



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC
v.45, jan./dez. 2025

Solicita-se permuta
Pídese canje
On demande l'échange
Si richiede la scambio
We ask for exchange
Wir bitten um Austausch.



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC
v.45, jan./dez. 2025

FORTALEZA - CE
2025



© 2025 NOMOS - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.
Este é um artigo publicado em acesso aberto sob a licença
Creative Commons Atribuição (CC-BY 4.0 Internacional).

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Volume 45.1 — Jan./dez. 2025

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Editora Assistente

Carolina Pereira Madureira

Julia Maria Araújo Queiroz

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

António José Avelãs Nunes

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Eric Canal-Forgues

Federico Di Bernardi

Fernando Araújo

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Giovanni Luchetti

Giovanni Moschetti

Jeffrey Owens

João Luís Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luís Caballero

Juarez Freitas

Júlia Motte-Baumvol

Luís M. Alonso Gonzáles

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, N. Semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

ISSN — 1807-3840

1 — Direito-Periódico.

1 — Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.



SOBRE OS AUTORES – ARTIGOS

Celso Antônio Pacheco Fiorillo

Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil

<https://orcid.org/0000-0001-6969-7043>

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor Titular e Pesquisador dos Programas de Doutorado/Mestrado em Direito Empresarial da UNINOVE (BRASIL) e professor convidado do Curso de Especialização em Direito do Agronegócio da Universidade Federal do Mato Grosso (BRASIL). Líder e pesquisador dos Grupos de Pesquisa do CNPq Tutela Jurídica das Empresas em face do Direito Ambiental Constitucional e Regulação e Empresa Transnacional – UNINOVE.

Mariana Barbosa Cirne

Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Brasília, Distrito Federal, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-9832-7225>

Mestre e Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Professora de Direito Constitucional, Ambiental, de Métodos e de Direitos Difusos e Coletivos do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Líder do Grupo de Pesquisa Clima, Argumentação e Separação de Poderes - CASP. Procuradora federal da Advocacia-Geral da União (AGU).

Arno Dal Ri Jr.

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, Santa Catarina, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0002-7734-0404>

Doutor em Direito Internacional pela Università Luigi Bocconi de Milão, na Itália, com pós-doutorado pela Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), na França, e pela Universiteit Gent, na Bélgica. Mestre em Direito e Política da União Europeia pela Università degli studi di Padova. Professor Titular de Teoria e História do Direito Internacional na Universidade Federal de Santa Catarina. “Ad Honorem” pela Université de Lille e “Associé” no IREDIES/École de Droit de la Sorbonne. E-mail: arnodalri@gmail.com.

Almir Megali Netor

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

<https://orcid.org/0000-0001-8675-8274>

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Residente de Estágio Pós-Doutoral pela UFMG. Professor da Pós-Graduação em Finanças Públicas da Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG). Assessor de Conselheiro do TCE-MG.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-2409-5804>

Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Pós-doutorado com bolsa da CAPES em Teoria do Direito (Universidade de Roma III). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (1D).

Enrico Lentini Gibotti

Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, São Paulo, Brasil

<https://orcid.org/0009-0003-5969-6276>

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em stricto sensu em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Advogado e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Pesquisador convidado na Pontifícia Universidade Católica de Chile.

Lucas Catib de Laurentiis

Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo, SP, Brasil

<https://orcid.org/0000-0001-5596-6695>

Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Universidade Estadual Paulista (Unesp) e professor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Pesquisador vinculado à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) e à Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). É doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (USP), especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP, graduado em Direito pela PUC-SP e em Filosofia pela USP.

Carlo José Napolitano

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Arquitetura Artes e Comunicação de Bauru, Bauru, São Paulo, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-6328-6398>

Professor Associado da Universidade Estadual Paulista - UNESP, Departamento de Ciências Humanas e Programa de Pós-Graduação em Comunicação, da Faculdade de Arquitetura, Artes, Comunicação e Design, da UNESP/Bauru/SP. Livre-Docente em Direito à Comunicação (2019), pós-Doutor pelo Departamento de Direito do Estado, da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo (2017), doutor em Sociologia pela Faculdade de Ciências e Letras da UNESP/Araraquara (2008), mestre em Direito pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino - ITE (2003) e graduado em Direito e Economia pela ITE (1997). Membro do grupo de pesquisa Mídia e Sociedade/CNPq, coordenador da linha de pesquisa Direito à Comunicação. Membro do Programa de Combate à Desinformação - STF. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional. Área de pesquisa: Direito à Comunicação. No momento pesquisa as Políticas Públicas de Comunicação das Cortes Constitucionais.

Ana Paula Balthazar Tostes

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-9642-6211>

Professora titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil, professora do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ) e do Departamento de Relações Internacionais (DRI/UERJ). É titular da Cátedra Jean Monnet (União Europeia) e pesquisadora sênior do Centro Brasileiro de Relações Internacionais (CEBRI). Membro da Diretoria Executiva do IPSA RC03 sobre Unificação Europeia. Possui doutorado em Ciência Política (IUPERJ, atualmente IESP) e pós-doutorado pela Universidade de São Paulo (USP). Foi pesquisadora visitante (2016-2017) na Universidade Livre de Berlim (FUB) e professora na Universidade Estadual de Michigan (MSU). Atualmente, é bolsista de Produtividade da FAPERJ (Prociência/UERJ) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Seus interesses de pesquisa incluem Estudos Europeus; transição verde e mudanças climáticas; instituições internacionais; e União Europeia.

Pedro Emanuel Barreto de Azevedo

Defensoria Pública da União, Teresina, Piauí, Brasil

<https://orcid.org/0009-0001-8922-0389>

Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2015). Pós-Graduação em Direito Processual Civil (2015). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2025). Bacharelado em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará. Atualmente é Defensor Público Federal - Defensoria Pública da União. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público (Constitucional, Internacional e Direitos Humanos)

Emmanuel Teófilo Furtado Filho

Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, Brasil

<https://orcid.org/0000-0003-3278-9985>

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), com nomeações no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD-UFC), onde atua como Vice-Coordenador. É doutor em Direito por meio de um acordo de cotutela internacional entre a Universidade Paris Cité e a UFC. Sua pesquisa situa-se principalmente no campo do Direito Internacional Público, em diálogo estruturado com o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho, e é marcada por uma investigação crítica das formas jurídicas pelas quais o poder tecnológico, econômico e institucional se organiza, bem como seus impactos sobre a soberania, o território, o trabalho e a democracia.

Maud Minois

Professora associada da Université Paris Cité. Membro do Comitê Francês de Direito Internacional Privado. Membro da EAPIL (Associação Europeia de Direito Internacional Privado).

Pauline Paillet

Professora de Direito Privado na Université Paris Cité. Diretora do Centro de Direito dos Negócios e Gestão (CEDAG). Membro do Institut Universitaire de France (IUF).

<https://orcid.org/0000-0001-8737-8521>



SUMÁRIO

ARTIGOS

EL MEDIO AMBIENTE DIGITAL Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA VINCULADA AL DERECHO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL
BRASILEÑO

Celso Antonio Pacheco Fiorillo 13

TRANSPARÊNCIA OU SIGILO: LIMITES PARA A ATIVIDADES DE INTELIGÊNCIA BRASILEIRA A PARTIR DO MODELO DE RACIONALIDADE
LEGISLATIVA DE ATIENZA

Mariana Barbosa Cirne 27

OS “FUNDADORES” DO DIREITO INTERNACIONAL E AS DOUTRINAS JURÍDICAS BRASILEIRAS: RECONSTRUÇÕES ACERCA DO
PAPEL DE ALBERICO GENTILI NA PRIMEIRA MODERNIDADE

Arno Dal Ri Jr 45

O ESCORPIÃO NO CÍRCULO DE FOGO: A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL É MILITANTE?

Almir Megali Netor, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira 73

MILITANT DEMOCRACIES AND CHILLING EFFECTS: SHOULD THERE BE A CONCERN?

Enrico Lentini Gibotti, Lucas Catib de Laurentiis, Carlo José Napolitano 95

ACTORNESS DA UE E SUA AMBIÇÃO REGULATÓRIA NO CAMPO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS

Ana Paula Balthazar Tostes 115

O CONTROLE MIGRATÓRIO NA PANDEMIA DE COVID-19: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO BRASIL E UNIÃO EUROPEIA

Pedro Emanuel Barreto de Azevedo, Emmanuel Teófilo Furtado Filho 127

LES RAPPORTS ENTRE L'ORDRE JURIDIQUE EUROPEEN ET LES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX (ETUDE DE DROIT INTERNATIONAL
PRIVE DE SOURCE EUROPEENNE)

Maud Minois 145

QUEL ENCADREMENT POUR LES CRYPTOMONNAIES ? PRÉSENTATION DU CADRE EUROPÉEN

Pauline Pailler 153



ARTIGOS



EL MEDIO AMBIENTE DIGITAL Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA VINCULADA AL DERECHO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEÑO

Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹

RESUMEN

El entorno digital, al establecer en el ámbito de nuestra Carta Magna deberes, derechos, obligaciones y régimen de responsabilidades inherentes a la manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la información, realizadas por seres humanos con la ayuda de computadoras/tecnología (art. 220 y siguientes del CF) en el pleno ejercicio de los derechos culturales garantizados a los brasileños y extranjeros residentes en el país (arts. 215 y 5 del CF) guiados por los principios fundamentales de la Constitución Federal (arts. 1 a 4), así como por el uso de la información como bien ambiental (Art. 225 del CF) define objetivamente la responsabilidad por su uso en vista de las actividades económicas realizadas en la sociedad de la información actual.

PALABRAS CLAVE: Transnacionales. Entorno digital. Derecho ambiental constitucional. Dignidad de la persona humana.

THE DIGITAL ENVIRONMENT AND ITS LEGAL PROTECTION LINKED TO BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ENVIRONMENTAL LAW

ABSTRACT

The digital environment, by establishing within the scope of our Magna Carta duties, rights, obligations and regime of responsibilities inherent to the manifestation of thought, creation, expression and information, carried out by human beings with the help of computers/technology (art. 220 et seq. of the CF) in the full exercise of the cultural rights guaranteed to Brazilians and foreigners residing in the country (arts. 215 and 5 of the CF) guided by the fundamental principles of the Federal Constitution (arts. 1 to 4), as well as for the use of information as an environmental good (Art. 225 of the CF) objectively defines the responsibility for its use in view of the economic activities carried out in the society of the current information.

KEYWORDS: Transnationals. Digital environment. Constitutional environmental law. Dignity of the human person.

¹ Advogado militante no âmbito do direito empresarial ambiental é o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil sendo também Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região (AMAZÔNIA LEGAL/BRASIL) é Director Académico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca (ESPAÑA). Chanceler da Academia de Direitos Humanos é professor convidado da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar (PORTUGAL), realizando anualmente o Congresso Luso Brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação. Professor Titular e Pesquisador dos Programas de Doutorado/Mestrado em Direito Empresarial da UNINOVE (BRASIL) e professor convidado do Curso de Especialização em Direito do Agronegócio da Universidade Federal do Mato Grosso (BRASIL). Líder e pesquisador dos Grupos de Pesquisa do CNPq Tutela Jurídica das Empresas em face do Direito Ambiental Constitucional (Linha de Pesquisa Sustentabilidade dos bens ambientais em face da ordem econômica constitucional) e Regulação e Empresa Transnacional (Linha de Pesquisa Direito Empresarial Ambiental Transnacional e Desenvolvimento Sustentável)-UNINOVE. Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil. <https://orcid.org/0000-0001-6969-7043>

1. EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN “MEDIO AMBIENTE” Y LAS RELACIONES HUMANAS: LA CONCEPCIÓN CULTURAL

El derecho positivo brasileño, define el medio ambiente en el nivel infraconstitucional como el “conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de naturaleza física, química y biológica”, que permite, alberga y rige la vida en todas sus formas” (Ley nº 6.938, art. 3, I). La expresión, sin embargo, en un sentido coloquial puede indicar redundancia. En otros idiomas, como el inglés, el término entorno es común, parafraseando la expresión francesa. En portugués, la expresión, que une los dos sustantivos, pasa a utilizarse de forma genérica para abordar cuestiones relacionadas con el mundo natural” (Fiorillo, 2024a).

El concepto jurídico de medio ambiente también puede compararse con el concepto ecológico. La ecología es la ciencia que tiene como objeto de estudio las relaciones entre organismos o grupos de organismos en su entorno. La expresión ecología fue desarrollada por Ernst Haeckel en 1869 y en su metodología no destaca el uso de la expresión ambiente, sino la de ecosistema, que en su concepción tradicional abarca el mundo biótico (seres vivos) y el mundo abiótico (ambiente físico, indicando relaciones con el aire, el agua, el suelo, el clima, el territorio). Este concepto también reúne las relaciones entre los seres y entre ellos y el mundo físico, en un constante intercambio y transformación de energía. El ecosistema es para la Ecología una unidad funcional básica, “que incluye tanto los organismos (comunidades bióticas) como el medio abiótico, influyendo cada uno de ellos en las propiedades del otro, siendo ambos necesarios para la conservación de la vida tal como existe en la Tierra (Odum, 2001).

A partir de estas definiciones, la jurídica y la ecológica de ecosistema, es posible cuestionar si el hombre y su estructura social, su forma de vida, pueden enmarcarse dentro de un concepto de medio ambiente. O también si los grupos humanos pueden formar un auténtico ecosistema. Para la respuesta es necesario realizar un razonamiento previo concentrado en dos líneas generales. En primer lugar, considerando la complejidad de las cuestiones ambientales, se debe analizar el enfoque que se debe dar a la protección del medio ambiente, cuestionando si es posible privilegiar sólo lo que interesa al hombre, en una visión estrictamente antropocéntrica. En segundo lugar, se examina la sociedad humana para señalar si debe verse como algo externo y extrínseco al medio ambiente.

Para responder a estas dos preguntas debemos recordar el momento histórico en que se redactó la ley que define la Política Nacional Ambiental y su recepción en la legalidad constitucional de 1988. En el momento de su redacción existía una fuerte preocupación por la protección del medio ambiente, sin embargo estrechamente relacionado con el crecimiento económico (Pierre, 2002). En este aspecto se justificaba una visión predominantemente cerrada a los intereses humanos, en lo que aquí se llama antropocentrismo estricto.

Con efecto.

Reafirmamos que al examinar el art. 255 de la Constitución de 1988, identificamos que el centro de protección constitucional se centra en la satisfacción de las necesidades humanas. Nuestra interpretación fue aceptada por el Supremo Tribunal Federal (Pleno) en 2017, estableciendo que:

“Este mismo cuidado debe ser adoptado por la Corte respecto de la cláusula constitucional que proclama el derecho fundamental a un ambiente ecológicamente equilibrado como esencial para una calidad de vida saludable (art. 225), sobre la cual hago constar el análisis detallado de

Celso Antônio Pacheco Fiorillo, para quien la Constitución de la República concluye que existen cuatro conceptos fundamentales dentro del ámbito del derecho ambiental: a) que toda persona tiene derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado; b) que el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado se refiere a la existencia de un bien de uso común de las personas y esencial para una calidad de vida saludable, generando un bien ambiental en nuestro orden; c) que la Carta Magna determina tanto al Poder Público como a la comunidad el deber de defender los bienes ambientales, así como el deber de preservarlos; d) que la defensa y preservación de los bienes ambientales están vinculadas no sólo a las generaciones presentes sino también a las futuras. La Constitución Federal de 1988, al incluir entre sus principios fundamentales la dignidad de la persona humana (art. 1, III), como base para interpretar todo el sistema constitucional, adoptó una visión explícitamente antropocéntrica, que se refleja en todos los actos infraconstitucionales. legislación, que también cubre la legislación ambiental. La Constituyente original dio a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país (arts. 12, I y 52 de la Carta Magna) una posición central en relación a nuestro sistema de derecho positivo. En este sentido, el Principio no. 1 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992: “Los seres humanos están en el centro de las preocupaciones sobre el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida sana y productiva, en armonía con la naturaleza”².

Con el objetivo de ratificar una vez más esta orientación, el Supremo Tribunal Federal (Pleno) fijó su interpretación sobre el tema en 2019 como se indica a continuación:

“En cuanto a la cláusula constitucional que proclama el derecho fundamental a un ambiente ecológicamente equilibrado como esencial para una sana calidad de vida (art. 225), dejo constancia del análisis detallado de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, para quien la Constitución de la República concluye por la presencia cuatro conceptos fundamentales dentro del ámbito del derecho ambiental: a) que toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado; b) que el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado se refiere a la existencia de un bien de uso común de las personas y esencial para una calidad de vida saludable, generando un bien ambiental en nuestro orden; c) que la Carta Magna determina tanto al Poder Público como a la comunidad el deber de defender los bienes ambientales, así como el deber de preservarlos; d) que la defensa y preservación de los bienes ambientales están vinculadas no sólo a las generaciones presentes sino también a las futuras. La Constitución Federal de 1988, al incluir entre sus principios fundamentales la dignidad de la persona humana (art. 1, III), como base para interpretar todo el sistema constitucional, adoptó una visión explícitamente antropocéntrica, que se refleja en todos los actos infraconstitucionales. legislación, que también cubre la legislación ambiental. La Constituyente original dio a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país (arts. 12, I y 52 de la Carta Magna) una posición central en relación a nuestro sistema de derecho positivo. En este sentido, el Principio no. 1 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992: “Los seres humanos están en el centro de las preocupaciones sobre el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida sana y productiva, en armonía con la naturaleza”³.

Así, la Constitución de 1988, al admitir el medio ambiente como un derecho fundamental, reconoce su vínculo con la dignidad humana y al mismo tiempo destaca la necesidad de buscar una protección más efectiva de los ecosistemas naturales que son necesarios para mantener un

² ADI 4066 - Órgão julgador: Tribunal Pleno - Relatora: Min. ROSA WEBER-Julgamento: 24/08/2017-Publicação: 07/03/2018

³ ADI 3470 - Órgão julgador: Tribunal Pleno - Relatora: Min. Rosa Weber- Julgamento: 29/11/2017-Publicação: 01/02/2019.

nivel ecológico menor de degradación. Este es el significado de la concepción antropocéntrica que debe tenerse presente en la época contemporánea, un concepto integral que busca un ambiente ecológicamente equilibrado, reconociendo las constantes fluctuaciones que involucran la interacción entre los seres vivos (humanos y no humanos), sus intercambios y transformaciones de la energía y también las relaciones de estos seres con el medio físico.

El entorno cultural comprende, como ya hemos dicho, las creaciones humanas. Por tanto, es posible considerar aquí las innovaciones tecnológicas que establecen las redes de comunicación, con sus características atemporales y transnacionales. Según Lorenzetti (2004) la evolución de los medios de comunicación, especialmente con la llegada de Internet, creó un “ciberespacio”, entendido como “un mundo digital dentro del cual hay una nueva forma de pensar que sigue ‘paradigmas digitales’, nuevos ciudadanos llamados ‘ ciberciudadanos’, un nuevo lenguaje, un espacio y tiempo diferente”. Si bien existen fuertes contradicciones en cuanto al acceso digital de la población, que parece bastante desigual entre países, es posible admitir la importancia de esta tecnología en las relaciones sociales contemporáneas. Por tanto, vale la pena evaluar su contribución a un replanteamiento de las estrategias de desarrollo sostenible”.

