*” (direitos constitucionalmente garantidos) e “direitos fundamentais” seja “direitos protegidos pela presente convenção internacional”.

A ciência dos direitos permanece um empreendimento abstrato na mesma medida em que as proposições normativas são expressadas em línguas naturais diferentes e que a capacidade de as compreender é naturalmente limitada. Sempre é possível restringir o *corpus* a algumas línguas que julgamos particularmente importantes, mas a qualificação de importante resulta simplesmente da ignorância do que é excluído desse *corpus* e constitui somente uma outra versão da preferência prática, mas não científica, do quadro jurídico nacional. A ciência dos direitos permanece então concretamente dependente da possibilidade de traduções, e só haverá traduções na medida em que um enunciado  $P_i$  de uma língua natural  $L_i$  puder ser expressado com conservação do significado (*salva significatione*) por um enunciado  $P_j$  de uma outra língua  $L_j$ .

A possibilidade de uma *determinada* tradução foi radicalmente colocada em questão na filosofia da linguagem desde os trabalhos de Williard V. O. Quine<sup>4</sup>. Mas, mesmo se admitíssemos essa concepção, seríamos levados a supor que uma tradução é em princípio possível e que a determinação pode avançar por aproximações progressivas, mesmo que ela jamais encontre uma exata equivalência.

A dificuldade principal de uma tradução parece resultar da complexidade dos contextos já que para traduzir uma expressão, seria necessário fornecer uma explicação do contexto da língua de partida na língua de chegada. Tal explicação exige, por sua vez, uma formulação que apela a elementos contextuais da língua de chegada introduzindo uma nova complexidade e se afastando progressivamente da língua de partida. Podemos, contudo, muito facilmente elevar a dificuldade, pois nada impede que uma *mesma* língua natural sirva de quadro linguístico para a expressão de ordenamentos jurídicos *diferentes*. O francês, o inglês, o alemão e o russo dão, cada um, acesso a diversos sistemas de normas. Isso se revela nitidamente quando as terminologias são diferentes, mas na realidade isso pode perfeitamente ocorrer com a utilização de

<sup>4</sup> Elas se encontram expressadas por exemplo em QUINE, 1960, p.26-ss.

expressões idênticas (o Conselho de Estado francês não é o Conselho de Estado belga e o *Bundespräsident* alemão não é o *Bundespräsident* suíço ou austríaco), enquanto que termos diferentes podem muito bem funcionar como sinônimos (o termo *Grundrechte* utilizado pela Lei Fundamental alemã significa a mesma coisa que *verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte*, utilizado pela Lei constitucional federal austríaca). A questão de saber qual proposição é expressa por qual enunciado não está, de forma alguma, limitada aos problemas de tradução entre duas línguas semi-ordinárias, mas aparece para qualquer declaração que expresse uma proposição normativa em qualquer língua. O direito comparado nasce do trabalho de reconstituição dos contextos.

As questões de tradução estão, portanto, ligadas aos problemas de interpretação em qualquer língua natural. Uma interpretação é um enunciado no qual o objeto é o significado de um outro enunciado, seja qual for o grau de satisfação que é possível alcançar. Não convém confundir o objeto da teoria da interpretação com a “teoria realista da interpretação”, que é *uma* teoria cética da interpretação, isso é, uma concepção que pretende demonstrar que a realização da missão que se dá à interpretação é impossível e que desenvolve as consequências dessa tese<sup>5</sup>.

Quando o jurista descreve um ordenamento jurídico, ele procede à uma interpretação dos enunciados que expressam proposições normativas constitutivas desse sistema. A teoria da interpretação deve, portanto, fornecer conceitos e métodos que permitam obter enunciados interpretados de forma cada vez mais precisa. Entendida como teoria da descrição dos ordenamentos jurídicos, a teoria da interpretação é conseqüentemente um elemento da *teoria do direito*, se por “teoria do direito” compreendemos a metateoria da ciência do direito. Mas a ciência do direito, como havíamos dito, é a ciência de todos os sistemas jurídicos, e esses sistemas são compostos de um grande número de enunciados que expressam proposições

<sup>5</sup> Na medida em que só concerna a possibilidade de uma interpretação suficientemente exata, ela admite por consequência a existência de interpretações. A teoria realista insiste sobre o fato que a interpretação no sentido introduzido aqui não tem valor normativo o que podemos facilmente conceder já que editar uma norma e descrever um significado normativo de uma declaração (*énoncé*) são duas coisas completamente diferentes. Ela reivindica, porém, o estatuto de “interpretações autênticas” para atos normativos específicos o que parece problemático por exatamente a mesma razão.