2. LA PERSONA HUMANA COMO DESTINATARIO DEL DERECHO AMBIENTAL BRASILEÑO

Es importante ratificar inmediatamente que la Constitución Federal de 1988, ampliamente mencionada en nuestros trabajos, al establecer en sus principios fundamentales la dignidad de la persona humana (art. 1, III) como base para interpretar todo el sistema constitucional, adoptó una visión (necesariamente con consecuencias en toda legislación infraconstitucional –incluida toda legislación ambiental) explícitamente antropocéntrica, dando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país (arts. 1, I y 5 de la Carta Magna) una posición central en relación a nuestro sistema de ley positiva.

Según esta visión del derecho constitucional brasileño positivo, el derecho al medio ambiente tiene como objetivo la satisfacción de las necesidades humanas. Sin embargo, el hecho antes mencionado no impide en modo alguno proteger la vida en todas sus formas, tal como determina el art. 3º de la Ley de Política Ambiental Nacional (Ley nº 6.938/81), cuyo concepto de medio ambiente fue, a nuestro juicio, plenamente aceptado (Fiorillo, 2024a).

Si a nivel infraconstitucional la Política Nacional Ambiental protege la vida en todas sus formas, y no es sólo el hombre quien tiene vida, entonces todo el que la tiene está protegido y amparado por el derecho ambiental, teniendo la certeza de que un bien, aunque sea no viva, puede ser ambiental, en la medida en que puede ser esencial para la sana calidad de vida de los demás, a la luz de lo que determina el art. 225 de la Constitución Federal (bien material o incluso inmaterial).

De esta manera, la vida que no es humana sólo puede ser protegida por el derecho ambiental en la medida en que su existencia implique garantizar la salubre calidad de vida de la persona humana, ya que en una sociedad organizada ésta es la destinataria de todas y cada una de las normas.

En este sentido, cabe destacar el Principio no. 1 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992:

“Los seres humanos están en el centro de las preocupaciones sobre el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida sana y productiva, en armonía con la naturaleza”.

De hecho, el derecho ambiental tiene una necesaria visión antropocéntrica, ya que el único animal racional es el hombre, y a él le corresponde preservar las especies, incluida la suya.

Por ello, cabe señalar que el art. 225 de la Constitución Federal de 1988 pretende establecer, en el mundo de lo que debe ser, un ambiente ecológicamente equilibrado para una calidad de vida saludable, fundamentalmente para la persona humana, y corresponde afirmar frente a nuestro derecho positivo que no sólo existe una visión antropocéntrica del medio ambiente en términos constitucionales, sino también una relación económica inseparable entre el bien ambiental y el beneficio que puede generar, así como con la supervivencia del propio medio ambiente (art. 1, IV, c/c art.170, VI, del CF).

De hecho, la vida humana sólo será posible con la permanencia de esta visión antropocéntrica –que, obviamente, no admite exageraciones–, ya que, como su nombre indica, el ecosistema engloba a los seres y sus interacciones positivas en un espacio físico determinado.

3. AMBIENTE CULTURAL

Cabe señalar conforme Fiorillo y Ferreira (2018) que el concepto de entorno cultural está previsto en el art. 216 de la Constitución Federal, que lo define de la siguiente manera:

“Art. 216. El patrimonio cultural brasileño constituye bienes de carácter material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, que hacen referencia a la identidad, la acción y la memoria de los diferentes grupos que forman la sociedad brasileña, entre los que se incluyen:

- I – formas de expresión;
- II – los modos de crear, de hacer y de vivir;
- III – creaciones científicas, artísticas y tecnológicas;
- IV – obras, objetos, documentos, edificios y otros espacios destinados a manifestaciones artístico-culturales;
- V – conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico”.

El bien que conforma el llamado patrimonio cultural traduce la historia de un pueblo, su formación, su cultura y, por tanto, los elementos identificativos de su ciudadanía, lo que constituye un principio rector fundamental de la República Federativa del Brasil.

Así, al atender al llamado proceso de civilización nacional, el entorno cultural resalta cómo los diferentes grupos humanos que forman la sociedad brasileña han desarrollado, desarrollan y desarrollarán sus formas de expresión, así como sus modos de crear, hacer y vivir (art. 215 del CF).

4. EL ENTORNO CULTURAL ANTE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

4.1. MEDIO AMBIENTE Y PATRIMONIO CULTURAL

Como se indicó anteriormente, el medio ambiente, a través de su propio concepto desarrollado en la Ley núm. 6.938/81, integrado en el art. 225 de la Constitución Federal, una connotación multifacética, ya que el objeto de protección se presenta en al menos cinco aspectos distintos, que responden al concepto de calidad de vida saludable para la persona humana.

En la protección del entorno cultural, el objeto inmediato de protección relacionado con la calidad de vida es el patrimonio cultural de un pueblo. Veamos su concepto.

4.2. CONCEPTO DE PATRIMONIO CULTURAL

Uno de los primeros conceptos de patrimonio cultural lo trajo el arte. 1º del Decreto-Ley núm. 25/37, que determinó que el conjunto de bienes muebles e inmuebles existentes en el país,

cuya conservación era de interés público, ya sea por su conexión con hechos memorables de la historia de Brasil, ya sea por su excepcional valor arqueológico o etnográfico valor, constituida patrimonio histórico y artístico nacional, bibliográfico o artístico.

Sin embargo, la Constitución Federal de 1988 incluyó en su art. 216 el concepto de patrimonio cultural pretende ser interpretado de manera autorizada, a saber:

“Arte. 216. El patrimonio cultural brasileño constituye bienes de carácter material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, que hacen referencia a la identidad, la acción y la memoria de los diferentes grupos que forman la sociedad brasileña, entre los que se incluyen:

- I – formas de expresión;
- II – los modos de crear, de hacer y de vivir;
- III – creaciones científicas, artísticas y tecnológicas;
- IV – obras, objetos, documentos, edificios y otros espacios destinados a manifestaciones artístico-culturales;
- V – conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico”.

Como se puede observar, la Constitución no restringe ningún tipo de bien, por lo que pueden ser materiales o inmateriales, individuales o colectivos, muebles o inmuebles. Además, son capaces de proteger, independientemente de que hayan sido creados por intervención humana.

Para que un bien sea considerado patrimonio histórico, es necesario que tenga una conexión vinculante con la identidad, la acción y la memoria de los diferentes grupos que forman la sociedad brasileña.

Además, cabe destacar que el art. 216 no constituye una lista exhaustiva de elementos, pues utiliza la expresión en la que están incluidos, admitiendo que puedan existir otros.

4.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL Y SUS EFECTOS EN LA COMUNICACIÓN SOCIAL (ART. 220 DEL CF): EL ENTORNO DIGITAL

Todo bien relativo a nuestra cultura, identidad, memoria, etc., una vez reconocido como patrimonio cultural, queda incluido en la categoría de bien ambiental y, en consecuencia, difuso.

Además, además de que resulta evidente en el ordenamiento jurídico constitucional, como se indicó anteriormente, que las formas de expresión, los modos de crear, hacer y vivir forman parte de la figura jurídica constitucional de patrimonio cultural, se debe verificar que el art. 215, caput y § 1, de la Constitución Federal de 1988 determina:

“Arte. 215. El Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará y fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales.

§ 1 El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afrobrasileñas, y las de otros grupos que participan en el proceso de civilización nacional”.

Así, al establecer el deber del Poder Público, con la colaboración de la comunidad, de preservar el patrimonio cultural, la Constitución Federal ratifica la naturaleza jurídica del bien difuso, por ser de uso común de todos. Un uso colmado de los elementos de fruición (uso y goce del bien objeto del derecho) sin comprometer su integridad, de modo que otros poseedores, incluidos los de las generaciones futuras, puedan también ejercer plenamente el mismo derecho (art. 225 del CF).

De ahí que quede bien caracterizado que las formas de expresión, así como las manifestaciones de las culturas populares, así como los grupos que participan en nuestro proceso civilizatorio nacional, están protegidas por el entorno cultural a nivel constitucional, es decir, la manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la información en cualquier forma, proceso o vehículo (art. 220 del CF) no refleja más que las formas, procesos y vehículos utilizados por la persona humana, que en vista de su etapa cultural actual (proceso de civilización nacional en el que se encuentra), tiene por objeto satisfacer sus necesidades dentro de un estándar cultural vinculado a su dignidad (art. 1, III, del CF) ante el ordenamiento jurídico del capitalismo (art. 1, IV, del CF) y adaptado a la protección jurídica del medio ambiente cultural (arts. 215 y 216 del CF).

El entorno cultural, como consecuencia, se manifiesta en el siglo XXI en nuestro país precisamente frente a una cultura que transita por diferentes vehículos revelando un nuevo proceso civilizatorio necesariamente adaptado a la sociedad de la información, es decir, una nueva forma de vivir relacionada con una cultura de convergencia en la que la radio, la televisión, el cine, los videojuegos, internet, las comunicaciones a través de llamadas fijas y móviles, etc. dan forma a una “nueva vida” que revela una nueva faceta del entorno cultural, a saber: el entorno digital.

4.4. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y ENTORNO DIGITAL

Como enseñan Asa Briggs y Peter Burke (2006), una de las personas más elocuentes para abordar la llamada “sociedad de la información” habría sido un joven norteamericano, Marc Porat, quien publicó un artículo en 1977 titulado, en su primera versión, “Global Implicaciones en la sociedad de la información”. El texto, explican, “había sido encargado por la Agencia de Información de Estados Unidos”, y lo cierto es que la expresión ya había pasado al lenguaje común durante los años 1960; En aquel momento, la palabra “información” también se había incorporado a la expresión “tecnología de la información” (TI), utilizada por primera vez en los círculos administrativos y en la “teoría de la información” de las matemáticas.

El verbo medieval “enforme, informar”, tomado del francés, como explican Briggs y Burke, “destinaba a dar forma o modelar”, y la nueva expresión “sociedad de la información” dio forma o modeló un conjunto de aspectos relacionados con la comunicación – conocimiento, noticias. Literatura, entretenimiento, todo intercambiado entre diferentes medios y elementos mediáticos: papel, tinta, pantallas, pinturas, celuloide, cine, radio, televisión y computadoras.

“A partir de los años 60, todos los mensajes, públicos y privados, verbales o visuales, comenzaron a ser considerados ‘datos’, información que podía transmitirse, recopilarse y registrarse, cualquiera que fuera su lugar de origen, preferentemente a través de tecnología electrónica”.

Así, como se mencionó anteriormente, la manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la información de la persona humana ha sufrido en el siglo XXI, frente a un nuevo proceso civilizatorio representativo de la manifestación de nuevas culturas, de carácter marcadamente difuso, evidentemente en vista de las formas, procesos y vehículos de comunicación de masas, especialmente con el uso de ondas electromagnéticas (Radio y Televisión), ampliamente estudiado en el libro *El Derecho a la Antena ante el Derecho Ambiental Brasileño* (Fiorillo, 2000), así como con la llegada de la red informática de alcance Global formada por innumerables y diferentes máquinas interconectadas alrededor del mundo (internet).

El entorno digital, en consecuencia y como bien lo observa Fiorillo (Fiorillo, 2024b; Fiorillo, 2023a; Fiorillo, 2023b; Fiorillo, 2023c; Fiorillo, 2017a; Fiorillo, 2017b; Fiorillo, 2016;

Fiorillo, 2015a; Fiorillo, 2015b) establece en el ámbito de nuestro derecho positivo deberes, derechos, obligaciones y régimen de responsabilidades inherentes a la manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la información. realizadas por seres humanos con ayuda de computadoras (art. 220 del CF) en el pleno ejercicio de los derechos culturales garantizados a los brasileños y extranjeros residentes en el país (arts. 215 y 5 del CF) guiados por los principios fundamentales de la Constitución Federal (artículos 1 a 4).

En el siglo XXI, este es sin duda uno de los aspectos más importantes del derecho ambiental brasileño dirigido a las generaciones presentes y futuras (art. 225 del CF), verdadero objetivo fundamental que debe ser garantizado por la protección jurídica de nuestro entorno cultural (art. 3 del CF), especialmente en vista del “abismo digital” que aún vivimos en Brasil.

5. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES ANTE ACTIVIDADES POTENCIALMENTE CAUSANTES DE UNA DEGRADACIÓN SIGNIFICATIVA DEL MEDIO AMBIENTE DENTRO DEL ENTORNO DIGITAL.

En el contexto del entorno digital y de cara a la necesaria aplicación de los principios del derecho ambiental constitucional al tema, podemos identificar en el principio de quien contamina paga dos órbitas de importante alcance en cuanto a las acciones de las empresas transnacionales que controlan el uso de medios digitales: a) busca prevenir la ocurrencia de daños ambientales (carácter preventivo); y b) una vez ocurrido el daño, se busca repararlo (carácter represivo). Así, inicialmente, el contaminador, como obligado, está obligado a soportar los costos de prevención de los daños al medio ambiente que su actividad pueda causar. Además de preparar la EPIA necesaria, le corresponde a él utilizar los instrumentos necesarios para evitar daños. En una segunda órbita de alcance, este principio aclara que, si se producen daños al medio ambiente debido a la actividad realizada, es decir, la actividad realizada por las empresas, incluidas obviamente las empresas transnacionales que desarrollan sus actividades en el ámbito del entorno digital / economía digital, el contaminador será responsable de su reparación, es decir, y como advirtió el Ministro Marco Aurélio en ADI 3378 “el hecho verificado, el daño, porque no se puede considerar la compensación, a priori, sin verificar el daño”.

La obligación de reparar el daño se ajusta, por tanto, al principio constitucional del derecho ambiental de quien contamina paga, señalando que nuestra Carta Magna, al establecer que las conductas y actividades consideradas nocivas para el medio ambiente someterá a los infractores, sean personas naturales o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado (Art.225, § 3º) definiendo en un nivel constitucional superior el significado jurídico de contaminador y contaminación y estableciendo directrices constitucionales superiores aplicables al entorno cultural/entorno digital, medio ambiente ambiente artificial, ambiente de trabajo/salud ambiental y ambiente natural.

En la Constitución Federal de 1988 encontramos el principio previsto en el art. 225, artículo 3:

“3.º Las conductas y actividades consideradas nocivas para el medio ambiente someterán a los infractores, ya sean personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, con independencia de la obligación de reparar el daño causado.”

Vale señalar que en la órbita represiva del principio de quien contamina paga incide la mal llamada “responsabilidad civil”, en sentido estricto la responsabilidad constitucional de reparar

los daños causados, argumento que incluso fue aceptado por el Tribunal Supremo Federal como didácticamente observado por el Ministro Edson Fachin en ADI 5547⁴.

Con ello, es correcto afirmar que el principio de quien contamina paga determina la incidencia y aplicación de algunos aspectos del régimen jurídico de la mal llamada “responsabilidad civil” frente al daño ambiental, y, por tanto, de las normas constitucionales de responsabilidad ambiental. de las empresas, el saber:

- a) la prioridad de reparación específica del daño ambiental;
- b) la llamada responsabilidad “civil” objetiva^{5 6 7 8} e
- c) solidaridad^{9 10} para soportar los daños causados al medio ambiente.

De ahí la advertencia de Cesare Trapuzzano (2021) cuando observó que “el principio de solidaridad impregna todo el sistema de responsabilidad civil, constituyendo la esencia central de todo el sistema que cubre la exigencia de la responsabilidad de la sociedad civil”.

En efecto, el citado principio asegura el cumplimiento de la especificidad adoptada en

⁴ “Según la reflexión que desarrollé en la sentencia ADC n. 42, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.02.2018, esta interpretación, por un lado, identifica el derecho al medio ambiente como un verdadero derecho fundamental, atrayendo, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 5º, § 2º, de la CRFB; por otro lado, señala que existe una especificidad de esta protección que no la equipara exclusivamente al individuo singularmente considerado. De hecho, es precisamente la protección ambiental la que da especificidad a este derecho fundamental, y el eventual daño ambiental es, por naturaleza, distinto del definido clásicamente en términos de legislación civil, teniendo causas múltiples y confluentes (énfasis añadido)” ADI 5547 Órgano juzgador : Relator del Pleno: Min. Edson Fachin Sentencia: 22/09/2020 Publicación: 06/10/2020.

⁵ “L’idea della responsabilita` oggettiva e nata a pari passo con il fenomeno dell’industrializzazione, il quale ha comportato, assieme al maggiore benessere materiale, nuove esigenze derivanti dal moltiplicarsi dei rischi e dei danni, in numero e in grandezza”. Baura, Eduardo. Il Principio Della Colpa E La Responsabilita` Oggettiva Estratto dal volume: La Responsabilita` Giuridica Degli Enti Ecclesiastici a cura di Eduardo Baura e Fernando Puig, Giuffrè Francis Lefebvre 2020

⁶ Nell’ambito civile, nonostante l’assunzione della colpa aquiliana nella legislazione e nella prassi giuridica, si e` via via affermata con sempre maggiore fermezza l’idea di poter esigere una responsabilita` oggettiva ovvero senza colpa, onde poter fronteggiare efficacemente l’esigenza di riparare i danni”. Baura, Eduardo. Il principio della colpa e la responsabilita` oggettiva Estratto dal volume: La responsabilita` giuridica degli enti ecclesiastici a cura di Eduardo Baura e Fernando Puig, Giuffrè Francis Lefebvre 2020.

⁷ “La responsabilita` è oggettiva quando prescinde dall’elemento soggettivo (dolo o colpa): ad esempio, la responsabilita` per l’esercizio di attività pericolose, per il danno cagionato da animali, da rovina di edificio, da cose in custodia. Il campo della responsabilita` oggettiva si estende sempre più, come sopra è stato detto, sia per la difficoltà della prova di un nesso di causalità fra condotta di un soggetto e danno, sia per la necessità sociale di provvedere in ogni caso al risarcimento del danno cagionato da attività particolarmente pericolose, sia per contenere entro limiti accettabili la misura della responsabilita`, pur nel rispetto dell’adeguatezza del risarcimento” Responsabilita` oggettiva <https://www.treccani.it/enciclopedia/responsabilita-oggettiva-diritto-civile> acceso em 01 de maio de 2023.

⁸ La ley de Política Ambiental Nacional (ley 6938/81) establece que: Art. 14 - Sin perjuicio de las sanciones definidas por la legislación federal, estatal y municipal, el incumplimiento de las medidas necesarias para preservar o corregir los inconvenientes y daños causados por la Degradación de la calidad ambiental someterá a los infractores a: § 1. Sin impedir la aplicación de las sanciones previstas en este artículo, el contaminador está obligado, cualquiera que sea la existencia de culpa, a compensar o reparar los daños causados al medio ambiente y a terceros, afectado por su actividad. El Ministerio Público de la Unión y de los Estados tendrán legitimación para proponer acciones de responsabilidad civil y penal por daños causados al medio ambiente. Ver en detalle Fiorillo, Celso Antonio Pacheco ; Ferreira, Renata Marques. La política ambiental nacional (ley 6938/81) frente al derecho ambiental constitucional brasileño. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

⁹ “In via di prima approssimazione si può definire la solidarietà come la posizione che accomuna una pluralità di creditori o debitori di una medesima prestazione i quali hanno ciascuno, rispettivamente, il potere di esigere, ovvero, il dovere di adempiere l’intera obbligazione”. Vide Nozione ed Evoluzione Storica della Regola di Solidarietà Passiva <https://www.giappichelli.it/media/catalog/product/excerpt/9788892103412.pdf>

¹⁰ Le espressioni in solidum teneri e in solidum obligari affondano le proprie origini nel diritto romano arcaico e individuano il concetto di una pluralità di soggetti tenuti all’adempimento “per intero” di una medesima prestazione. Tali espressioni intendono esprimere il concetto generico di un “tutto illimitato” contrapposto all’idea di una divisione, limitazione o restrizione.” Vide P. Melucci. La Teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano, Milano, 1884, p. 7. I Romani parlano infatti di obbligazione insolidum in antitesi rispetto alle obbligazioni pro parte o pro rata: cfr. E. Albertario, Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali, Milano, 1948, p. 11. In merito va poi richiamata la recente e approfondita analisi di L. Parenti, In solidum obligari, Contributo allo studio della solidarietà da attecimento, ESI, Napoli, 2012.

materia de derecho ambiental en vista de lo evidente y principalmente determinado por nuestro sistema normativo superior que asegura el derecho a la indemnización por el daño material o moral resultante de su violación (Art.5º en nuestra Carta Magna la indemnización por daño material, moral o de imagen (Art.5º,V) particularmente en vista de lo que determina el Art.225, §3º de la Constitución Federal (cultural/digital, ambiente artificial, ambiente de trabajo/salud ambiental y natural) y principalmente el artículo 216, párrafo 4 de la Constitución Federal (entorno cultural/entorno digital).

Cabe señalar también que, dada la naturaleza jurídica constitucional de los bienes ambientales, así como su carácter esencial, las acciones jurídicas encaminadas a su protección son imprescriptibles según la interpretación defendida por Fiorillo desde principios de siglo (2000), interpretación que luego fue adoptada por la Corte Suprema de Justicia Federal en 2020, estableciendo la siguiente tesis: “La demanda de indemnización civil por daño ambiental es imprescriptible”¹¹.

En todo caso, debemos resaltar que la obligación de reparar el daño antes señalado debe observar el principio constitucional de solidaridad (Art. 3, I del CF)¹². Es decir, las actividades económicas que lesionan derechos dentro de la sociedad de la información están sujetas al objetivo fundamental de nuestra República de una sociedad solidaria.

Abordar, por tanto, una obligación conjunta que nuestra Carta Magna impone a las empresas transnacionales, muy bien explicada por Yang (2017) en el contexto del entorno digital, dadas las actividades potencialmente causantes de una degradación significativa del medio ambiente en el ámbito del entorno digital/economía digital. es decir, una corresponsabilidad determinada por nuestra Ley Mayor.

De ahí la existencia en un ámbito normativo superior de una concepción importante citada por Polacchini (2016), a saber, “non più tanto l'integrità e la totalità della prestazione, conformemente al senso della parola latina, quanto piuttosto l'idea di una assistenza, cooperazione e protezione tra i protagonisti del rapporto obbligatorio soggettivamente complesso. **Questo percorso ha poi ottenuto definitivo avallo ad opera dei principi costituzionali**”¹³(grifos nossos) ,ou seja, “**un valore fondante dell'ordinamento giuridico operante in tutti i suoi settori e così anche all'interno del diritto delle obbligazioni**”(grifo nostro) reconociendo, como advierte el citado autor, que “La solidarietà ha raggiunto la dimensione costituzionale soltanto a seguito di un lento processo di positivizzazione, in esito al quale è transitata dalla sfera etico-religiosa a quella politica e, infine, quella giuridica”

La razón subyacente que justifica el cumplimiento de los deberes debe identificarse precisamente en el principio de solidaridad “che impone, nel soddisfare i propri diritti, di farsi carico anche di una parte dei bisogni degli altri, accettando anche una limitazione della propria sfera, ancorché sul piano dei diritti fondamentali. Ecco dunque che le reciproche situazioni di diritto e dovere si bilanciano nella solidarietà. Ciò è tanto importante quanto più si consideri l'attuale crescita globalizzata connotata da una vasta competitività nel consumo delle ricchezze,

¹¹ RE 654833/Repercussão Geral – Mérito (Tema 999). Órgão julgador: Tribunal Pleno/Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/04/2020. Publicação: 24/06/2020.

¹² Ementa: Meio Ambiente - Direito a la Conservación de su Integridad (CF, ART. 225) - prerrogativa calificada por su carácter de meta-individualidad - derecho de tercera generación (o nueva dimensión) que potencia el postulado de solidaridad - necesidad de prevenir la transgresión que este derecho causa los conflictos intergeneracionales estallarán dentro de la colectividad”. ADI 3540 - Órgano juzgador: Pleno Relator: Min. Celso de Mello. Sentencia: 09/01/2005. Publicación: 02/03/2006.

¹³ Vide Nozione ed evoluzione storica della regola di solidarietà passiva <https://www.giappichelli.it/media/catalog/product/excerpt/9788892103412.pdf>

anche individuali, nonché le disuguaglianze economiche” como destaca Camilla Serraiotto (2018), por lo que en la dimensión económica superior es posible entender que “la solidarietà costituzionale può trovare il proprio significato solo in relazione alla possibilità di modificare le condizioni di redistribuzione degli utili e del reddito. Talvolta la solidarietà limita l’esercizio delle libertà economiche”.

La obligación solidaria que impone nuestra Carta Magna a las empresas transnacionales frente a actividades potencialmente causantes de una degradación significativa del medio ambiente en el ámbito del entorno digital/economía digital se aplica evidente en el ámbito del entorno digital¹⁴, siendo ciertos que, también como Ejemplo de lo que ocurre en el ámbito de la economía digital, se debe adoptar como regla básica la responsabilidad objetiva ya que, a la vista de todos los argumentos ya aducidos en este libro, deriva de nuestra propia Ley Mayor.

De ahí que China establezca, por ejemplo, en sus Medidas Provisionales para la Gestión de Servicios de Inteligencia Artificial Generativa¹⁵ que “los proveedores asumirán la responsabilidad como productores de contenidos de información de la red, de conformidad con la ley, y cumplirán con las obligaciones de seguridad de la información de la red. Si se trata de información personal, asumiremos las responsabilidades del procesador de información personal de acuerdo con la ley y cumpliremos con las obligaciones de proteger la información personal (Artículo 9)”, generando incluso las más variadas interpretaciones como la del profesor Zhou Xuefeng (2023). quien, al reconocer que “en el contexto jurídico actual, la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial generativa involucra muchas cuestiones jurídicas complejas y aún existen muchas incertidumbres en la aplicación de la ley” teniendo la certeza de que traer “los sistemas de software de inteligencia artificial generativa representados Por un lenguaje extenso sobre el alcance de la responsabilidad del producto puede no ser la mejor opción de política legal. A través del sistema general de responsabilidad civil, complementado con reglas de presunción de culpabilidad, no sólo puede resolver el problema de la dificultad de la víctima para aportar pruebas, sino también facilitar el ajuste dinámico del peso de la responsabilidad del proveedor de inteligencia artificial generativa a través del mecanismo. de control judicial. Para mantener el equilibrio de intereses entre los proveedores de inteligencia artificial generativa y las víctimas, la obligación de eliminar el impacto de la información infractora y evitar que el sistema vuelva a generar información infractora puede imponerse a los proveedores mediante “notificación y eliminación” o incluso que de Wang Ying (2022) quien, al aducir que “en la era de la inteligencia artificial, la gente también demostrará que los algoritmos no son una zona de vacío de responsabilidad” advierte que “los problemas de responsabilidad causados por las características técnicas emergentes de los algoritmos no declaran la muerte de la inteligencia artificial Responsabilidad legal: Se debe

¹⁴ FIORILLO, Celso Antono Pacheco. Inteligência Artificial e a regulação das empresas transnacionais em face da tutela jurídica constitucional do meio ambiente digital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

¹⁵ “Capítulo 5 Disposiciones Adicionales

Artículo 22 En las presentes Medidas se entienden los siguientes términos:

(1) La tecnología de inteligencia artificial generativa se refiere a modelos y tecnologías relacionados con la capacidad de generar texto, imágenes, audio, video y otros contenidos.

(2) Los proveedores de servicios de inteligencia artificial generativa se refieren a organizaciones e individuos que utilizan tecnología de inteligencia artificial generativa para proporcionar servicios de inteligencia artificial generativa (incluido el suministro de servicios de inteligencia artificial generativa mediante el suministro de interfaces programables, etc.).

(3) Los usuarios de servicios de inteligencia artificial generativa se refieren a organizaciones e individuos que utilizan servicios de inteligencia artificial generativa para generar contenido”. 2023. Disponible en: http://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c_1690898327029107.htm.. Consultado el 25 de enero de 2024

probar la aplicabilidad y posibilidades de expansión de las teorías tradicionales de responsabilidad en escenarios de algoritmos de inteligencia artificial, y se debe construir un sistema jerárquico de inteligencia artificial basado en las características técnicas de los algoritmos. La estructura de responsabilidad del algoritmo pone en juego activamente la función de compensación y prevención de daños del sistema de responsabilidad y forma un circuito cerrado completo de regulaciones pre-regulatorias y post-regulatorias para abordar las infracciones algorítmicas: para la atribución algorítmica de daños que produce resultados de infracción específicos, Se definen responsabilidades separadas dominadas por causas y responsabilidades no ejecutivas. El primero se refiere a la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva para algoritmos que tienen la posibilidad técnica de comprender y controlar, mientras que el segundo se refiere a la responsabilidad de tipo obligación para los algoritmos que no tienen la posibilidad técnica de comprender y controlar, configurando algoritmos de evitación para los diseñadores de algoritmos. y usuarios. La obligación de realizar el riesgo de infracción o la obligación de proteger los intereses legales de los usuarios y del público y las responsabilidades correspondientes; para la obstrucción algorítmica, dado que no existe un resultado específico de violación de derechos, no hay cuestión de responsabilidad por el resultado, y la obstrucción algorítmica solo necesita estar prohibida, establecer violaciones administrativas correspondientes o crear molestias públicas similares a la ley de daños o incluso infractores. resúmenes peligrosos en derecho penal para la rendición de cuentas”.

Por otro lado, también es útil recordar que en el contexto europeo “la comercialización, la puesta en servicio o el uso de determinados sistemas de IA diseñados para distorsionar el comportamiento humano, que puedan causar daños físicos o psicológicos, deben ser prohibido. Estos sistemas de IA utilizan componentes subliminales que no son detectables por los humanos o explotan vulnerabilidades en niños y adultos asociadas con su edad y discapacidades físicas o mentales. La intención de estos sistemas es distorsionar sustancialmente el comportamiento de una persona de una manera que cause o pueda causar daño a esa u otra persona. Es posible que no se detecte la intención si la distorsión del comportamiento humano resulta de factores externos al sistema de IA que están fuera del control del proveedor o usuario. La prohibición no puede impedir la investigación de dichos sistemas de IA con fines legítimos, siempre que dicha investigación no implique el uso del sistema de IA en relaciones entre humanos y máquinas que exponga a personas físicas a daños y se lleve a cabo de conformidad con normas éticas reconocidas para el fines de la investigación científica”¹⁶.

Se trata de importantes indicaciones legislativas en términos del entorno digital, hoy fuertemente afectado por las innovaciones tecnológicas de la Inteligencia Artificial que, de todos modos, en el ámbito de Brasil, ya cuentan con un marco normativo seguro a favor de valores fundamentales en defensa de la dignidad de la persona humana...

REFERENCIAS

BAURA, Eduardo; PUIG, Fernando. **La responsabilità giuridica degli enti ecclesiastici**. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

¹⁶ Parlamento Europeo 2019-2024 textos aprobados p9_TA(2023)0236 Reglamento sobre Inteligencia Artificial - Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo, el 14 de junio de 2023, a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Artificial Reglamento de Inteligencia) y modifica determinados actos legislativos de la unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))1 - (Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura) exposición de motivos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. **Uma história social da mídia: de Gutenberg à internet**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2024a.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Inteligência Artificial e a regulação das empresas transnacionais em face da tutela jurídica constitucional do meio ambiente digital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024b.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **As empresas jornalísticas transnacionais no âmbito da sociedade da informação e sua tutela jurídica em face do direito ambiental constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023a.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **A regulação das empresas transnacionais no âmbito da economia digital em face do direito ambiental constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023b.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Balizamento Jurídico da Censura em face das Empresas Transnacionais de Mídia Social no Brasil no âmbito da Tutela Constitucional do Meio Ambiente Digital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023c.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco ; FERREIRA, Renata Marques. **Liberdade de expressão e direito de resposta na Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017a.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Tutela Jurídica do Whatsapp na Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017b.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes no Meio Ambiente Digital em face da Sociedade da Informação**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Marco Civil da Internet e o Meio Ambiente Digital na Sociedade da Informação**. São Paulo: Saraiva, 2015a.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação: A tutela jurídica do meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva 2015b.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELUCCI, Pasquale. **La Teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano**. Milano: [s. n.], 1884, p. 7. (I Romani parlano infatti di obbligazione insolidum in antitesi rispetto alle obbligazioni pro parte o pro rata: cfr. E. Albertario, Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali, Milano, 1948, p. 11. In merito va poi richiamata la recente e approfondita analisi di L. Parenti, In solidum obligari, Contributo allo studio della solidarietà da attecito, ESI, Napoli, 2012).

ODUM, Eugene. **Fundamentos de ecologia**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PIERRI, Naína. **Análisis crítico del instrumento de evaluación de impacto ambiental**: su aplicación en Uruguay. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2002.

POLACCHINI, Francesca. **Doveri Costituzionali e Principio di Solidarietà**. Bononia: University Press, 2016.

SERRAIOTTO, Camilla. **La solidarietà nella responsabilità civile tra tendenze espansive e nuovi impieghi limitativi**. Trento: Università degli Studi di Trento, 2018.

TRAPUZZANO, Cesare. Principio costituzionale di solidarietà nelle obbligazioni. **IUS Responsabilità Civile**, 05 ago. 2021. Disponibile presso: <https://ius.lefebvre.giuffre.it/dettaglio/9321554/principio-costituzionale-di-solidarieta-nelle-obbligazioni> Consultato il: 04 mar. 2024.



TRANSPARÊNCIA OU SIGILO: LIMITES PARA A ATIVIDADES DE INTELIGÊNCIA BRASILEIRA A PARTIR DO MODELO DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA DE ATIENZA

Mariana Barbosa Cirne¹

RESUMO

O Estado brasileiro tem o dever de ser transparente. A Lei de acesso à informação (LAI) materializou essa escolha constitucional. Apesar disso, o embate entre transparência e sigilo das atividades de inteligência permanece atual. A partir do modelo de racionalidade legislativa de Manuel Atienza, este artigo pretende discutir os limites da argumentação jurídica quanto ao reconhecimento de um sigilo específico para as atividades brasileiras de inteligência após a edição da Lei de Acesso à Informação. Por meio de revisão bibliográfica, jurisprudencial e documental, pretende-se contribuir com o debate por meio do estudo dos argumentos do processo legislativo da LAI. Como resposta, foi possível perceber que não há espaço para reconhecer um sigilo eterno para a ABIN. Isso só seria viável por meio de uma alteração legislativa. Com este estudo, busca-se endossar a publicidade como regra e o sigilo exceção por meio do estudo do debate argumentativo do processo legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: sigilo. transparência. racionalidade legislativa. argumentação. atividade de inteligência.

TRANSPARENCY OR SECRECY: LIMITS FOR BRAZILIAN INTELLIGENCE ACTIVITIES FROM THE PERSPECTIVE OF ATIENZA'S
LEGISLATIVE RATIONALITY MODEL

ABSTRACT

The Brazilian State must be transparent. The Information's Access Law materialized this constitutional choice. Despite this, the conflict between transparency and secrecy of intelligence activities remains current. This study used the Manuel Atienza's model of legislative rationality to discuss the limits of legal arguments regarding the recognition of a specific secrecy for Brazilian intelligence activities after the publication of the Information's Access Law. The article did a bibliographical, jurisprudential and documentary review to contribute to the debate by studying the arguments of the legislative process. In response, it was possible to see that there is no space to recognize an eternal secrecy for Brazilian intelligence's agency. This would be possible through a legislative amendment. This study endorse transparency as a rule and secrecy as an exception. This conclusion appears after a study of the argumentative debate of the legislative process.

KEYWORDS: secrecy. Transparency. legislative rationality. argumentation. intelligence activity.

¹ Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Brasília, Distrito Federal, Brasil . <https://orcid.org/0000-0002-9832-7225>

INTRODUÇÃO

Este artigo discute os limites da argumentação jurídica para reconhecer um sigilo eterno para as atividades brasileiras de inteligência a partir de um modelo de racionalidade legislativa de Manuel Atienza (2004; 1997).

O ordenamento brasileiro se pauta na transparência pública (Taborda, 2002, p. 254; Kalkmann, 2019; Brasil, 2019), nos termos do art. 37, 216 e 5º, incisos X, XXXIII, e XXXIV, e LXXII da Constituição de 1988² (Brasil, [2021]). A edição da Lei de Acesso à Informação (LAI) reforçou essa escolha, ao estabelecer procedimentos objetivos e ágeis com a finalidade de garantir a transparência da Administração Pública brasileira (Michener; Contreras; Niskier, 2018; Aguiar, 2018). Definiu, ainda, restrições e limites ao sigilo (Rosa, 2017).

O cerne deste artigo está no conflito entre a parte final do art. 9º-A da Lei nº 9.883, de 1999 (Lei da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN) (Brasil, 1999), e o art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI) (Brasil, 2011). Apesar de saber que esta antinomia poderia ser resolvida por meio das regras da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Brasil, 1942), ante a coerência, unidade e completude do ordenamento (Cardoso, 2012), este estudo pretende dar um passo a mais e estudar a racionalidade legislativa do processo legislativo (Atienza, 2004, 2007) que deu ensejo à Lei de Acesso à Informação (Brasil, 2011).

Essa pesquisa se pauta, portanto, nos debates do Projeto de Lei nº 41, de 2010 (Brasil, 2010) (nº 219/03, Brasil, 2003), que democraticamente deram ensejo à LAI. Para tal empreitada, o trabalho escolheu como marco teórico a Teoria da Argumentação Legislativa de Manuel Atienza (1997; 2004) e seus 5 níveis de racionalidade.

Isso porque a interpretação da LAI e da Lei da ABIN não deve se limitar ao contexto judicial, envolvendo também o Legislativo e o Executivo (Rossi, Pamplona, 2017). Com isso, espera-se demonstrar a relevância jurídica do debate deste artigo. Há, ainda, evidente interesse político e jurídico no estudo. O embate de forças entre transparência e sigilo permanece atual³. Não bastasse isso, o debate está em andamento no Processo Administrativo nº 00077.000053/2013-60 (Brasil, 2013), dentro do Poder Executivo. Resta, então, atestado o interesse jurídico, social e político da reflexão acadêmica.