**Podemos desde já chamar “direito comparado” a disciplina que permite descrever as estruturas de qualquer sistema jurídico com a ajuda de conceitos gerais oferecendo o refinamento necessário e suficiente.**

normativas<sup>6</sup>. Se queremos nos orientar na totalidade dos sistemas jurídicos, temos que, conseqüentemente, identificar conceitos suficientemente refinados e suficientemente gerais para apreender diversas estruturas possíveis. O direito comparado apenas imputa os conceitos teóricos de estruturas possíveis aos ordenamentos jurídicos *atuais*, adicionando “no direito francês”, “no direito comunitário”, etc. Chamaremos o resultado desse trabalho uma “interpretação conceitual diferenciada”.

Assim, introduziremos, por exemplo, “constituição formal” (ou outro termo que julgemos mais apropriado) para designar o conceito de uma certa estrutura normativa que encontramos em certos ordenamentos jurídicos sob as denominações mais variadas e “direitos fundamentais” (ou outro termo que julgemos mais apropriado) para uma certa categoria de normas formalmente constitucionais que encontraremos igualmente sob as denominações mais variadas<sup>7</sup>. Poderemos então dizer que os “*Grundrechte*” contidos na “*Grundgesetz*” alemã são direitos fundamentais, enquanto que os “*human rights*” do “*Human Rights Act*” do Reino Unido não o são.

Podemos desde já chamar “direito comparado” a disciplina que permite descrever as estruturas de qualquer sistema jurídico com a ajuda de conceitos gerais oferecendo o refinamento necessário e suficiente.

Essa disciplina permite, assim, interpretar os enunciados da ciência do direito que necessitam somente de conceitos apropriados em *cada um* dos sistemas que ela descreve e para os quais ela desenvolve o conjunto de soluções possíveis dos casos que se apresentam. A ciência do direito dirá que os “*human rights*” são aqueles que são definidos como tais no *statute* “*Human Rights Act*” no ordenamento jurídico do Reino Unido; o direito comparado interpreta esse *human rights* como, na França, liberdades públicas ou direitos subjetivos protegidos pelo legislador contra violações resultantes de normas infra-legislativas pela via de recursos jurisdicionais ou por outros conceitos gerais que julgaremos mais precisos.

<sup>6</sup> Refere-se evidentemente a uma simplificação se admitimos que comportamentos não linguísticos possam produzir normas como no caso do costume. Como norma, uma regra costumeira pode, no entanto, ser descrita por enunciados que expressam uma proposição normativa.

<sup>7</sup> Cf. PFERSMANN, 2000.

O direito comparado assim compreendido deve, por consequência, permitir qualificar qualquer estrutura de qualquer ordenamento jurídico, diferenciando-o de qualquer estrutura de qualquer outro (ou do mesmo) ordenamento jurídico. Essa disciplina será tão mais comparatista quanto permita diferenciar mais rigorosamente as estruturas possíveis.

Isso permite explicar o interesse extremo que os comparatistas possuem em textos de teoria do direito (por exemplo sobre a “justiça constitucional”), mesmo se eles consideram (erroneamente, mas por razões relacionadas a mal-entendidos anteriormente analisados) que sua área é inteiramente diferente desse campo<sup>8</sup>, enquanto que outras teorias com potencial explicativo mais frágil suscitam uma recepção comparatista muito mais limitada<sup>9</sup>.

### **b) A Função Crítica**

Na medida em que descreve estruturas jurídicas com a ajuda de conceitos gerais, o comparatista elimina conotações extrajurídicas dos enunciados não interpretados e as identifica em um espaço contínuo de variantes<sup>10</sup>. Se o uso de nomes de conceitos por doutrinas jurídicas nacionais tende a naturalizar e a racionalizar os dados dos sistemas respectivos de referência, o direito comparado situa qualquer dado de qualquer direito positivo nacional no conjunto de estruturas possíveis e reduz conseqüentemente a ideia de exclusividade intrínseca que poderia ser associado a esse dado. De fato, as soluções nacionais surgem de debates políticos e de contextos extrajurídicos específicos que se prolongam nos conceitos jurídicos nacionais, mas que desaparecem em uma perspectiva comparatista.