Diante deste contexto, a pergunta que desafia este artigo é a seguinte: é possível reconhecer a existência de um sigilo eterno para as atividades de inteligência a partir da análise dos níveis de racionalidade de Manuel Atienza quanto ao processo Legislativo que deu ensejo à Lei de Acesso à Informação?

Para respondê-la, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira parte, apresentará a problemática firmada hoje entre a LAI e a Lei da ABIN dentro do Poder Executivo (Brasil, 2013).

² Art. 5º (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (...) Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (...) II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (...) Art. 216 (...) § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (Brasil, [2021]).

³ Nesse sentido, algumas notícias: “sigilo eterno para planilha de casos de corrupção contra governadores e prefeitos ligados à pandemia” (Militão, 2021) ou “sigilo de 100 anos ao processo que absolveu Pazuella” (Sassine, 2021); “EXCLUSIVO: Bolsonaro monta grupo na Abin para mapear ameaças políticas” (Bonin, 2019) e “Órgãos federais negam acesso a 323 documentos considerados públicos” (Militão, 2019).

Na segunda parte, será trazida para a discussão a Teoria da argumentação jurídica e a relevância do estudo legislativo como instrumento hábil a aprimorar o Direito. Na última parte, serão analisados os argumentos do processo legislativo dos Projeto de Lei nº 41, de 2010, no Senado, e nº 219/03, na Câmara dos Deputados, nos cinco níveis de racionalidade (Atienza, 2004). A linha de raciocínio usada foi a dedutiva, de cunho qualitativo. A corrente teórica-metodológica desta pesquisa foi a jurídico-sociológica, pois se almeja trazer os debates legislativos para a seara jurídica. O estudo se pauta em pesquisa do tipo aplicada, como são todas as pesquisas jurídicas, e se vale dos procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

O objetivo deste trabalho foi descrever o debate jurídico sobre os limites do sigilo para atividades de inteligência, que ocorre dentro do Poder Executivo, para com isso contribuir com uma mudança da interpretação, valendo-se de argumentos que possam fortalecer a democracia (Rosset, 2008). Ressalta-se, que a abordagem desse trabalho se materializa em apenas um dos possíveis enfoques sobre o tema sigilo.

Este estudo almeja unir o debate do contexto legislativo e democrático com os desafios da interpretação jurídica. Busca-se, com este artigo, endossar a relevância entre a aplicação das leis, no Poder Executivo, e o seu necessário aprimoramento, no Poder Legislativo, como processos relacionados (Waldron, 2003) e que fortalecem a noção de democracia. Traçado o percurso, passa-se ao desenvolvimento.

1 EMBATE ENTRE A LEI DA ABIN E A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

O cerne do debate jurídico deste artigo se desenvolve dentro do Poder Executivo federal. Isso porque no âmbito do pedido de acesso à informação n.º 00077.000932/2018-04 (Brasil, 2018) ocorre a divergência entre transparência e sigilo.

Por meio de pedido de acesso à informação, um cidadão requereu ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República – GSI/PR o “*acesso aos 30 primeiros documentos expostos no rol nº 6 de informação desclassificadas da ABIN, período de desclassificação de 01/06/2017 a 31/05/2018*” (Brasil, 2019). Pretendia, com isso, ter acesso a documentos secretos após o decurso de prazos da LAI. A GSI/PR negou o acesso aos documentos, com fundamento no art. 9º-A da Lei nº 9883/1999 e o inciso I do § 1º art. 31 da Lei nº 12.527/2011⁴ sob o argumento que teria direito a um sigilo específico e eterno, que lhe permitia negar a informação. O cidadão, então, recorreu até a Comissão Mista de Reavaliação de Informações, mas não obteve acesso aos documentos (Brasil, 2019). A Comissão entendeu que existia aqui um sigilo específico para a ABIN.

Por trás deste processo, pode-se identificar um debate jurídico sobre a parte final do art. 9º-A da Lei 9.883, de 1999 (Lei da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN) (Brasil, 1999), e o art. 23 da lei nº 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), (Brasil, 2011).

Isso porque a manutenção do sigilo dos documentos guarda a defesa de um sigilo específico e eterno em favor da ABIN. Se seguido esse raciocínio, as atividades de inteligência da ABIN estariam fora do âmbito de incidência da Lei de Acesso à Informação por estarem acobertadas por um sigilo especial. Não haveria necessidade de classificação das suas informações, pois elas

⁴ Interessante que apesar do embate, há registro que uma postura diversa da ABIN no passado. Tiago Kalkmann (2019, p. 105) explica que o primeiro órgão a sinalizar uma abertura substancial de seu acervo foi a Agência Brasileira de Inteligência, que determinou a transferência gradual de seu acervo ao Arquivo Nacional, durante os anos de 2005 e 2006. Sobre o tema, ver também Bacellar, 2012.

estariam automaticamente cobertas pela disposição especial do art. 9º-A, da Lei n. 9.883, de 1999 (Brasil, 1999).

Uma possível solução para o embate seria se valer do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁵ - LINDB (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Brasil, 1942) para concluir que diante da antinomia, a Lei de Acesso à Informação, por ser posterior, deveria prevalecer no ordenamento.

Ocorre que um caminho interessante para lidar com a inovação legislativa da LAI, e o debate sobre a revogação tácita, ou não, da Lei da ABIN, pode ser encontrado ao revisitar o processo legislativo. Isso porque a noção de democracia espera que no debate legislativo exista a participação popular (Rosset, 2008). O Direito, para melhorar a sua prática, precisa se apropriar desses debates (Cirne, 2019b; Waldron, 2003).

Colocando essa ideia em prática, esse artigo almeja estudar o debate público do Projeto de Lei nº 41, de 2010 (Brasil, 2010) (nº 219/03, Brasil, 2003) quanto ao sigilo das atividades de inteligência. Como se apresentará em seguida, a racionalidade legislativa de Atienza (1997; 2004; 2018) poderá contribuir com essa discussão sobre os limites da interpretação do Direito.

2 UMA ANÁLISE A PARTIR DA RACIONALIDADE LEGISLATIVA DE ATIENZA

Como defendido por Manuel Atienza (2013), o Direito pode ser visto (embora não seja a única abordagem possível) como uma técnica, um instrumento, para o tratamento de certos tipos de problemas, conflitos sociais. No âmbito Legislativo, Judiciário e Executivo, são produzidas decisões que para o Direito contemporâneo devem ser pautadas em razões. Logo, precisam estar fundamentadas. Isso, contudo, não significa que a relação entre essas esferas esteja dissociada (Waldron, 2003).

Uma das críticas de Manuel Atienza (2004), que pode contribuir com o debate deste artigo, é a de que não cabe fazer uma restrição aos raciocínios produzidos na elaboração da dogmática jurídica e na interpretação e aplicação do Direito (1997), posto que o âmbito da produção do Direito também é jurídico.

Há, portanto que se concordar com uma concepção totalizadora e crítica do fenômeno jurídico para abarcar não só a sua aplicação, mas também a relação com o processo legislativo para a propositura de eventuais ajustes. Em outras palavras, a racionalidade da aplicação e da interpretação do Direito não está alheia ao que ocorre nos parlamentos e nos órgãos administrativos que produzem normas jurídicas válidas (Rosset, 2008). Ao contrário. Trata-se de processos que se alimentam. Eventuais problemas na aplicação do Direito, que podem ser identificados no Poder Judiciário, precisam gerar efeitos no Poder Legislativo com o intuito de aperfeiçoamento do ordenamento (Rossi; Pamplona, 2003).

Diferentemente da Dogmática Jurídica, que parte das leis como realidade já dada, para, sobre essa base, abordar problemas conectados com a interpretação e aplicação, a Ciência da Legislação se ocupa do processo ou da atividade cujo resultado é a produção das normas jurídicas (Atienza, 1997). Isso porque a lei precisa ser entendida como produto que deve conter certas características formais e produzir determinados efeitos no sistema jurídico e no sistema social. A lei precisa de um questionamento zetético (Viehweg, 1997; Roesler, 2013). Não se trata, no

⁵ Cf. "Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. (BRASIL, 1942)

entanto, de uma questão temporal: antes do nascimento da lei, Ciência da Legislação, depois da promulgação, Dogmática Jurídica. Esses processos interagem entre si, pois conhecer o processo legislativo certamente ajudará na interpretação da lei e, por outro lado, conhecer a aplicação das leis permitirá o aprimoramento legislativo. Há uma interação entre a dogmática e a zetética permanente (Roesler, 2013; Viehweg, 1979). Há uma retroalimentação decorrente da avaliação da aplicação das normas que pode ajudar no aprimoramento do Direito (Atienza, 1997).

Para contribuir com esse aprimoramento, Atienza (1997) defende que a racionalidade legislativa se desdobra em cinco níveis que podem contribuir com a análise e avaliação da legislação. Para detalhar a questão, explica que a racionalidade da atividade legislativa contém os seguintes níveis de racionalidade: 1) linguística: o editor deve conseguir transmitir com fluidez uma mensagem ao receptor. Na racionalidade linguística, o sistema jurídico é visto essencialmente como um sistema de informação, entre emissores e receptores. O sistema jurídico será uma série de enunciados linguísticos organizados a partir de um código comum. Seu valor instrumental é a comunicação; 2) jurídico-formal: preocupa-se com harmonia no sistema jurídico. Na racionalidade jurídico-formal, o sistema jurídico é visto como um conjunto de normas validamente estabelecido e estruturadas em um sistema. A sua finalidade é a sistematicidade (lei como um conjunto sem contradições, lacunas e redundâncias); 3) pragmática: a conduta dos destinatários deve se adequar ao que está prescrito em lei. Na racionalidade pragmática, o sistema jurídico é visto como um conjunto de normas eficazes. A sua finalidade é conseguir que as leis sejam obedecidas; 4) teleológica: a lei deve alcançar os fins pretendidos. Na racionalidade teleológica, o sistema jurídico é visto como um meio para conseguir resultados.; 5) axiológico: as condutas prescritas e os fins da lei pressupõem valores que precisam ser suscetíveis de serem justificados eticamente (Atienza, 1997; 2014; 2018)⁶.

Na racionalidade axiológica, o sistema jurídico é visto como um conjunto de normas ou comportamentos avaliáveis a partir dos seus fundamentos. Aqui, a norma de qualidade – que passará a fazer parte do ordenamento – não pode se resumir a questões técnicas, formais ou pragmáticas, pois o conteúdo material é inerente à discussão sobre a racionalidade legislativa. A leitura formal e pragmática precisa estar associada à material (Cirne, 2019a).

Sobre esse ponto, Zapatero (1994, p. 785-789; 2009) divide os autores que propõem um modelo de racionalidade legislativa em duas correntes: a) minimalista, que entende a ciência da legislação como uma técnica, com a escolha dos meios jurídicos para alcançar alguns fins; e b) maximalista, que entende a ciência da legislação como política legislativa ou ética. Determina não apenas a finalidade, mas também os valores que são perseguidos. Este artigo se situa na segunda linha, pois não parece fazer sentido falar em racionalidade legislativa sem um conteúdo axiológico.

Como se apresentará em sucessivo, esses cinco níveis da racionalidade legislativa podem contribuir para a resposta a ser dada neste artigo.

3. O PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE DE ATIENZA

Colocando a teoria em prática, o objeto de análise será o Projeto de Lei nº 41, de 2010 (Brasil, 2010) (nº 219/03, Brasil, 2003). Trata-se dos projetos de lei que deram ensejo à Lei de Acesso à Informação - LAI, Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011 (Brasil, 2011). Essa lei dispõe sobre

⁶ Manuel Atienza (2018) passou a usar o termo axiológico, ao invés de ético, o que merece acolhida neste artigo.

o direito fundamental de acesso à informação, estabelecendo procedimentos objetivos e ágeis com a finalidade de garantir a transparência da Administração Pública. A LAI é um “importante marco para a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção” (Mendes; Branco, 2014, P. 850).

Com o respaldo da LAI, o cidadão pode ter acesso às informações produzidas pelos órgãos e instituições que integram os poderes da república, no âmbito das três esferas (União, Estados/Distrito Federal e Municípios), cabendo ao poder público atender às demandas por informações a ele apresentadas com base nos princípios constitucionais que regem a atuação do Estado (Raminelli; Oliveira, 2014, P. 167-169). A ideia do acesso à informação está respaldada no atendimento das demandas que são formuladas pela população (transparência passiva do órgão público) e no dever de o Estado disponibilizar informações de interesse social (transparência ativa) (Barros, 2015, P. 70).

O direito de acesso à informação impõe duas obrigações aos governos. Primeiro, a obrigação de publicar e disseminar informações essenciais sobre o que os diferentes órgãos públicos estão fazendo. Segundo, impõe a obrigação de receber do público pedidos de informação e respondê-los, disponibilizando os dados solicitados e permitindo que o público tenha acesso aos documentos (Martins, 2012).

Ocorre que o cerne deste debate está na existência de um sigilo específico no embate entre parte final do art. 9º-A da Lei 9.883, de 1999 (Lei da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, Brasil, 1999), e o art. 23 da lei nº 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI, Brasil, 2011).

O primeiro sentido - linguístico - atesta que caso se observe apenas o conteúdo dos dois dispositivos, salta aos olhos que os dois inegavelmente tratam de um mesmo tema: “Informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado”.

Em outras palavras, caso se restrinja a avaliação ao sentido linguístico, pode-se concluir que a pretensão da classificação estabelecida pela LAI serve exatamente para aquilo que for imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado. A conclusão linguística leva ao desfecho de que o Congresso Nacional pretendeu regulamentar inegavelmente o mesmo assunto.

Esse arremate pode ser reforçado pelas hipóteses enumeradas nos incisos deste artigo, que atestam o quanto são graves as informações que demandam classificação: a) pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; b) prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; c) pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; d) oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; e) prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; f) prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; g) pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou h) comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações (Brasil, 2011). Percebe-se, então, que na pretensão de comunicar, a lei da ABIN (Brasil, 1999) se submete à norma da LAI não só por disciplinar o mesmo assunto, mas também por dispor que será respeitado “o respectivo grau de sigilo conferido com base na legislação em vigor”. No sentido linguístico, não

parece caber outra conclusão sobre a mensagem senão aquela de que as informações da ABIN se submetem à classificação da LAI.

Caso se ultrapasse para o nível lógico-jurídico, a conclusão permanece a mesma.

No plano constitucional, a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), em seu art. 5º, XXXIII, prescreve que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Tanto é assim que o STF, em julgamento de repercussão geral, reconheceu que “o parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII, da CF e das normas de regência desse direito”. (Brasil, 2018). Há, ainda, no texto constitucional, a obrigatoriedade de a administração pública respeitar o princípio da publicidade, estabelecido no art. 37, § 3º, inciso II⁷ (Brasil, 1988). Em resumo, a Constituição impõe à Administração o dever de publicidade, com o acesso à informação, mas não deixa de trazer limitações como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF) e o sigilo indispensável à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, Brasil, 1988). Como já decidido pelo STF, “A regra geral num Estado Republicano é a da total transparência no acesso a documentos públicos, sendo o sigilo a exceção. (...)” (Brasil, 2015).

O Direito de informação fraciona-se nas ações de informar, informar-se e de ser informado (Sarlet; Molinaro, 2014, p. 27). Isso, portanto, restringe as hipóteses de sigilo. Complementando este raciocínio, o art. 216, §2º, da Constituição Federal de 1988 também determina que cabe à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. O direito de acesso à informação pública, dessa forma, constitui forte instrumento democrático que possibilita, entre outras coisas, uma melhor compreensão do funcionamento da Administração Pública ao cidadão, além de facilitar a participação social na fiscalização dos atos administrativos (Silva, 2012, p. 68). As normas constitucionais, portanto, orientam uma interpretação a favor da publicidade.

No plano da coerência entre as normas infraconstitucionais, a conclusão não parece diferente. Diante de um conflito aparente entre normas de igual hierarquia e também especiais, pois ambas tratam acerca do sigilo de informações que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado: a Lei 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação) (Brasil, 2011) e a Lei nº 9.883, de 1999 (Lei da ABIN) (Brasil, 1999), prevalece a primeira, pautada no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸ (Brasil, 1942).

⁷ Cf. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

⁸ Cf. “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.” (Brasil, 1942)

Não bastasse isso, essa é a interpretação que seguramente é dada a casos similares decididos pela Ouvidoria-Geral da União⁹ (OGU). Prova disso é o Parecer 695, de 14/03/2014 (Brasil, 2014), aprovado pelo Ouvidor-Geral da União, no Processo nº 00077.000925/2012-17, que tratava exatamente sobre um sigilo específico para a ABIN.

O objeto deste processo era a obtenção de cópia de documentos que detalhassem os gastos com cartão de pagamento do Governo Federal em poder da Abin durante a gestão do ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva. Naquela oportunidade, a negativa de acesso da ABIN centrava-se “na natureza sigilosa das operações a que estão relacionados os gastos com os cartões de pagamento do Governo Federal em poder da Agência Brasileira de Inteligência”. A ABIN defendia uma exceção ao princípio geral da publicidade no artigo 9-A da Lei 9.883/1999, com subsídio do artigo 86 do Decreto-Lei 200/1967 (Brasil, 2014, p. 11).

Percebe-se que o debate lá era o de saber se a ABIN gozaria “de sigilo por força de legislação específica que não estabelecesse um prazo extintivo da restrição de acesso – impondo, na prática, um sigilo eterno sobre informação pública.” (Brasil, 2014, p.11). Neste ponto, a OGU concluiu que “o tratamento de informação, somente aquela parcela do sigilo não derivada da segunda parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição deverá se relacionar com a Lei 12.527/2011 por meio do art. 22, não se configurando como espécie autônoma nenhuma das hipóteses que tratem de sigilo de Estado.” (Brasil, 2014, p. 12). O único precedente da OGU que debate a existência de um sigilo geral para a ABIN, pautado na segurança do Estado, afasta-o, o que atesta uma coerência na aplicação da antinomia de normas.

Para dar sustentação à sua posição, a OGU citou o Relatório Especial da Organização das Nações Unidas para Liberdade de Expressão e Acesso à Informação. Neste documento consta que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, à qual o Brasil está submetido, “tem reiteradamente se pronunciado acerca da obrigatoriedade do Estado de adequar o seu ordenamento jurídico interno aos standards internacionais em matéria de acesso à informação (e.g.: CIDH, *Caso Claude Reyes y otros*. Sentença de 19 de setembro de 2006)” (Brasil, 2014, p. 13). Sobre o tema deste trabalho, explica que “da arguição de sigilo legal específico para fundamentar restrição de informação imposta pelo Estado, há de se perquirir por qual meio deverá tal sigilo ingressar no sistema criado pela Lei de Acesso: se pelo sigilo legal autônomo ou pelo sigilo não autônomo de Estado.” (Brasil, 2014, p. 13-14; Cunha Filho, 2019, p. 182-183).

Perceba-se, então, que a coerência em questão se dá não apenas dentro do ordenamento brasileiro, mas também com as normas de direitos humanos sobre a transparência. Há de se citar, ainda, outra decisão do OGU (Processo nº 00077.000053/2013-60) na qual restou estabelecido que as despesas feitas no atendimento da Presidência da República e da Vice-Presidência da República e seus familiares são classificadas como “reservadas” e ficarão sob sigilo até o término do mandato em exercício ou do último mandato, em caso de reeleição. Ora, se as informações presidenciais não detêm um sigilo específico, menos ainda aquelas prestadas pela agência de inteligência.

⁹ Para realizar a avaliação sobre a racionalidade jurídico-formal, foi realizada pesquisa na base de precedentes da OGU (<http://buscaprecedentes.cgu.gov.br>), utilizando-se como palavras-chave “ABIN, e Sigilo, específico, E 9-A”. Foram, então, localizadas 11 decisões, mas a maioria delas tratava de sigilos específicos conferidos pela Lei da ABIN, enquanto esta pesquisa se restringe ao art. 9-A, um sigilo geral. O Parecer nº 2756 de 25/07/2016, que analisou 3 processos, por exemplo, buscava ter acesso à relação oficial de matriculados e concluintes, assim como a confirmação de participação de alguns servidores em curso de inteligência, o que detém situação diversa da narrada neste artigo, pois trata de informação pessoal sensível dos agentes da ABIN. Da mesma forma, no Processo Administrativo nº 00077.000918/2014-79, analisado pelo Parecer nº 3185 de 16/09/2015, o cidadão pretendia conhecer o número de cargos e previsão de aposentadorias na Agência Brasileira de Inteligência. Recursos Humanos.

A opção feita, portanto, pelo Constituinte e pelo legislador, foi a de garantir a publicidade como regra (Taborda, 2002). A atividade de inteligência, portanto, não afasta essa obrigação de publicidade, visto que a lei não admite sigilos eternos. Esta é, inclusive, a posição adotada no STF quanto à restrição de acesso à informação, por conta de atividades de inteligência¹⁰. Neste sentido, em decisão do STF exatamente sobre a atividade de inteligência, restou firmada posição de que “mesmo o caráter estratégico das atividades desenvolvidas por determinado órgão não torna automaticamente secretas todas as informações a ele referentes” (...). Após tratar da ida de agente de ABIN a CPI do Senado esclareceu que “eventual necessidade de sigilo não pode ser invocada de forma genérica, devendo ser concretamente justificada.” (Brasil, 2015).

Em resumo, o STF reconhece que a pretensão de sigilo defendida pela ABIN não merece acolhida no ordenamento brasileiro estabelecido pela Constituição Federal. Em outro precedente, também sobre a atividade de inteligência, a pretensão de sigilo foi inegavelmente afastada pelo STF. Neste caso, o STF definiu que “nada deve justificar, em princípio, a tramitação, em regime de sigilo, de qualquer procedimento que tenha curso em juízo, notadamente no Supremo Tribunal Federal, eis que, na matéria, deve prevalecer a cláusula da publicidade.” (Brasil, 2008)

Sobre a pretensão de resguardar a “imagem e a pessoa do impetrante, assegurando-se sua oitiva em sessão secreta e em local cuja entrada e saída também possa assegurar o sigilo de sua identidade”, o STF firmou posição de que “tal postulação, se admitida, representaria claro (e inaceitável) ato de censura judicial à publicidade e divulgação das sessões dos órgãos legislativos em geral, inclusive das Comissões Parlamentares de Inquérito”. As razões que me levam a assim decidir apóiam-se na compreensão de que os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério” (Brasil, 2008)

Conclui-se, portanto, que no nível jurídico-formal, que se preocupa com harmonia no sistema jurídico, a interpretação que reconhece a existência de um sigilo autônomo não encontra amparo: a) nos direitos fundamentais constitucionais; b) nas regras de conflito aparente entre normas de igual hierarquia e especiais; c) nos precedentes julgados, sobre o tema, pela Ouvidor-Geral da União; d) nos tratados internacionais; e) nos julgados do STF sobre sigilo e transparência.

No nível pragmático e teleológico, a conclusão permanece a mesma. Isso porque a pretensão aqui seria a de que a conduta dos destinatários deveria se adequar ao que está prescrito em lei, conforme a finalidade pretendida, atendendo aos preceitos da Constituição de 1988. Ora, os precedentes da Ouvidora-geral da União demonstram isso. O processo legislativo endossa isso. As diretrizes legais e constitucionais levam à mesma conclusão.

No trâmite do processo legislativo do Projeto de Lei nº 219, de 2003, que deu ensejo à Lei 12.527, de 2011, ficou clara a opção legislativa pelo: a) afastamento do sigilo eterno e b) desclassificação automática.

Como ressaltado no Parecer do Relator pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa, adequação financeira e orçamentária do Projeto de Lei nº 219/2003, na Comissão Especial – Informações Detidas pela Administração Pública da Câmara dos Deputados, Deputado Mendes Ribeiro Filho (Brasil, 2003), a opção feita pelo legislador foi a seguinte: “tendo em vista a

¹⁰ Para identificar a posição firmada pelo STF sobre o tema de sigilo e ações de inteligência, foi realizada pesquisa na base de jurisprudência do STF. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=abin%20e%20sigilo&sort=_score&sortBy=desc, e nos informativos, utilizando as palavras-chave “Sigilo e ABIN”. Foram localizadas 18 decisões, mas a maioria dos julgados trata de atos envolvendo associação de servidores da ABIN.

limitação imposta pela Constituição Federal de restringir o acesso à informação apenas em caso de risco à segurança da sociedade ou do Estado, haveria justificativa socialmente aceitável para a manutenção de segredo por mais de cinquenta anos?” (Brasil, 2009, p. 11) A resposta dada pelo parlamentar foi não. Houve, portanto, o exato questionamento analisado neste artigo, com um resposta incisiva do processo legislativo. Não. Na mesma manifestação, há a seguinte conclusão de que seria: “desproporcional e irrazoável, e conseqüentemente, inconstitucional, a manutenção de informações sigilosas por prazo superior a cinquenta anos.” (Brasil, 2009, p. 11). Há, portanto, uma escolha do processo legislativo democrático pela ausência de sigilo eterno.

No mesmo sentido, no Senado Federal, o Parecer de 14.4.2011, do Senador Walter Pinheiro, na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (Brasil, 2011) explicou que a liberação da informação solicitada teria critérios mínimos e obedeceria a três níveis do sistema de classificação de informações. Esclareceu que “esses níveis são o ultrassecreto, o secreto e o reservado. Seus prazos de sigilo são, respectivamente, de 25, 15 e cinco anos. Prazos esses que ainda podem ser renovados uma vez, quando só então a informação será definitivamente tornada pública.” Não existe, portanto, margem para prazos de sigilo eterno.

Não bastasse o nível pragmático (as decisões já tomadas) e teleológico (do legislativo), a redação do § 4º do art. 23 da Lei de Acesso à Informação não deixa margem:

§ 3º Alternativamente aos prazos previstos no § 1º, poderá ser estabelecida como termo final de restrição de acesso a ocorrência de determinado evento, desde que este ocorra antes do transcurso do prazo máximo de classificação.

§ 4º Transcorrido o prazo de classificação ou consumado o evento que defina o seu termo final, a informação tornar-se-á, automaticamente, de acesso público (Brasil, 2011).

Note-se, portanto, que a desclassificação é automática e que não há hipótese para estender os prazos para além daqueles definidos na lei. Em resumo, há de se concluir que a finalidade pretendida pelo legislador, seja pelo texto do § 4º do art. 23 - ao falar que a desclassificação é automática - seja pelos debates legislativos, não levam a outra conclusão senão a de que a lei não admite a interpretação de que existiria um sigilo específico para a atividade de inteligência.

Perceba-se que todas as situações descritas nos incisos do art. 23 são graves, mas mesmo assim o Congresso Nacional decidiu estabelecer um mecanismo hábil à sua proteção - a classificação - e definiu um prazo máximo para esta restrição: 25 anos. Note-se, portanto, que a gravidade em questão foi avaliada e o Poder Legislativo, como representante da população, decidiu mantê-la (Cunha Filho, 2019). Há, inclusive, uma posição firmada na doutrina sobre a desclassificação automática e a limitação de prazo (Cademartori; Ferri, 2013; Carvalho; Cabral, 2019).

No nível pragmático, o Decreto nº 9.690, de 23 de Janeiro de 2019, que alterava o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 - Lei de Acesso à Informação demonstra a sensibilidade que envolve este tema. Naquele normativo, que permitia que servidores comissionados e presidentes de fundações e autarquias decretassem sigilo ultrassecreto e secreto a dados públicos¹¹, o Congresso Nacional iniciou reação, por meio do Projeto de Decreto Legislativo nº 27, de 2019 (Brasil, 2019), para sustar o art. 1º do Decreto nº 9.690, de 23 de janeiro de 2019 (Brasil, 2019). Naquela oportunidade, o pedido de sustação

¹¹ Para se aprofundar na complexidade deste caso, ver: Cunha Filho (2019).

afirmava que “os dispositivos acima incidiram contra a literalidade e a exegese da LAI” e, por consequência, violam a CF/88, “pois afronta princípios legais de participação, transparência e controle da gestão pública”. Ou seja, “violaram diretamente os princípios democrático e republicano, que se interpelam e se confundem em suas dimensões de participação, transparência e controle da gestão pública.” (Senador Rogério Carvalho – PT/SE). Neste caso, parece-nos que a reação seria ainda mais grave, pois a atribuição de modificar a lei é do Congresso Nacional.

Isso parece indicar que um eventual sigilo específico para a ABIN só seria viável por meio por meio de alteração legislativa. E neste ponto é que parece oportuno adentrar no aspecto da racionalidade axiológica, o mais fundamental deste processo.

No nível axiológico, oportunidade em que se discute os fundamentos materiais do debate, há de se recordar que o Direito à Informação é considerado um direito fundamental de quarta geração, ao lado do direito à democracia e ao pluralismo (Kalkmann, 2019, p. 98). Materializa-se na junção de um conjunto de dispositivos constitucionais, no art. 5º, incisos X, XIV e XXXIII, além do art. 37, inciso II e do art. 216, § 2º para alcançar o fundamento axiológico de que a regra é a publicidade e o sigilo a exceção.

Exatamente neste ponto, note-se que um dos fundamentos indicados pela ABIN no Processo nº 00077.000925/2012-17 - artigo 86 do Decreto-Lei 200/1967 - para garantir um sigilo geral, teve a não-recepção reconhecida pelo STF no Julgamento da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 129¹².

Este julgado parece central para o debate traçado aqui, pois a decisão se pautou nos seguintes argumentos: a) O direito à publicidade viabiliza o acesso à informação pública, direito que é corolário da liberdade de expressão; b) A publicidade é a regra, o sigilo, a excepcional exceção; c) Os tratados internacionais e a Constituição Federal convergem ao reconhecer a ampla liberdade de acesso às informações públicas; d) o sigilo é possível desde que (i) haja previsão legal; (ii) destine-se a proteger a intimidade e a segurança nacional; e (iii) seja necessária e proporcional; e) o art. 86 do Decreto-Lei 200/67 é demasiadamente genéricos; f) há precedentes do STF neste sentido de conferir publicidade: (i) ADPF 33; ii) a SS 3.902; (iii) o MS 28.178.

Perceba-se então, que no nível axiológico, por meio deste precedente, que é vinculante, não basta a inexistência de previsão legal autorizando um sigilo, sendo necessários ainda outros dois requisitos: (ii) destine-se a proteger a intimidade e a segurança nacional; e (iii) seja necessária e proporcional. Há, portanto, um valor do ordenamento que protege a publicidade de eventuais ataques, que merece ser prestigiado.

O direito à informação, como direito fundamental e valor axiológico, refuta, portanto, “o uso

¹² Cf. “Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direito Constitucional. Art. 86 do Decreto-lei nº 200/1967, que prevê o sigilo da movimentação dos créditos destinados à realização de despesas reservadas ou confidenciais. não Recepção pela Constituição de 1988. Arguição Julgada procedente. 1. O Princípio de Publicidade dos Atos da Administração Pública caracteriza-se como preceito fundamental para fins de cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. O Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988 estabeleceu, como regra, a publicidade das informações referentes às despesas públicas, prescrevendo o sigilo como exceção, apenas quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Quanto maior for o sigilo, mais completas devem ser as justificativas para que, em nome da proteção da sociedade e do Estado, tais movimentações se realizem. 3. Os tratados internacionais e a própria Constituição Federal convergem no sentido de se reconhecer não apenas a ampla liberdade de acesso às informações públicas, corolário, como visto, do direito à liberdade de expressão, mas também a possibilidade de restringir o acesso, desde de que (i) haja previsão legal; (ii) destine-se a proteger a intimidade e a segurança nacional; e (iii) seja necessária e proporcional. 4. O art. 86 do Decreto-lei nº 200/1967, embora veiculado em norma jurídica, não foi recepcionado pela Constituição da República na medida em que é insuficiente para amparar a restrição ao direito de acesso à informação. 5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada procedente. (BRASIL, 2019)

de construções legislativas “interesse público”, “segurança do Estado” ou “proteção à privacidade” para justificar a atribuição de sigilo” (Kalkmann, 2019, p. 99). Trata-se de uma limitação material que reforça, junto com os demais níveis de racionalidade, a inviabilidade de um sigilo para a ABIN por meio de interpretação.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou entender se seria possível reconhecer a existência de um sigilo eterno para as atividades de inteligência a partir da análise dos níveis de racionalidade legislativa de Manuel Atienza quanto ao processo Legislativo que deu ensejo à Lei de Acesso à Informação. Espera com os fundamentos apresentados aqui, respondê-la de maneira negativa.

A racionalidade legislativa de Atienza é uma teoria interessante, porque busca organizar as camadas de justificativas racionais legislativas, para com isso construir com a melhoria da qualidade argumentativa do Direito. No exercício empreendido aqui, espera-se reforçar as limitações interpretativas quanto ao embate entre a Lei da ABIN e a LAI. O critério temporal da antinomia poderia ser uma resposta fácil para a questão, mas a avaliação legislativa pode dar ainda mais segurança à interpretação das leis.

Isso porque, mesmo que o Poder Legislativo goze do prestígio dado ao Poder Judiciário, aquela seara permanece sendo o local de decisão democrática sob o manto estatal. Ao apresentar as razões dentro dos níveis de racionalidade linguísticas, jurídico-formal, teleológica, pragmática e axiológica, espera-se ter apresentado que não caberia, por meio de interpretação, reconhecer a existência de um sigilo eterno para as atividades de inteligência.

A redação da LAI não permite isso (linguístico). A Constituição e as normas infralegais também não acolhem a pretensão. Os precedentes da Controladoria-Geral da União não admitem. As decisões do STF reforçam a não-admissão. Os tratados internacionais obstam. A doutrina não vislumbra essa possibilidade (jurídico-formal). Os debates legislativos atestam que não foi essa a escolha do Congresso Nacional. A discussão sobre o recente decreto de delegação da competência classificatória reforça isso (pragmático). A pretensão da norma não foi restringir o acesso. A finalidade almejada pela norma, conforme debates parlamentares, parece ter sido inviabilizar sigilos eternos (teleológico). Por fim, o valor da transparência permanece sendo o valor axiológico que deve capitanear a interpretação e as mudanças legislativas.

Com o desenvolvimento do modelo de Manuel Atienza, este trabalho almejou apresentar novos olhares para o debate que ocorre dentro do Poder Executivo Federal entre transparência e sigilo. Há, no entanto, outros possíveis caminhos, como olhar o debate a partir da discussão sobre dados pessoais.

No caso deste artigo, contudo, o estudo do sigilo para urgente porque muito retrocessos parecem estar em andamento no Poder Executivo. O Poder Legislativo, como espaço diferenciado de participação social e de representação democrática, deve estar atento ao debate. Revisitar os debates democráticos que deram ensejo à LAI pareceu, então, um caminho interessante para aproximar Política e o Direito. Este trabalho espera ter conseguido reforçar a ligação entre o Poder Executivo (aplicação da norma) e o Poder Legislativo (elaboração da norma) como uma maneira de melhorar a prática do Direito. Neste caminho, busca-se despertar também novos interessados pela racionalidade da argumentação legislativa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo Serra. **Lei de Acesso à Informação e o Desenvolvimento da Cultura de Transparência**. 2018. Monografia (Especialização em Gestão Pública) - Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2018.

ATIENZA, Manuel. Argumentación y legislación. *In*: MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez (dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004. p. 89-112.

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**. Mexico: UNAM, 2004.

BACELLAR, Carlos de Almeida Prado. Acesso à informação, direito à memória: os arquivos públicos em questão. **Cad. Pesq. Cdhis**, Uberlândia, v.25, n.2, jul./dez. 2012.

BARROS, Antonio José da Silva. A Participação Social, por meio da Lei de Acesso à Informação, como Elemento de Aperfeiçoamento da Gestão Pública. **Rev. da CGU**, Brasília, n. 7, v. 10, p. 67-87, jun./jul. 2015.

BONIN, Robson. EXCLUSIVO: Bolsonaro monta grupo na Abin para mapear ameaças políticas. **Veja**, Rio de Janeiro, 6 set. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/exclusivo-bolsonaro-monta-grupo-na-abin-para-mapear-ameacas-politicas/> Acesso em: 19 nov. 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer no Projeto de Lei nº 219/2003**. Comissão Especial – Informações Detidas pela Administração Pública da Câmara dos Deputados. Deputado Mendes Ribeiro Filho. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=723610&filename=PRL+1+PL021903+%3D%3E+PL+219/2003. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. Casa Civil. Secretaria-Executiva da Comissão Mista de Reavaliação de Informações. Decisão nº 164/2019/CGGAI/DGINF/SE. **Gov.Br**, 18 dez. 2019. Brasília, Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/colegiados/comissao-mista-de-reavaliacao-de-informacoes-cmri/decisoes-de-recurso-de-4a-instancia/deliberacoes-anteriores/2019/decisao-164-2019-nup-00077-000932-2018-04.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.690, de 23 de Janeiro de 2019**. Altera o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 - Lei de Acesso à Informação. Brasília: Secretaria-Geral: Subchefia para Assuntos Jurídicos, 23 jan. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9690.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Casa Civil, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 9 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999**. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 8 dez. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9883.htm#:~:text=LEI%20No%209.883%2C%20DE,ABIN%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 6 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 6 jun. 2021.