<sup>8</sup> E assim que os trabalhos (teóricos) de Kelsen sobre a justiça constitucional assim como a tese (bastante teórica) de Charles Eisenmann sobre o sistema austríaco de 1925 são, todavia, lidos, comentados e criticados como textos clássicos de direito comparado (KELSEN, 1928, reproduzido em KELSEN, 1968, p. 1813 e s. versão francesa de EISENMANN, 1928a, assim como, evidentemente, KELSEN, 1999: EISENMANN, 1928b). Isso explica também porque certos autores franceses tentaram mostrar (erroneamente, segundo nós) que os conceitos teóricos relativos à hierarquia de normas não são aplicáveis em direito *francês*: eles contestavam a sua pertinência comparatista (cf. PFERSMANN, 1997, pp. 481-509).

<sup>9</sup> A re-moralização da teoria do direito vigorosamente propagada pelos trabalhos de Ronald Dworkin constitui o exemplo mais impressionante. Desrespeita principalmente da apresentação das teses prescritivas *locais* (por exemplo: como convém interpretar moralmente a décima quarta emenda na Constituição dos Estados Unidos? Seu valor explicativo é ainda mais frágil que a possibilidade de introduzir conceitos teóricos neutros se encontra explicitamente rejeitada (é a tese firmemente defendida por DWORKIN, 2001).

<sup>10</sup> Assim, o federalismo é reduzido a um caso de descentralização (cf. PFERSMANN, 1996, pp. 171-185), a legislação a uma aplicação da constituição, a « separação dos poderes » a uma hierarquização e a uma diferenciação de modos de produção normativa, etc.

Evidentemente é possível que o “comparatista” utilize o “direito comparado” com o objetivo de justificar posições políticas em um debate nacional. Esse abuso ideológico de um discurso com pretensão explicativa, mas de funcionamento prescritivo, com vistas a propagar a adoção de certas soluções no direito nacional, ou a reivindicar uma posição de legislador transnacional é certamente frequente, mas não diz evidentemente nada sobre o direito comparado tal qual aqui introduzido.

O direito comparado é, portanto, o instrumento mais potente para descrever o direito nacional. Já que há apenas interpretações conceituais diferenciadas, é possível qualificar precisamente as estruturas do direito nacional sem tomar emprestada a terminologia, carregada de conotações extrajurídicas, com a ajuda da qual o direito nacional foi formulado. O que se denomina F, segundo os enunciados normativos do direito nacional, pode muito bem ser G quando reconstituímos o contexto (os *human rights* poderiam ser unicamente “liberdades públicas” e não “direitos fundamentais”, como, por outro lado, *se tornaram os direitos humanos franceses a partir de 1971, etc.*).

O direito comparado é, ao mesmo tempo, o mais importante catalisador de questões teóricas. Confrontado com a extrema diversidade de situações concretas, é necessário dar-lhes uma interpretação conceitual diferenciada. Uma reflexão teórica pode antecipar desenvolvimentos futuros, mas quase sempre são as soluções elaboradas em um quadro jurídico atual que provocam uma análise em termos gerais, que permitem situar esses fenômenos em um conjunto mais vasto e mais precisamente classificado. Nesse sentido, o direito comparado se alimenta da observação mais compreensível possível dos direitos nacionais sem se reduzir a eles. Ele os supõe, mas não é o conhecimento dos direitos (nacional e estrangeiro), e sim a interpretação conceitual diferenciada.