BRASIL. Ouvidoria-Geral da União. Parecer nº 695, de 14 de março de 2014. Processo Administrativo nº 00077.000925/2012-17. **OGU**, Brasília, 2014. Disponível em: http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/dados/Precedente/00077000925201217_CGU.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Ouvidoria-Geral da União. Processo Administrativo nº 00077.000053/2013-60. **OGU**, Brasília, 2013. Disponível em: http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/dados/Precedente/00077000925201217_CGU.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Pronunciamento de Walter Pinheiro em 14 abr. 2011. Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática. **Senado Federal**, Brasília, 15 abr. 2011. http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/dados/Precedente/00077000053201360_CGU.pdf#search=00077%2E000053%2F2013%2D60. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Decreto Legislativo nº 27, de 2019. Senador Rogério Carvalho. Susta o art. 1º do Decreto nº 9.690, de 23 de janeiro de 2019, que altera os §§ 1º a 4º do art. 30 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 - Lei de Acesso à Informação. **Senado Federal**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135177>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 129. Relator: Ministro Edson Fachin. Pleno. Brasília, 5 nov. 2019, **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 270, 6 dez. 2019. Publicado em: 9 dez. 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751580083>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.725, Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão Monocrática. Brasília, 25 nov. 2008, **Diário de Justiça Eletrônico nº 228**. 28 nov. 2008. Publicado em: 1 dez. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2184937>. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 28.178**, Relator: Ministro Roberto Barroso. Pleno. Brasília, 04 mar. 2015, **Diário de Justiça Eletrônico nº 85**. 7 maio. 2015. Publicado em: 8 mai. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399320>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 865.401**, Relator: Ministro Marco Aurélio. Pleno. Brasília, 25 abr. 2018, acórdão eletrônico repercussão geral – mérito, Diário de Justiça Eletrônico nº 203. 8 out. 2015. Publicado em: 9 out. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9551483>. Acesso em: 1 jun. 2021.

CARDOSO, **Franciele Silva**. O direito como sistema: dever de coerência e as antinomias segundo Norberto Bobbio. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106, n. 106-107, p. 613-625, 1 jan. 2012. DOI:10.11606/issn.2318-8235.v106i106-107p613-625

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; FERRI, Caroline. A Construção de Garantias para o Direito de Acesso e a Esfera do Ambiente. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 139-164, dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p139/25846>. Acesso em: 16 jun. 2021.

CARVALHO, Mariana Martins de; CABRAL, Rodolfo de Carvalho Cabral. Dilemas entre transparência e proteção de dados: as requisições dos órgãos de controle e o sigilo estatístico. **Esferas**, n. 14, 2019, Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/esf/article/view/10389/6391>. Acesso em: 19 jun. 2021.

CIRNE, Mariana Barbosa. **Desvelando um Poder Executivo desenvolvimentista e avesso à Constituição verde**: um estudo dos argumentos jurídicos e políticos nos vetos presidenciais em projetos de lei ambientais de 1988 a 2016. 2018. Tese (Doutorado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2019a.

CIRNE, Mariana Barbosa. A relevância jurídica dos vetos presidenciais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 105-126, out./dez. 2019b. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p105. Acesso em: 9 ago. 2021.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo. **A construção da transparência pública no Brasil**: análise da elaboração e implementação da Lei de Acesso à Informação no Executivo Federal (2003-2019). 2019. Tese (Doutorado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

KALKMANN, Tiago. A lei de acesso à informação como forma de concretização do direito à verdade na justiça transicional brasileira. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, SC, v. 23, n. 9, p. 83-111, Mai./Ago. 2019.

MARTINS, Paula Ligia. Acesso à informação: um direito fundamental e instrumental. **Acervo - Revista do Arquivo Nacional**, [s. l.], v. 24, n. 1, p. 233-244, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/43568>. Acesso em: 18 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São. Paulo: Saraiva, 2014.

MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 4, p. 610-629, ago. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122018000400610&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 jul. 2021.

MILITÃO, Eduardo. Órgãos federais negam acesso a 323 documentos considerados públicos. **UOL – Notícias, Política**, Brasília, 4 de junho de 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/06/04/governo-sigilo-documentos-liberados-publico-transparencia.htm>. Acesso em: 1 nov. 2021.

MILITÃO, Eduardo. Abin põe sigilo indefinido em lista de casos de corrupção de governadores. **UOL – Notícias, Política**, Brasília, 03 jun. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/06/03/abin-sigilo-planilha-casos-corrupcao-governadores-cpi-covid-coronavirus.htm>. Acesso em: 1 nov. 2021.

RAMINELLI, Francieli Puntel; OLIVEIRA, Rafael Santos. O Direito ao Acesso à Informação na Construção da Democracia Participativa: uma análise da página do Conselho Nacional de Justiça no Facebook. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 159-182, dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p159>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p159>. Acesso em: 16 jun. 2020.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**: tópica, discurso, racionalidade. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

ROESLER, Claudia Rosane. Manuel Atienza na Filosofia Contemporânea do Direito. In: CRUZ, P. Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (org.) **Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. xi-xviii.

ROSA, João Luiz Moraes. Sigilo e persecução penal. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 31, n. 1, p. 120-150, 2017. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v31i1.6651>

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? **Revista Nomos**, Fortaleza, v. 33, n. 2, p. 13-29, jul./dez. 2013.

ROSSET, Patrícia. Processo legislativo e a participação cidadã. **Revista Nomos**, Fortaleza, v. 28, n. 2, p. 83-96, jul./dez. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang.; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à Informação e Direito de Acesso à Informação como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. **Revista da AGU**, v. 13, n. 42, out./dez. 2014.

SASSINE, Vinicius. Exército alega ‘informação pessoal’ e impõe sigilo de até 100 anos a processo que absolveu Pazuello. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 jun. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/exercito-alega-informacao-pessoal-e-impoe-sigilo-de-ate-100-anos-a-processo-que-absolveu-pazuello.shtml> Acesso em: 5 ago. 2021.

SILVA, Rogerio Nery. Políticas Públicas e Administração Democrática. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v.33, n. 64, p. 57-84, jul. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p57>. Acesso em: 16 jun. 2020.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 251-280, out. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46345>. Acesso em: 19 nov. 2019.

VIEHWEG, Theodor. Problemas sistemáticos en la dogmática jurídica y en la investigación. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Traducción: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedsa, 1997. p. 71-85.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAPATERO, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 15-16, p. 769-789, 1994. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10653>. Acesso em: 24 nov. 2019.

ZAPATERO, Virgilio. **El arte de legislar**. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.



OS “FUNDADORES” DO DIREITO INTERNACIONAL E AS DOUTRINAS JURÍDICAS BRASILEIRAS: RECONSTRUÇÕES ACERCA DO PAPEL DE ALBERICO GENTILI NA PRIMEIRA MODERNIDADE

Arno Dal Ri Jr¹

RESUMO

A construção historiográfica do lugar do jurista renascentista italiano Alberico Gentili entre os chamados “fundadores” do Direito Internacional e a investigação de como sua obra foi apropriada pelas doutrinas jurídicas brasileiras ao longo dos séculos XIX e XX são os objetivos do presente artigo. A hipótese inicialmente levantada é que a consagração de determinados autores como “pais fundadores” não decorreu apenas da relevância intrínseca de suas contribuições, mas também de estratégias de legitimação da disciplina enquanto ciência autônoma. A metodologia utilizada ao longo do percurso de pesquisa realiza a análise crítica de manuais e tratados brasileiros de Direito Internacional, confrontados com a literatura internacional e com a historiografia especializada acerca da formação do pensamento internacionalista moderno. Nesta perspectiva, foi possível demonstrar como, entre o final do século XVIII e o século XIX, consolidou-se uma narrativa que buscava identificar arquétipos capazes de conferir prestígio científico ao Direito Internacional, inserindo Alberico Gentili, ao lado de Hugo Grotius e Francisco de Vitória, no denominado triunvirato dos fundadores da disciplina. Essa construção esteve associada a interesses políticos, nacionalistas e acadêmicos, sobretudo italianos e britânicos, responsáveis por reinterpretar o papel de Gentili e por relativizar a tradicional centralidade atribuída a Grotius. Em seguida, o estudo examina a recepção dessas interpretações no Brasil, demonstrando que os principais internacionalistas brasileiros incorporaram Gentili aos seus inventários históricos, porém, em regra, sem leitura direta de suas obras e reproduzindo interpretações provenientes de autores estrangeiros, especialmente franceses, italianos e espanhóis. A pesquisa revela que a presença do jurista italiano na doutrina brasileira ocorreu predominantemente por meio de referências indiretas, frequentemente repetidas de manual em manual, com reduzido aprofundamento analítico. Apesar dessas limitações, identifica-se o reconhecimento de sua contribuição para a secularização do Direito Internacional, para a valorização dos costumes e tratados como fontes jurídicas e para a transição entre o jusnaturalismo e concepções contratualistas e positivistas. Conclui-se, portanto, que a recepção brasileira de Gentili reflete tanto a dependência intelectual em relação às matrizes europeias quanto a utilização estratégica da historiografia para legitimar a ciência do Direito Internacional. O estudo demonstra, por fim, que a figura do jurista italiano desempenhou papel central na construção das narrativas fundacionais da disciplina, ainda que sua obra permanecesse, por longo período, mais citada do que efetivamente conhecida ou analisada.

PALAVRAS-CHAVE: Alberico Gentili. Direito Internacional. Historiografia Jurídica. Cultura Jurídica Brasileira.

¹ ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7734-0404>

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Doutor em Direito Internacional pela Università Luigi Bocconi de Milão, na Itália, com pós-doutorado pela Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), na França, e pela Universiteit Gent, na Bélgica. Mestre em Direito e Política da União Europeia pela Università degli studi di Padova. Professor Titular de Teoria e História do Direito Internacional na Universidade Federal de Santa Catarina. “Ad Honorem” pela Université de Lille e “Associé” no IREDIES/École de Droit de la Sorbonne. E-mail: arnodalri@gmail.com.

ABSTRACT

The historiographical construction of the place of the Italian Renaissance jurist Alberico Gentili amongst the so-called 'founders' of international law, and an investigation into how his work was appropriated by Brazilian legal doctrines throughout the 19th and 20th centuries, are the objectives of this article. The hypothesis initially put forward is that the enshrinement of certain authors as 'founding fathers' stemmed not only from the intrinsic relevance of their contributions, but also from strategies to legitimise the discipline as an autonomous science. The methodology employed throughout the research involves a critical analysis of Brazilian textbooks and treatises on international law, set against international literature and specialist historiography concerning the formation of modern internationalist thought. From this perspective, it was possible to demonstrate how, between the late 18th century and the 19th century, a narrative took hold that sought to identify archetypes capable of conferring scientific prestige upon international law, placing Alberico Gentili, alongside Hugo Grotius and Francisco de Vitória, within the so-called triumvirate of the discipline's founders. This construction was linked to political, nationalist and academic interests, particularly Italian and British, which were responsible for reinterpreting Gentili's role and for relativising the traditional centrality attributed to Grotius. The study then examines the reception of these interpretations in Brazil, demonstrating that the leading Brazilian internationalists incorporated Gentili into their historical accounts, though, as a rule, without having read his works directly and by reproducing interpretations drawn from foreign authors, particularly French, Italian and Spanish ones. The research reveals that the Italian jurist's presence in Brazilian legal doctrine occurred predominantly through indirect references, frequently repeated from one textbook to another, with little analytical depth. Despite these limitations, there is recognition of his contribution to the secularisation of international law, to the recognition of customs and treaties as legal sources, and to the transition from natural law to contractualist and positivist conceptions. It is therefore concluded that the Brazilian reception of Gentili reflects both an intellectual dependence on European models and the strategic use of historiography to legitimise the science of international law. Finally, the study demonstrates that the Italian jurist played a central role in shaping the foundational narratives of the discipline, even though his work remained, for a long period, more frequently cited than actually studied or analysed.

KEYWORDS: Alberico Gentili. International Law. Legal History. Brazilian Legal Scholarship.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos seus duzentos anos, os juristas que construíram a ciência brasileira do direito internacional adotaram como prática comum o uso de citações em seus textos de contribuições provenientes não só de autores a eles contemporâneos, mas também aos chamados "clássicos", escritos que se encontram na base da disciplina. O objetivo não era somente de enrobustecer o arcabouço teórico dos manuais e tratados, mas também, muitas vezes, a tentativa de uma maior legitimação de seus próprios postulados. Dos juristas cujos nomes tiveram particular destaque ao longo dos séculos, alguns poucos foram elevados à condição de "fundadores do direito internacional". A referência é especialmente àqueles da primeira Modernidade, sobressaindo-se, por primeiro, o holandês Hugo Grotius que, por um longo período, ostentou quase solitariamente o título de "pai" da disciplina. À generosa indicação ao jurista da cidade de Delft, seguiram-se aquelas dos teólogos católicos espanhóis Francisco de Vitória e Francisco Suarez, assim como de Alberico Gentili, jurista e pensador humanista protestante nascido nas colinas das Marcas italianas, o qual desempenhou um papel de relevo no círculo de conselheiros jurídicos de Elizabeth I da Inglaterra.

Gentili testemunhou os ultimíssimos episódios do humanismo jurídico, no momento de passagem entre Renascimento e Modernidade, sendo seus escritos considerados peças centrais na transição não somente entre duas Eras, mas também entre modos muito distintos de pensar o direito². O espírito renascentista que conduziu a virada do pensamento do teocentrismo ao antropocentrismo pulsava no jurista italiano, refletindo-se nas primeiras tensões entre o já consolidado jusnaturalismo e o nascente contratualismo.

As representações de Gentili nos textos que constituem a ciência do direito internacional brasileira evidenciam um fenômeno típico desta realidade: os grandes nomes que forneceram clássicos ao direito internacional – como é o caso do italiano que atuava na corte de Elizabeth I –, por mais que tenham suas obras mencionadas nos nossos manuais e tratados, raramente constituíram objeto de estudo aprofundadas.

A menção a textos clássicos sem uma análise apropriada nas doutrinas brasileiras emerge não só em relação aqueles mais antigos, mas também aos mais recentes, como ocorre com Georges Scelle, Dionisio Anzilotti, Heinrich Triepel ou Lassa Oppenheim: citada a sua existência, são escassamente dissecados nas páginas da nossa ciência do direito internacional. Por óbvio, a situação se agrava à medida que são alcançadas camadas mais profundas do pensamento internacionalista, fazendo com que os escritos de Emer de Vattel, de Samuel Pufendorf ou de Christian Wolff sejam praticamente ignorados nos nossos manuais.

As várias menções a Grotius, principalmente, e, depois, a Vitória e a Gentili, são fruto de um movimento diferenciado nesse contexto. A premente necessidade de legitimação por meio de “linhagens genealógicas” que nobilitassem esse campo do conhecimento, fez com que os doutrinadores do direito internacional não deixassem de ostentar seus fundadores. É por esse motivo que os três autores, assim como os títulos de suas obras, há mais de um século, encontram-se presentes nos manuais e tratados brasileiros como ilustríssimos desconhecidos, contemplados por alguma análise somente por poucos eruditos³.

A principal obra de Gentili, publicada em latim em 1598, foi traduzida ao português e publicada no Brasil somente em 2006. Vinte anos depois permanece, ainda para muitos, como um autor inexplorado. O presente artigo tem por objetivo explorar o modo como a reflexão de Gentili circulou nos escritos dos protagonistas da ciência brasileira do direito internacional. Para tanto, pretende, por primeiro, examinar as estratégias que a partir do final do século XVIII, vão ganhando força ao longo do século XIX, e foram instauradas para resgatar e inserir na literatura especializada o nome do jurista italiano como parte do triunvirato dos “fundadores do direito internacional”. Logo após, será examinado como os manuais e tratados brasileiros de direito internacional o apresentam, assim como sua obra, evidenciando a presença da estratégia voltada a elevá-lo ao panteão deste ramo da ciência jurídica também na nossa doutrina.

1. UMA CIÊNCIA EM BUSCA DE SEUS ARQUÉTIPOS

Já a partir do final do século XVIII, os itinerários percorridos pelo direito civil e pelo direito penal conduziram os doutrinadores de ambos a apresentarem estes ramos do conhecimento jurídico não mais enquanto teoria, mas, sobretudo, como ciência. O processo, inicialmente estimulado pelas escolas iluministas, ganhou força com o advento das novas ciências típicas do século XIX, como a antropologia e a sociologia. A ciência do direito internacional seguiu por

² DAL RI Jr., Arno. Apresentação. In: GENTILI, Alberico. *O Direito da Guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 10.

³ Entre o restritíssimo círculo de brasileiros que escreveram sobre esses autores, mesmo entre os historiadores do direito internacional, emerge Paulo Emílio Borges, que se dedicou sobretudo a Hugo Grotius e a Francisco Suárez.

caminhos diferentes, muito mais tortuosos que aqueles percorridos pelas suas irmãs. Adentrou o século XIX e, ainda por muitas décadas, se manteve como um saber eminentemente teórico, calcado em debates morais e filosóficos, com uma diminuta dimensão técnica. Se, por um lado, é impossível ignorar em alguns ambientes já no século XVIII a presença de uma busca pela sua validação enquanto “ciência” munida de um caráter sistemático, por outro, a luta para se afastar de construções jusnaturalistas – marcadas por discursos em torno de ideais abstratos, eternos, imutáveis e muitas vezes religiosos –, foi frequentemente inglória. O pesado arcabouço teórico constituído por eruditos exercícios filosóficos fazia com que a miúde fosse apontado como um conhecimento aristocrático, digno de elevadas discussões nos salões filosóficos, mas desprovido da dimensão técnica-científica que os novos tempos pediam.

Nessa luta pelo reconhecimento como “ciência”, as mais variadas correntes doutrinárias buscavam obsessivamente novos arquétipos, novos oragos: juristas a serem apontados como pioneiros⁴, cuja obra estivesse em condições de legitimar esse ramo do conhecimento jurídico também como técnico-científico⁵. Nascia, portanto, em meio ao movimento de uma ciência que buscava a sua consolidação⁶, uma historiografia jurídica apologética que mesclava postulados da ideia jusnaturalista de uma ordem racional anterior à existência do Estado com fragmentos de um evolucionismo natural civilizatório⁷ marcado pelas então novíssimas nuances antropológicas e sociológicas. Dessas eram extraídos elementos para compor cada novo personagem, partícipes do mito da existência de “pais fundadores”⁸, cujas reflexões – entre as primeiras a portarem perspectivas mais técnicas, menos filosóficas e despidas de caráter teológico⁹ –, legitimassem a nova ciência do direito internacional. Acompanhando essa estratégia, vinha ainda outra, não menos significativa. A “paternidade” deveria ser imputada a juristas de cujas obras emergisse a defesa de um direito internacional humanitário, ancorado na ideia de paz¹⁰. As opções por Grotius¹¹ e

⁴ O'DONOGHUE, Aoife. *Bluntschli, C'est Moi? International legal history and hagiography*. *Transnational Legal Theory*, 1 (2024), p. 67 ss.; vide, ainda, STORTI, Claudia. Empirismo e scienza: il crocevia del diritto internazionale nella prima metà dell'Ottocento. In: NUZZO, Luigi; VEC, Miloš (ed.s). *Constructing international law. The birth of a discipline*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2012, pp. 54 ss.

⁵ NUZZO, Luigi. Alberico Gentili “internazionalista” tra storia e storiografia. In: LACCHE, Luigi. *Ius Gentium Ius Communicationis Ius Belli*. Alberico Gentili e gli orizzonti della Modernità. Milano: Giuffrè, 2009, p. 77.

⁶ STORTI, Claudia. Estados vs. Povos: Premissas e tentativas de construção de uma ciência do direito internacional na primeira metade do Século XIX. *Revista de História e Ciências Sociais*, 32 (2024), p. 567 ss.

⁷ KENNEDY, David. International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion. *Nordic Journal of International Law*, 65 (1996), p. 390.

⁸ GONZÁLEZ HAUCK, Sué. History of International Law. In: GONZÁLEZ HAUCK, Sué. *Public International Law. A Multi-Perspective Approach*. New York: Routledge, 2024, p. 5.

⁹ No que concerne especificamente ao papel de Gentili no processo de secularização do direito internacional, vide DOMINGO OSLE, Rafael; MINNUCCI, Giovanni. Alberico Gentili and the Secularization of the Law of Nations. In: DOMINGO, Rafael; WHITE Jr., John (eds.) *Christianity and Global Law*. Abingdon: Routledge, 2020, p. 2; ZIEGLER, Karl-Heinz. *Völkerrechtsgeschichte*. München: Beck, 1994, p. 148; FOCARELLI, Carlo. *Introduzione storica al Diritto Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 201 ss.; CASSI, Aldo Andrea. Dalla santità alla criminalità della guerra. Morfologie storico-giuridiche del *Bellum Iustum*. In: CALLORE, Antonello (a cura di). *Guerra Giusta? Le metamorfosi di un concetto antico*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 145 ss.; e MINNUCCI, Giovanni. Da esule a *civis anglus*. Alberico Gentili e la difficile condizione dello straniero: tra vicende personali e riflessioni dottrinali. In: DE GIUDICI, Giuseppina; FEDELE, Dante; FIOCCHI MALASPINA, Elisabetta (a cura di). *Soggettività contestate e diritto internazionale in età moderna*. Roma, Historia et ius, 2023, pp. 13-33 (in open access qui: http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/de_giudici_ebook.pdf)

¹⁰ GONZÁLEZ HAUCK, Sué. History of International Law. In: GONZÁLEZ HAUCK, Sué. *Public International Law. A Multi-Perspective Approach*. New York: Routledge, 2024, p. 6.

¹¹ LESAFER, Randall. The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law. *British Yearbook of International Law*, 73 (2002), p. 103; ITTERSUM, Martine Julia van. Hugo Grotius: The Making of a Founding Father of International Law. In: ORFORD, Anne; HOFMANN, Florian (eds). *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 82 ss.

por Vitória¹², assim como por Gentili, tentavam consolidar uma imagem não só lisonjeira para a nova ciência, mas também, pragmática¹³, pacifista e civilizada¹⁴, de acordo com os ideais que caracterizavam o final do século XIX.

A busca por arquétipos humanizantes e pacifistas gerou não poucas polêmicas entre os defensores dos vários nomes, fazendo surgir a corrida apologética cujo espírito foi bem captado por Luigi Lacchè¹⁵. A imagem de um direito internacional guiado por esses valores era também constante entre os movimentos que levaram à fundação do *Institut de Droit International*: os círculos intelectuais em torno a Pasquale Stanislao Mancini, François Laurent, Gustave Moynier, Johann Kaspar Bluntschli, John Westlake e Tobias Asser, buscavam não só tornar o direito internacional uma ciência, mas também indicar modelos que o enobressem. A retórica em volta a Gentili e a Grotius, projetando imagens de paladinos da paz, era funcional a essa proposta.

A jovem ciência, já nos seus primeiros anos, vivenciou as consequências mais extremas da corrida pelos arquétipos. Para os “pais fundadores” desse campo do saber renovado por novos métodos e princípios, surgiram na segunda metade do século XIX, debates que levaram à construção de monumentos em Delft, na Holanda, e em San Ginesio, na Itália. Em uma rara convergência, o romantismo nacionalista e a apologia internacionalista fizeram das praças principais das cidades onde nasceram Grotius e Gentili, templos a céu aberto¹⁶. Como afirma, com razão, Luigi Lacchè,

o Direito Internacional tornou-se uma “ciência” não apenas através da renovação de método, conceitos, propósitos, mas também através da releitura, reexpressão, até determinado ponto através da invenção de tradições, centradas em precursores, fundadores e seguidores; [...] em resumo, um entrelaçamento contraditório de razões, representações e elementos simbólicos que não devem ser negligenciados¹⁷.

Os monumentos aos dois internacionalistas que se assumiam como leitores ávidos de Jean Bodin, reportavam no campo simbólico a exaltação da Modernidade em contraposição às “trevas medievais”. Não se instalavam imagens a santos ou a reis coroados pelos papas, mas a juristas que tinham redesenhado o universo político a partir dos debates sobre a ideia de soberania. No campo simbólico, por sua vez, boa parte das correntes jusnaturalistas passavam a ser ignoradas, quando não exorcizadas. A posição de oragos da nova ciência recaindo entre autores do primeiro

¹² BROWN SCOTT, James. *The Spanish Origins of International Law: Francisco de Vitoria and His Law of Nations*. Oxford: Clarendon Press, 1934; AMOROSA, Paola. *Rewriting the History of the Law of Nations. How James Brown Scott Made Francisco de Vitoria the Founder of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2025.

¹³ STORTI, Claudia. Early Italian Scholars of *ius gentium*. In: BARTOLINI, Giulio (ed.). *A History of International Law in Italy*. Oxford: Oxford University Press, 2020, pp. 40 ss.

¹⁴ Inicialmente os debates doutrinários se mantinham em meio a centenárias polêmicas acerca da paternidade do direito da guerra, tendo como protagonistas os defensores de Grotius, de Vitória e de Suarez. Tornaram-se, contudo, ainda mais intensos quando entre Itália e Inglaterra iniciaram tentativas mais sistemáticas de inserir Gentili. Vide, a respeito, CASSI, Aldo Andrea. *Lo Ius in Bello nella dottrina giusinternazionalista moderna. Annotazioni di metodo e itinerari d'indagine. Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38 (2009), p. 1141.

¹⁵ LACCHÉ, Luigi. Monumentos do direito internacional: Alberico Gentili e Hugo Grotius na construção de uma disciplina (1875–1886). *Revista de História e Ciências Sociais*, 32 (2024), p. 627; ainda, ROLIN, Édouard, La statue de Grotius, a Delft. *Revue de Droit International et Législation Comparée*, XVIII (1886), p. 502.

¹⁶ Também Salamanca erigiu um monumento a Vitória, o terceiro grande nome do triunvirato que passou para a história em muitos autores como dos “pais fundadores” do direito internacional, mas se trata de uma homenagem tardia em quase um século em relação às demais.

¹⁷ LACCHÉ, Luigi. Monumentos do direito internacional: Alberico Gentili e Hugo Grotius na construção de uma disciplina (1875–1886). *Revista de História e Ciências Sociais*, 32 (2024), p. 627.

contratualismo, fazia antever as antipatias por parte dos internacionalistas do século XIX em relação aos seus predecessores¹⁸. A proposta de Bodin tornava-se o marco de referência¹⁹. Gentili debatia em seu livro não só a noção de soberania²⁰, mas também aquela de tratado de paz e amizade²¹ –, fenômeno recepcionado por Grotius²². A intimidade do jurista italiano com a lógica e com os instrumentos contratuais, vindo de sua formação como civilista e romanista, tiveram um papel fundamental nessa releitura de Bodin, com a consequente transposição dos conceitos para o direito internacional. Foi assim que o conselheiro jurídico de Elizabeth I soube tornar funcional na sua reflexão duas ideias chave do professor francês: contrato e soberania. Isso, em um momento político no qual a política inglesa pedia uma teoria que se opusesse à hegemonia católica no direito internacional, própria do jusnaturalismo que fundamentava a ideia de “*Res publica Christiana*”. A clara separação entre teologia e direito emerge em meio a esse movimento, fazendo de Gentili um dos poucos autores anteriores a Grotius considerados pelos internacionalistas do século XIX à altura deste último²³.

O posicionamento de ambos no círculo de “paternidade” do direito internacional nem sempre foi consenso na doutrina. Italianos e ingleses, movidos por evidentes estímulos patrióticos, davam primazia ao conselheiro da rainha Gloriana²⁴. A revisão da literatura contrapondo um ao outro começou em 1788, com o italiano Giovanni Lampredi tomando um direcionamento contrastante

¹⁸ Vide, RIVIER, Alphonse. *Note sur la littérature du droit des gens avant la publication du ius belli ac pacis de Grotius*. Bruxelles: Hayez, 1883, p. 44.

¹⁹ Sobre o uso que Gentili faz dos escritos de Bodin, e, em particular dos “*Six livres de la République*”, existem alguns estudos específicos: WIJFFELS, Alain. De la lecture à l'écriture: les notes de lecture d'Alberico Gentili et leur emploi dans la rédaction de son œuvre doctrinale. In: GIAVARINI, Laurence (sous la direction de). *L'Écriture des juristes*. XVI-XVIII siècle. Paris: Garnier, 2010, pp. 93-109; WIJFFELS, Alain. From Perugia to Oxford: Past and Present of Political Paradigms. In: TREGGIANI, Ferdinando (a cura di). *Alberico Gentili: la tradizione perugina e la fondazione del diritto internazionale*. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2010, pp. 59-78; QUAGLIONI, Diego. The Italian ‘Readers’ of Bodin, 17th-18th Centuries: The Italian ‘Readers’ out of Italy - Alberico Gentili (1552-1608). In: LLOYD, Howell (ed.). *The Reception of Bodin*. Leiden-Boston: Brill, 2013, pp. 371-386.

²⁰ VERGERIO, Claire Vergerio. *War, States and International Order*. Alberico Gentili and Foundational Myth of the Laws of War. Cambridge: Cambridge University Press, p. 54.

²¹ STORTI, Claudia. Foedus, Amicitia e Societas: Alberico Gentili tra tradizione e innovazione. In: *Alberico Gentili* (San Ginesio 1552 - Londra 1608). Atti dei Convegni nel Quarto Centenario della Morte. Vol. II. Milano: Giuffrè, 2010, p. 338 ss. Vide, também, sobre a concepção dos tratados de paz reportada pelo jurista italiano, LESAFFER, Randall. Alberico Gentili's ius post bellum and Early Modern Peace Treaties. In: KINGSBURY, Benedict, STRAUMANN, Benjamin (Eds.). *The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire*. Oxford: Oxford University Press, pp. 210 ss., e a obra de VADI, Valentina. *War and Peace*. Alberico Gentili and the Early Modern Law of Nations. Boston: Brill, 2010.

²² GROTIUS, Hugo. *De Iure Belli ac Pacis Libri tres*. Parisiis: Nicolavm Bvon, 1625. A obra foi publicada no Brasil, em língua portuguesa, no âmbito da “Coleção Clássicos do Direito Internacional” como GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Ijuí: Unijuí, 2004, em 2 volumes.

²³ “*Quelle que soit la valeur d'Ayala et de Belli, on ne peut les mettre, ni comme juristes ni comme auteurs, au même rang que le savant Albéric Gentil*”. In: RIVIER, Alphonse. *Note sur la littérature du droit des gens avant la publication du ius belli ac pacis de Grotius*. Bruxelles: Hayez, 1883, p. 44. No âmbito interno, o jurista italiano foi também bastante hábil em adequar a leitura do professor francês ao contexto político inglês e às peculiaridades que o caracterizavam, principalmente no que concerne aos efeitos dos embates teológicos na administração do reino. No seu papel de “professor régio” em Oxford, soube adaptar seus postulados às exigências do “príncipe”. Com isso contribuiu para legitimação do *establishment* político-religioso em um conturbado momento da ilha, fazendo com que coincidisse suas orientações pessoais, culturais e religiosas. Vide, a respeito, GENTILI, Alberico. *O Direito da Guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 15 ss.

²⁴ Sobre o papel da doutrina inglesa nesse resgate, vide MINNUCCI, Giovanni. Gentili. On the Law of War. In: DAUCHY, Serge; MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI, Heikki; WIJFFELS, Alain (ed.s). *Formation and Transmission of Western Legal Culture*. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing. New York: Springer, 2016, p. 150.

com aquele que então era o senso comum, emblemático nas obras de Dietrich Ompteda²⁵, de 1785, e de Robert Ward²⁶, em 1795, os quais viam o jurista italiano como simples precursor do holandês. Lampredi afirmava sem rodeios que Gentili teria sido mestre de Grotius, o qual “escrevendo com maior elegância e adornando seu Tratado com erudição refinada e peregrina, ele quase fez esquecer seu Mestre, do qual, porém, seguiu quase totalmente o projeto”²⁷. Meio século após, tendo sido consumada a unificação do Estado italiano, foram Pasquale Stanislao Mancini²⁸, Federigo Sclopis²⁹ e Augusto Pierantoni³⁰, Giuseppe Speranza³¹ e, ainda, Ermelinda Armigero Gazzera³², a tecer longos panegíricos a Gentili, identificando-o como igual ou superior a Grotius. Essa operação de resgate e manipulação da memória foi funcional aos movimentos nacionalistas derivados do romantismo que permeavam o *Risorgimento*. Buscava, sobretudo, a consolidação do Reino da Itália enquanto entidade fruto de um processo cultural autônomo e independente, dotado de escolas de pensamento próprio nas várias áreas do conhecimento. Alimentavam, portanto, mais um dos mitos em torno ao recém unificado Estado peninsular, reforçando a luta para a afirmação de sua independência não só em relação às potências estrangeiras, mas, no também que se refere às influências do catolicismo romano como forma de estimular o patriotismo e o anticlericalismo.

Diferentes posições intermediárias foram assumidas nesse período, privilegiando o ascendente contratualismo nas linhas de Gentili em detrimento dos autores do jusnaturalismo divino. Ao longo do século XIX o jurista italiano foi alçado à posição de principal arauto do holandês. Foi assim que, na tentativa de apresentar uma análise crítica da história do direito internacional³³, em 1847 Carl

²⁵ No capítulo dedicado à história do direito internacional, após analisar as obras de Johann Oldendorp (1486-1567), de Ferdinando Vasquez de Menchaca (1512-1569) e de Francisco Suarez (1548-1617), Ompteda elevou Gentili afirmando ter este sido o mais importante entre os precursores de Grotius: “*Diesem nicht ganz unahnliche Gedanken hegete der mit Suarez zu gleicher Zeit lebende Albericus Gentilis (geb. 1551. + 1611.) ein gebohrner Italiener, der aber der Religion wegen sein Vaterland verließ, und nach Engelland gieng, wo er lange Jahre lebte, und als Profeffor iuris zu Oxford starb. Dieser ist der erste Gelehrte, der sich einige wahre Verdienste um die Völkerrechtswissenschaft erworben hat. Er schrieb, so viel in diese Wissenschaft einschlägt, de iure maris, de iure belli und de legationibus; und hat besonders die Materie vom Rechte des Kriegs und vom Gesandtschaftsrechte zu allererst auf eine der Sache ziemlich angemessene Art ausgeführt. Denn wenn gleich, was insbesondere das Recht des Krieges angehet, verschiedene andere, theils Theologen, theils Juristen, welche auch Grotius a) nennet, 3. E. Franciscus Victoria b), Heinrich von Gorcum c), Wilhelm Matthaei d), Johannes Carthagenae e), Johannes Lupus f), Franciscus Arias g), Johannes von Lignano b), Martin Garat i), ms besondere aber Balthasar Ajala k) von eben derselben Materie schon vorhin geschrieben hatten, so war doch Gentilis zuerst der, der solche als einen Gegenstand des Völkerrechts abhandelte*”. In: OMPTEDA, Dietrich Heinrich Ludwig von. *Literatur des gesammten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts*. Vol. I. Regensburg: Erben, 1785, pp. 168-169.

²⁶ WARD, Robert. *An Enquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe from the Time of the Greeks and Romans to the Age of Grotius*. Vol. 2. London: Strahan & Woodfahl, 1795, p. 366.

²⁷ “*scrivendo con maggiore eleganza, ed ornando il suo Trattato di forbita e pellegrina erudizione fece quasi scordare il suo Maestro, di cui però seguito quasi totalmente il disegno*”. In: LAMPREDI, Giovanni Maria. *Del commercio dei popoli neutrali in tempo di guerra*. Firenze: s/e, 1788, p. 6.

²⁸ Mancini menciona Gentili diversas vezes nos seus escritos, mas o eleva à condição de fundador do direito internacional, juntamente com Pietro Belli e Grotius, particularmente na preleção “*La vita dei popoli dell’umanità*”, de 1872, constante em MANCINI, Pasquale Stanislao. *Diritto internazionale*. Prelezioni con un saggio sul Machiavelli. Napoli: Napoli, 1873, p. 163-220, publicada no Brasil, em língua portuguesa, no âmbito da “Coleção Clássicos do Direito Internacional” como “Vida dos povos na humanidade”, em MANCINI, Pasquale Stanislao. *Diritto Internazionale*. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 175-226.

²⁹ SCLOPIS, Federigo. *Storia della Legislazione Italiana*. Vol. II. Torino: Unione tipografico-editrice, 1863, p. 594 ss.

³⁰ “*Nel corso di questo grande periodo della storia della umanità nacque dall’Italia al mondo quegli che il primo illustrò gli studi di un diritto sino allora sconosciuto. E questo sapiente fu Alberico Gentili*”. In: PIERANTONI, Augusto. *Storia degli studi di diritto internazionale*. Modena: Vincenzi, 1869, p. 20. Causa perplexidade, por outro lado, o fato de Gentili ter sido citado uma única vez em um outro clássico do direito internacional italiano da segunda metade do século XIX, somente para reportar seu conceito de guerra: CASANOVA, Ludovico. *Del Diritto Internazionale*. Vol. II. 3.a ed. Firenze: Cammelli, 1876, p. 140.

³¹ SPERANZA, Giuseppe. *Alberico Gentili*. Studi. Roma: Pallotta, 1876.

³² ARMIGERO GAZZERA, Ermelinda. *Alberico Gentili*. Bibliografia. Tolentino: Fidelfo, 1917.

³³ NUZZO, Luigi. *Origini di una Scienza*. Diritto Internazionale e colonialismo nel XIX secolo. Frankfurt-am-Main: Klostermann, 2012, p. 44.

Kaltenborn o indicou como “a base direta de Grotius”³⁴. Apontava, para isso, a várias coincidências nas obras de ambos, enquanto no seu texto de 1848 o declarava “verdadeiro precursor”³⁵ do jurista holandês e “o primeiro autor importante do direito internacional moderno”³⁶. De modos diferentes, também Martens³⁷, Klüber³⁸ e Wheaton³⁹ dedicaram alguns parágrafos a Gentili. Sempre de uma maneira superficial e centrando suas análises em Grotius, apresentavam o jurista italiano como inferior a este, cuja reflexão teria sido aperfeiçoada pelo primeiro. Wheaton, em particular, contemplou o tema com mais propriedade que os demais, afirmando que “Grotius reconhece suas obrigações com Gentili”⁴⁰. Mesmo sendo a frase acima uma reprodução daquela pronunciada alguns anos antes por Henry Hallam⁴¹, o diplomata norte-americano demonstrou conhecer a literatura que imputava ao italiano a paternidade do direito internacional⁴². A doutrina francesa seguiu na mesma direção, com Laurent-Basile Hautefeuille⁴³ e Eugène Cauchy⁴⁴. Ambos fizeram menções austeras ao tema exaltando Gentili, mas sempre mantendo-o em uma posição secundária em relação a Grotius.