Segue-se, por fim, que o direito comparado pode, de fato, ter um papel importante na tecnologia da produção normativa. Se podemos estabelecer que uma estrutura jurídica leva a determinadas consequências sob determinadas condições laterais e se chegamos à conclusão *moral* de que essas consequências são desejáveis, então essa estrutura jurídica é, em geral, igualmente desejável. Por outro lado, se nos parece que uma norma jurídica possível, mas não

atual, é moralmente desejável quando considerada isoladamente, mas resulta em consequências moralmente não desejáveis quando integrada em um certo contexto jurídico, então não é moralmente apropriado produzir tal norma. Com a teoria do direito, o direito comparado redobra a responsabilidade moral dos legisladores: ele é moralmente irresponsável por não estudar as estruturas jurídicas possíveis e ele é irresponsável por não levar em conta os resultados dessas análises. O comparatista *enquanto* comparatista possui, nesse particular, uma competência técnica no sentido de que ele pode relacionar os objetivos desejados com as restrições estruturais apropriadas.

## REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Hart Memorial Lecture: "Hart's Postscript"*, Oxford 13 fev. 2001. Disponível em: <<http://www2.law.ox.ac.uk/jurisprudence/hartlectures.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

EISENMANN, Charles. La garantie juridictionnelle de la constitution. *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'Étranger* 1928a.

\_\_\_\_\_. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnel d'Autriche*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928b.

FAVOREU, Louis (Org.) *Droits des libertés fondamentales*. Paris: Précis Dalloz, 2000

KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*. Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Mit einem Auszug aus der Aussprache. eBook (PDF) Nachdr. d. Ausg. 1929. Reprint 2013.

\_\_\_\_\_. *Théorie pure du droit*. Paris: LGDJ, 1999.

\_\_\_\_\_. *Dire Wiener Rechtstheoretische Schule*, Viena, 1968.

MARKESINIS, Basil. *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*. Londres: Oxford Hard Publishers, 1997.

PFERSMANN, Otto. Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux. In: FAVOREU, Louis (Org.) *Droits des libertés fondamentales*. Paris: Précis Dalloz, 2000.

\_\_\_\_\_. Carré de Malberg et la “hiérarchie des normes. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 31, pp. 481-509. 1997.

\_\_\_\_\_. « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de décentralisation: le cas de la supranationalité ». In: *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 28 (1996).

QUINE, Williard. *Word and Object*. Cambridge: MIT Press, 1960.

## CAMBIO CONSTITUCIONAL INFORMAL

**Michael Cruz Rodríguez**  
Candidato a Doctor en  
Derecho por la Universidad  
Nacional de Colombia  
(UNAL). Investigador del  
Colectivo COPAL y del  
Grupo de Investigación  
Sociología de lo Simbólico  
de la misma institución.  
Bogotá, Colômbia.  
mcruzro@unal.edu.co

Richard Albert y Carlos Bernal (Eds.) (2015). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. *Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, N.º. 79. 436 p. ISBN 978-958-772-536-0.<sup>1</sup>

La obra reúne y traduce al español cinco trabajos presentados en la conferencia anual de la Asociación Americana de Facultades de Derecho —realizada en Nueva York en 2014— por algunos profesores especialistas en derecho constitucional y estudios constitucionales comparados de dichas instituciones, acompañados de una introducción crítica realizado por el profesor Carlos Bernal Pulido y unas conclusiones a cargo del profesor Richard Albert. El libro discute el cambio constitucional como consecuencia de las prácticas políticas o judiciales que modifican la constitución sin usar los mecanismos formales previstos en ella.

En el primer capítulo titulado Fidelidad, cambio y la buena constitución, el profesor James E. Fleming (Boston University School of Law) critica el originalismo o la búsqueda de un significado original de la Constitución previsto por sus creadores en la medida en que, a su juicio, la aspiración a la fidelidad en la interpretación constitucional exige el cambio antes que proscribirlo. Según el autor, la “interpretación moral” o un “enfoque filosófico”, defendidos también por Dworkin, permiten ver la constitución como una serie de principios aspiracionales que requieren juicios normativos sobre cómo

<sup>1</sup> Esta reseña fue elaborada con el auspicio de la Convocatoria Nacional de Proyectos para el fortalecimiento de la Investigación, Creación e innovación de la Universidad Nacional de Colombia 2016-2018.

**El motivo que a mi parecer explica que el mundo académico marque una distancia tan acusada con Suiza (hasta el punto de que, en ocasiones, uno tiene la sensación de que se trata de un país ajeno a nuestro entorno) es que se intuye – sin duda con acierto – la enorme complejidad inherente al funcionamiento de sus estructuras democráticas.**

comprenderlos en vez de investigaciones históricas para desentrañar su espíritu o significado. De ahí que la fidelidad signifique más bien el compromiso con dichas aspiraciones y el cambio se refiera a alcanzar los fines señalados en la constitución mediante la interpretación, y no necesariamente una construcción contraria a la fidelidad, tal como la conciben partidarios del constitucionalismo viviente.

El segundo capítulo, *En busca de la identidad: el uso voluntario de las fuentes extranjeras en contextos constitucionales disímiles*, a cargo del profesor Ran Hirschl (University of Toronto-Faculty of Law), sostiene que las elecciones judiciales sobre fuentes extranjeras como apoyo de las decisiones es un factor de cambio constitucional que puede estar impulsado por la búsqueda de identidad constitucional y política: las concepciones del mundo y el lugar que ocupa la comunidad política dentro de él. El ejemplo es el uso de fuentes extranjeras por parte de la Corte Israelí, la cual prefiere citar cortes como la Canadiense, la Estadounidense o la Alemana, antes que sistemas diversos que enfrenten retos similares, i.e. étnico-religiosos, como sus países vecinos o incluso el derecho judío. Como colofón, muestra que el uso voluntario de la jurisprudencia extranjera está motivado por la búsqueda de identidad política en términos de construir y proyectar una imagen del país ante el mundo, i.e. democrática, racional, etc.

El profesor Samuel Issacharoff (New York University School of Law) en el tercer capítulo: *Cortes constitucionales y poder consolidado*, discute tres formas de respuesta por parte de las Cortes para asegurar un sistema electoral competitivo y evitar el dominio de un solo partido. El caso colombiano en el que la Corte rechaza el tercer período presidencial de Uribe a pesar de que la reforma constitucional respetó los procedimientos, la respuesta menos política de la Corte sudafricana respecto a la rendición de cuentas del gobierno y la ausencia de confrontación con el Congreso, y la más sólida jurisprudencia de la Corte tailandesa a pesar de su cercanía con un sector político. Según el autor, los tres tipos de respuesta judicial tratan de mantener la competitividad electoral y la alternancia en el poder en medio de varios dilemas estratégicos por justificar su intervención.

*El principio de separación de poderes y la expansión del control de la constitucionalidad en democracias consolidadas (o ¿por qué el modelo de supremacía legislativa ha sido prácticamente retirado*

*del mercado*), constituye el cuarto capítulo escrito por el profesor Stephen Gardbaum (UCLA School of Law). En este ensayo se plantea un cambio constitucional contemporáneo: el principio de supremacía legislativa en los sistemas de *common law* ha sucumbido ante la pérdida de fe en la rendición de cuentas como contrapeso efectivo a la actividad gubernamental. En su lugar se ha expandido el control constitucional de la legislación en las democracias parlamentarias consolidadas. Desde una perspectiva institucional e interna, según Gardbaum, esto se explica por varias transformaciones: por el moderno modelo de partidos ha desplazado la rendición de cuentas, por el proceso de centralización del poder en el ejecutivo, por la ausencia de una segunda cámara independiente que sirviera para exigir la rendición de cuentas en estas democracias y por el surgimiento de un Estado administrativo sobre el cual recae también el control de los jueces. Así, estos elementos se proponen como alternativas a la explicación dominante de la elección racional.

En el último capítulo, *Cambio constitucional por desuso constitucional*, el profesor Richard Albert (Boston University School of Law) presenta un marco teórico para evaluar el cambio constitucional cuando conscientemente no se aplica un precepto constitucional escrito sino que es reemplazado por una convención política, la cual eleva los costos políticos del uso posterior de tal disposición constitucional. Como ejemplo, Albert plantea las facultades de reserva y revocación del Reino Unido sobre la legislación canadiense, las cuales, luego de más de medio siglo de desuso hoy se considera han pasado a ser ilegítimas a pesar de estar escritas en la Constitución. Sofisticando su argumento y siguiendo a Stephen Griffin, el autor plantea siete criterios para identificar este tipo de cambio constitucional informal: inaplicación constante de una disposición constitucional, repudio expreso por parte de los actores políticos, producción informal de una nueva regla estándar que sustituye la repudiada, vinculación de los actores políticos a esta regla, internalización de la regla por parte de los actores políticos, influencia de dicha regla en el entendimiento que tienen las élites de la Constitución y permanencia de la regla repudiada como parte de la constitución escrita.

Finalmente, el propio Albert plantea algunos comentarios en relación con la valoración del cambio constitucional formal en la medida en que contribuye a la democracia y las complejas dimensiones sociológicas

del desuso constitucional. En efecto, el cambio constitucional por desuso comparte con los cambios informales operados por las Cortes la cuestión crítica de su legitimidad democrática. Igualmente, los costos de esta teoría apuntan a despojar a las constituciones escritas de la estabilidad con la que se asocian.

Vale la pena resaltar los comentarios críticos de Bernal Pulido sobre el texto de Fleming, pues, en su opinión, la tesis “fidelidad implica cambio” defendida por Fleming es ambigua. En términos normativos es imprecisa por no especificar la metodología para alcanzar las aspiraciones, no identificar las interpretaciones que permiten cumplirlas, no dejar claro qué cosas se deberían cambiar por vía formal y en qué casos no son necesarios los cambios. En términos conceptuales no es claro cuál es el estatus ontológico de dichos principios aspiracionales y no da lugar a la interpretación de las reglas claras y determinadas que también contienen las constituciones. Igualmente, respecto al ensayo de Issacharoff, Bernal Pulido sugiere que, aunque este texto no aborda específicamente el cambio constitucional informal, sí se refiere a la manera en que las Cortes lo producen o responden frente a dichos cambios orquestados desde el poder consolidado.

Por otra parte, aunque este aspecto no es objeto de crítica por parte de Bernal Pulido, resulta discutible que Issacharoff valore el papel de la Corte colombiana como una intervención carente de fundamentos jurisprudenciales para desempeñar dicho papel. En efecto, desde sus primeros años de funcionamiento la Corte colombiana creó sentido misional atado al principio de separación de poderes y el impulso del legislativo, la defensa de los derechos fundamentales y el freno al excesivo poder presidencial, ello está soportado en las teorías que creó para ejercer el control constitucional, i.e. la teoría de la sustitución de la constitución. Estos fundamentos jurisprudenciales pueden ser débiles desde ciertas perspectivas pero no son inexistentes como afirma Isacharoff. Tal vez la valoración de este autor se debe a que se basó en el comunicado de prensa sobre la decisión judicial que decidió proscribir el tercer mandato de un presidente y no en el texto de la misma (C141/10 MP: Humberto Antonio Sierra Porto).

Sin duda alguna, la obra contribuye al debate sobre los cambios o reformas constitucionales ampliando el campo de visión hacia

**En suma, lo que propone el libro es considerar el cambio constitucional como un fenómeno que no se limita al análisis de los procedimientos de reforma constitucional sino que se efectúa por medios extralegales que envuelven complejidades sociológicas y políticas.**

aquellas que se realizan de manera informal. También profundiza en la centralidad que ha adquirido el poder judicial en las democracias contemporáneas y los cambios constitucionales que pueden producirse por su actuación. Por ejemplo, la reciente teoría de la sustitución de la constitución con base en la cual algunas cortes —i.e. Colombia, India, Canadá— han impedido reformas constitucionales que cumplen con los requisitos formales pero que alteran la “identidad” de la Constitución. Igualmente, aquellos cambios, también informales, relativos a consensos o convenciones entre actores políticos que se ratifican con el tiempo y conducen a la invalidez de disposiciones constitucionales escritas o a su inaplicación. En suma, lo que propone el libro es considerar el cambio constitucional como un fenómeno que no se limita al análisis de los procedimientos de reforma constitucional sino que se efectúa por medios extralegales que envuelven complejidades sociológicas y políticas.

# POLÍTICA EDITORIAL E NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Os manuscritos submetidos às Seções Geral e Especial passam por um controle prévio de originalidade e pertinência à linha editorial, realizado pelos próprios editores. Em seguida, passam por um processo de revisão duplamente anônima, realizado por pesquisadores experientes e familiarizados com o tema específico do manuscrito submetido. O processo é duplamente anônimo porque nem o autor sabe quem é o revisor, nem o revisor sabe quem é o autor -- suas identidades não são reveladas. No processo de revisão duplamente anônima, a qualidade do manuscrito é avaliada de acordo com os seguintes critérios: clareza, precisão, consistência e concisão; adequação da metodologia adotada; solidez e originalidade do(s) argumento(s) apresentado(s); relevância científica; atualidade das referências. Os avaliadores são recrutados na comunidade jurídico-acadêmica do país e do exterior que se dedica aos estudos de Teoria Jurídica Contemporânea. O critério para a seleção de avaliadores segue padrões internos rigorosos, dada sua importância para a qualidade do trabalho editorial. Em casos excepcionais, o avaliador é um pesquisador mais novo que possui competência específica para a avaliação do texto. O tempo esperado para a conclusão da avaliação é de aproximadamente dois meses. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

Os autores devem seguir as seguintes diretrizes:

1. Não é permitida qualquer referência que indique autoria.
2. Não será aceita a submissão simultânea de mais de uma proposta de artigo sob a mesma autoria. Caso isso ocorra, a segunda submissão não será avaliada.

3. Recomenda-se que os manuscritos submetidos não ultrapassem a quantidade de 20 páginas em fonte Times New Roman, tamanho 12 e espaçamento entre linhas 1.5.

4. As notas devem ser numeradas sequencialmente em números arábicos e colocadas em pé de página (rodapé).

5. As notas de pé de página que incluem informações de conteúdo devem ser breves e focadas em apenas um assunto. As notas de conteúdo podem também apontar o leitor para outras fontes.

6. O artigo deve incluir um resumo, com aproximadamente 10 linhas, além de indicar no mínimo 3 e no máximo 6 palavras-chave.

7. As palavras-chave são fundamentais para a correta indexação do trabalho. É recomendável incluir a palavra indicativa da subárea na qual se insere o trabalho. Recomenda-se ainda verificar a ocorrência das palavras em bases de dados nacionais e internacionais, como o vocabulário de autoridades da Biblioteca Nacional ([http://acervo.bn.br/sophia\\_web/](http://acervo.bn.br/sophia_web/)).

8. Quando o texto for redigido em português, o título, o resumo e as palavras-chave devem ser traduzidos para o inglês; quando redigido em inglês ou espanhol, para o português.

9. Citações diretas que não excedam três linhas devem permanecer no corpo do texto, entre aspas – sem itálico ou negrito. Citações diretas que excedam três linhas devem ser destacadas e recuadas da margem esquerda – sem itálico ou negrito.

10. Títulos de livros devem aparecer em itálico; títulos de artigos devem aparecer entre aspas. Palavras em latim ou língua estrangeira – tendo como referência a língua na qual o texto foi redigido – devem aparecer em itálico. O itálico também pode ser utilizado como recurso de ênfase pelo próprio autor. Jamais utilizar o negrito no corpo do texto.

11. As referências de citações diretas e indiretas devem aparecer em nota de rodapé e indicar somente o sobrenome do(s) autor(es), em caixa alta, seguido do ano de publicação e (quando for o caso) da página. Exemplo: HART, 1961, p. 15.

12. As referências completas devem ser indicadas em seção separada, após a conclusão, seguindo as regras técnicas da norma NBR 6023 (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

13. Os editores recomendam o uso de linguagem clara, precisa e consistente. O uso de linguagem inclusiva de gênero fica a critério do autor.

Este periódico possui diretrizes destinadas a promover uma política de integridade ética aplicável à atividade científica em toda a sua extensão – desde a concepção e realização de pesquisas à comunicação dos resultados. As diretrizes a seguir foram elaboradas tendo como referência as Diretrizes Básicas para a Integridade na Atividade Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); o Código de Boas Práticas Científicas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP); a Declaração Conjunta sobre Integridade em Pesquisa resultante do II Encontro Brasileiro de Integridade em Pesquisa, Ética na Ciência e em Publicações (II BRISPE); e o documento Cooperação entre Instituições de Pesquisa e Periódicos em Casos de Integridade em Pesquisa: Orientação do Comitê Internacional de Ética em Publicações elaborado pelo do Committee on Publication Ethics.

Para mais informações sobre nossas diretrizes, consulte nossa plataforma em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/index>.