A doutrina belga, por sua vez, foi um pouco mais generosa ao se deter sobre o posicionamento do jurista italiano na nova ciência. Nesse espírito, Gustave Rolin-Jaequemyns a ele dedicou dois

³⁴ “Wir nennen diesen Schriftsteller noch vor Grotius, weil wir, in Uebereinstimmung mit Wheaton und Lampredi, ihn für die unmittelbare Grundlage des Grotius halten. Dies zeigen die ganz ähnlichen Ideen und Meinungen beider; dies beweist noch ganz besonders die formelle Uebereinstimmung seines Werkes *de jure belli* mit dem des Grotius *de jure belli ac pacis*, besonders schon in den Kapiteltiteln des ersten und dritten Buches, vorzugsweise aber, wie wir bemerkt zu haben glauben, auch aus der grossen Uebereinstimmung der Planlegung und Begründung ihrer Werke hier in den prolegomena, bei Gentilis im ersten Kapitel des ersten Buches. Uebrigens gesteht Grotius die Benutzung des Gentilis einigermaassen selbst ein. Es sind nun die Details des Gentilis in neuerer Zeit fast gar nicht berücksichtigt”. In: KALTENBORN, Carl. *Kritik des Völkerrechts nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft*. Leipzig: Mayer, 1847, p. 34.

³⁵ “Albericus Gentilis ist nur von Interesse aus dem Gesichtspunkte des internationalen Rechts, aber in Bezug hierauf von grosser Bedeutung und als der eigentliche völkerrechtliche Vorläufer des Grotius zu betrachten”. In: KALTENBORN, Carl. *Zur Geschichte des Natur- und Völkerrechts sowie der Politik*. B. I. Leipzig: Mayer, 1848, p. 201.

³⁶ “Er ist der erste wichtigere Autor des modernen Völkerrechts”. In: KALTENBORN, Carl. *Zur Geschichte des Natur- und Völkerrechts sowie der Politik*. B. I. Leipzig: Mayer, 1848, p. 228.

³⁷ “Les faibles essais que firent au 16^{Siècle} Oldendorp c), Hemming d) et autres, les progrès plus marques même d’Albericus Gentilis e) n’ont pu enlever à Hugue Grotius f) le nom glorieux et mérité de père de la science du droit naturel, et du droit des nations”. In: MARTENS, Georg Friedrich von. *Précis du droit des gens moderne de l’Europe, fondé sur les traités et l’usage*. Gottingue: Dieterich, 1821, p. 19.

³⁸ “Il parut, en effet, quelques livres imprimés traitant du droit des gens; mais les uns partirent de fausses prémisses et maximes [...] d’autres ne développèrent pas assez les idées justes qu’ils avaient conçues, tels que Albericus Gentilis (1598)”. In: KLÜBER, Johanna Ludwig. *Droit des gens moderne de l’Europe*. Stuttgart: Cotta, 1819, p. 29.

³⁹ WHEATON, Henry. *History of the Law of Nations in Europe and America*. New York: Gould, Banks, 1845, pp. 50-54.

⁴⁰ “Grotius acknowledges his obligations to Gentili”. In: WHEATON, Henry. *History of the Law of Nations in Europe and America*. New York: Gould, Banks, 1845, p. 51.

⁴¹ “A more remarkable work by Albericus Gentilis is his treatise, *De Jure Belli*, first published at Lyons, 1589. Grotius acknowledges his obligations to Gentilis, as well as to Ayala, but in greater degree to the former. And that this comparatively obscure writer was of some use to the eminent founder, as he has been deemed, of international jurisprudence, were it only for mapping his subject, will be evident from the titles of his chapters, which run almost parallel to those of the first and third books of Grotius”. In: HALLAM, Henry. *Introduction to the literature of Europe, in the fifteenth, sixteenth and seventeenth centuries*. Vol. II. London: Murray, 1843, p. 81.

⁴² A obra de Lampredi foi mencionada: LAMPREDI, Giovanni Maria. *Del commercio dei popoli neutrali in tempo di guerra*. Firenze: s/e, 1788, p. 6

⁴³ “Le traité de Gentilis serait encore regardé comme un chef-d’œuvre de l’esprit humain, s’il n’avait donné naissance au traité du droit de la guerre et de la paix de Grotius”. In: HAUTEFEUILLE, Laurent-Basile. *Histoire des origines, des progrès et des variations du Droit Maritime*. Paris: Guillaumin, 1858, p. 268.

⁴⁴ “Gentilis commence à tracer le cadre de la science du droit des gens. L’éclat dont brille celui de Grotius ne doit pas nous rendre injuste envers son précurseur et son émule dans la composition laborieuse de la théorie du droit des gens. Sous la plume érudite de Gentilis, cette science avait commencé à se transformer. D’une part, elle s’était étendue et élargie; d’autre part, elle s’était dégagée de son mélange avec des sciences étrangères, pour s’asseoir définitivement sur son propre terrain. En ce qui concerne l’ordre des chapitres et la distribution des matières, le cadre tracé par Gentilis dans son traité *De jure belli*, est satisfaisant et logique”. In: CAUCHY, Eugène. *Le droit maritime international considéré dans ses origines et dans ses rapports avec les progrès de la civilisation*. Vol. II. Paris: Guillaumin, 1862, p. 33.

artigos na *Revue de Droit International et Législation Comparée*. No primeiro, elencava aqueles que já o tinham reconhecido como “glorioso” precursor do holandês⁴⁵, enquanto que, no segundo, interpretando de um modo mais ousado o espírito do *Institut* o qual ajudará a fundar, afirmava que “Gentili e Grotius não são nem devem ser duas glórias invejosas uma da outra; são duas estrelas, cada uma dotada de uma luz própria ou, melhor dizendo, que empresta de um foco comum, o da justiça eterna e da verdade eterna”⁴⁶. Para Alphonse Rivier, “sem dúvida, Grotius deve muito a Gentili”⁴⁷, enquanto foi Ernest Nys, a dar mais ênfase ao autor. Sem muitos rodeios, afirmava que, mesmo se lhe faltava clareza e precisão⁴⁸, ainda teria sido superior a Belli⁴⁹, tendo seus escritos marcado a história, mesmo sendo em geral “inferior a Grotius em termos de amplitude de visão, ele é superior em um ponto: examina cuidadosamente os fatos que ocorrem no domínio da política”⁵⁰. A posição conclusiva de Nys é positiva, considerando Gentili o mais importante autor da sua época, conquanto tivesse sido recebido “de diferentes modos; com elogios e críticas igualmente exagerados, e é justo dizer que, se o livro do ilustre professor de Oxford não é propriamente uma obra-prima, é pelo menos o primeiro trabalho sistemático sério que foi publicado”⁵¹.

No universo britânico, James Reddie⁵² e James Mackintosh exaltavam a genialidade de Gentili e reiteravam sua posição privilegiada entre os “pais fundadores”, mas foi sobretudo com Thomas Holland, o qual, tendo alguns séculos após o sucedido na cátedra em Oxford, que o movimento alcançou seu ápice. Frequentemente associado às iniciativas dos seus colegas italianos, o professor oxfordiano relançava energicamente por meio de uma conferência ministrada em 1874 na mais antiga universidade inglesa, a ideia de primazia de Gentili. A paternidade exclusiva de Grotius passava, então, a ser contestada de uma tribuna importante. Mesmo se na sua introdução reconhecia a dificuldade em encontrar informações precisas sobre o tema, a conferência descortinava no seu desenvolvimento a proposta de falar de “alguém que, na verdade, tem motivos para disputar com o próprio Grotius o título de ‘pai do Direito Internacional’”⁵³. Na conclusão, sendo bastante mais cauteloso e moderado, afirmava

Não pretendo, de forma alguma, colocar Gentili no mesmo nível de seu seguidor, que é inegavelmente superior, nem afirmar que seus escritos não apresentam, em certa

⁴⁵ “[...] Tiraboschi, Lampredi, Carmignani, Mackintosh, plus récemment Romagnosi, Sclopis, Cantù et nombre d'autres auteurs signalent Gentil comme un glorieux précurseur de Grotius”. In: ROLIN-JAEQUEMYNS, Gustave. Albéric Gentil. Hommages à sa mémoire. *Revue de droit international et de législation comparée*, 8 (1876), p. 141.

⁴⁶ “Gentil et Grotius ne sont pas et ne doivent pas être deux gloires jalouses l'une de l'autre; ce sont deux étoiles, douées chacune d'une lumière qui lui est propre ou plutôt qu'elle emprunte à un foyer commun, celui de l'éternelle justice et de l'éternelle vérité”. In: ROLIN-JAEQUEMYNS, Gustave. Quelques mots sur les hommages projetés à la mémoire de Grotius et d'Albéric Gentil, et sur les dernières publications y relatives. *Revue de droit international et de législation comparée*, 8 (1876), p. 696.

⁴⁷ “Sans doute, Grotius doit beaucoup à Gentil”. In: RIVIER, Alphonse. *Note sur la littérature du droit des gens avant la publication du ius belli ac pacis de Grotius*. Bruxelles: Hayez, 1883, p. 46.

⁴⁸ NYS, Ernest. *Les origines du droit international*. Bruxelles: Castaigne, 1894, p. 11.

⁴⁹ NYS, Ernest. *Les origines du droit international*. Bruxelles: Castaigne, 1894, p. 177.

⁵⁰ “[...] inférieur à Grotius, comme largeur de vues, il lui est supérieur en un point, c'est qu'il examine avec soin les faits qui se produisent dans le domaine de la politique”. In: NYS, Ernest. *Les origines du droit international*. Bruxelles: Castaigne, 1894, p. 132.

⁵¹ “[...] a été diversement apprécié; louanges et critiques ont été également exagérées, et il convient de dire que si le livre de l'illustre professeur d'Oxford n'est pas précisément un chef-d'œuvre, c'est du moins le premier travail systématique sérieux qui ait paru”. In: NYS, Ernest. *Les origines du droit international*. Bruxelles: Castaigne, 1894, p. 350.

⁵² REDDIE, James. *Researches, Historical and Critical, in Maritime International Law*. Vol. 1. Edinburgh: Clark, 1844, p. 95 ss.

⁵³ “[...] of one, indeed, who has some claim to dispute with Grotius himself the title of ‘the father of International Law’”. In: HOLLAND, Thomas. *An Inaugural Lecture on Albericus Gentilis*. London: MacMillan, 1874, p. 2.

medida, as falhas que lhes são atribuídas. Meu objetivo foi apenas chamar a atenção para uma reputação muito esquecida e lembrar que o primeiro passo para tornar o Direito Internacional o que ele é hoje não foi dado por Grotius, mas pelo refugiado de Perugia, filho adotivo de Oxford, Albericus Gentilis⁵⁴.

A conferência delimitou precisamente o novo “lugar” a ser ocupado por Gentili na história do direito internacional, o qual, com diferentes nuances, estava sendo consolidado também nas doutrinas italiana, belga e alemã. É por isso que Paulo Emílio Borges de Macedo acerta ao afirmar que na conclusão da preleção ministrada em Oxford, em 1874, Holland “retira, em definitivo, Grócio de seu pedestal e apresenta Alberico Gentili como o verdadeiro criador do direito internacional. O jurista de Delft teria sido apenas o seu discípulo mais importante e, certamente, o mais conhecido”⁵⁵.

A acirrada disputa pelo pódio da paternidade não se esgotou tão cedo. Continuou acesa, se prolongando ao longo de boa parte do século XX, com um diferencial importante: a latente corrosão do mito em torno à exclusividade de Grotius nessa posição. São emblemáticos desse movimento os trabalhos do francês Maurice Bourquin, que creditava a paternidade a um grupo amplo de pensadores⁵⁶, do italiano Rolando Quadri, o qual dissolvia o debate em um universo mais alargado inserindo Gentili “entre os primeiros representantes da escola inglesa”⁵⁷, e do espanhol Truyol y Serra, que indicava o jurista italiano como “o mais importante dos internacionalistas não espanhóis anteriores a Grotius”⁵⁸.

Foi por meio dessa operação que o jurista italiano, com um austero destaque nas tentativas de reconstrução histórica elaboradas para a disciplina até o século XVIII, passou por uma mudança significativa no seu posicionamento: “nas páginas dos tratados de direito internacional e, desde o pós-guerra, sua presença foi constante nos trabalhos que, sobretudo, a doutrina jurídica alemã teve o mérito de dedicar à história do direito internacional”⁵⁹. Em diversos ambientes seu nome foi, então, frequentemente identificado como o principal predecessor de Hugo Grotius⁶⁰ ou mesmo

⁵⁴ “I am by no means concerned to place Gentili on a level with his undeniably greater follower; or to say that his writings do not exhibit, in some degree, the faults with which they have been charged. My object has been merely to call attention to a too much forgotten reputation; and to remind you that the first step towards making International Law what it is, was taken, not by Grotius, but by the Perugian refugee, the adopted son of Oxford, Albericus Gentili”. In: HOLLAND, Thomas. *An Inaugural Lecture on Albericus Gentili*. London: MacMillan, 1874, p. 35. Para uma análise aprofundada dos argumentos utilizados por Holland na sua conferência, vide, HAGGENMACHER, Peter. Grotius and Gentili: a reassessment of Thomas E. Holland’s inaugural lecture. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam (ed.). *Hugo Grotius and International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 133 ss.

⁵⁵ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Modernidade e Medievalismo em Grócio: O discurso do método. *Quaestio iuris*, 2 (2014), p. 1012.

⁵⁶ “Le père du droit des gens, c’est une société en nom collectif, si j’ose ainsi m’exprimer; c’est une série de penseurs et de juristes, dont les uns ont précédé Grotius, dont les autres ont élargi et développé son œuvre, au cours du XVII^e et du XVIII^e siècles”. In: BOURQUIN, Maurice. Grotius est-il le père du droit des gens? (1583–1645). In: *Grandes figures et grandes œuvres juridiques*. Genève: Georg, 1948, p. 94.

⁵⁷ QUADRI, Rolando. *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, I (1952), p. 609.

⁵⁸ TRUYOL, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional Publico*. 3.a ed. Madrid: Tecnos, 1970, p. 181.

⁵⁹ NUZZO, Luigi. Alberico Gentili “internazionalista” tra storia e storiografia. In: LACCHÈ, Luigi. *Ius Gentium Ius Communicationis Ius Belli*. Alberico Gentili e gli orizzonti della Modernità Milano: Giuffrè, 2009, p. 75.

⁶⁰ ZIEGLER, Karl-Heinz. *Völkerrechtsgeschichte*. München: Beck, 1994, p. 167; TRUYOL, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional*. 3.a ed. Madrid: Tecnos, 1970, p. 181.

retirado da obscura posição de precursor⁶¹, sendo elevado a componente do triunvirato, com o jurista de Delft e o teólogo de Salamanca⁶².

2. GENTILI EM TERRAS BRASILEIRAS

Por muitas décadas a ciência brasileira do direito internacional teve por costume abrir seus manuais e tratados com generosos capítulos históricos organizados sobre longos inventários de nomes de autores e títulos de suas obras. No universo bibliográfico que compôs o objeto dessa pesquisa, foram raros os manuais os quais, como Manuel de Souza Sá Vianna, Hildebrando Accioly, Nelson Ferreira da Luz ou Celso Albuquerque de Mello, superaram esses limites. Não menos importante, emerge uma outra constatação: carentes de exames mais aprofundados, não faltaram ao longo desses inventários afirmações categóricas acerca da importância de tais autores para o “progresso” e a “evolução” da ciência. A conclusão a que se chega é de que grande parte das obras “clássicas” que foram elegantemente citadas nos manuais e tratados nunca foram abertas.

Os primeiros inventários tornaram-se ao longo dos anos objetos de infinitas cópias, de manual em manual, de tratado em tratado, repetindo-se com pequenas alterações na redação. O fenômeno não é, contudo, exclusivo das doutrinas internacionalistas. É recorrente também, com grande naturalidade, nos textos de direito civil e de direito penal. Entre as mais variadas consequências que apresentam está o fato de que, munidos de um caráter “progressivo”, eliminaram boa parte das contradições e rupturas entre as ideias e as correntes, forçando uma falsa sensação de continuidade. Funcionaram, portanto, como catalisadores voltados a justificar o quadro contemporâneo em uma clara dinâmica evolutiva. Na melhor das hipóteses – quando comportaram alguma mínima análise –, tornaram-se instrumentos de legitimação de tudo aquilo que o autor pretendia expor como sendo o direito internacional do seu tempo.

No que concerne a Gentili, uma parte expressiva se valeu dos escritos de três autores estrangeiros, os quais serviram de base para reiteradas repetições do final do século XIX até a segunda metade do século XX. Por primeiro, são reportados comentários ou mesmo traduções diretas da língua francesa do capítulo de Henri Nézard na coletânea publicada por Antoine Pillet, em 1904⁶³. Sem ter acesso ao texto original em latim ou às traduções italiana⁶⁴ e inglesa⁶⁵, às menções ocorreram seguindo a mesma lógica à qual foi submetida a grande maioria dos protagonistas estrangeiros da ciência do direito internacional cujas ideias desembarcavam naquele primeiro período no grande país sul-americano, ou seja, por meio da língua francesa⁶⁶. Em outras palavras, Gentili chegou por primeiro no Atlântico Sul com um forte sotaque afrancesado.

⁶¹ NUZZO, Luigi. Alberico Gentili “internazionalista” tra storia e storiografia. In: LACCHÈ, Luigi. *Ius Gentium Ius Communicationis Ius Belli*. Alberico Gentili e gli orizzonti della Modernità Milano: Giuffrè, 2009, p. 89. O lugar ocupado por Gentili nas obras de Grotius é objeto de análise também por HAGGENMACHER, Peter. Grotius and Gentili: a reassessment of Thomas E. Holland's inaugural lecture. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam (ed.). *Hugo Grotius and International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 135; CASSI, Aldo Andrea. Alle origini del diritto internazionale: Alberico Gentili. In: CAPPELLINI, Paolo; COSTA, Pietro; SORDI, Bernardo (a cura di). *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Appendice VIII: Diritto. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 2012, p. 181 ss.

⁶² TRUYOL, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional*. 3.a ed. Madrid: Tecnos, 1970, p. 64.

⁶³ NÉZARD, Henri. Albericus Gentilis. In: PILLET, Antoine. *Les fondateurs du Droit International*. Paris: Giard, 1904, p. 78 ss.

⁶⁴ GENTILI, Alberico. *Del Diritto di Guerra*. Traduzione di Antonio Fiorini. Livorno: Vigo, 1877.

⁶⁵ GENTILI, Alberico. *Three Books on the Law of War*. English translation by John C. Rolfe. Oxford: Clarendon Press, 1933, Carnegie Classics of International Law series, Volume 2.

⁶⁶ O francês era considerado não só o idioma culto e dos afazeres diplomáticos, mas também a língua franca da academia: salvo raras exceções, as obras de juristas alemães, austríacos, neerlandeses e italianos somente tornavam-se objeto de análise se escritos ou traduzidos para a língua de Domat. Os textos de franceses, belgas e suíços que escreviam e publicavam nesse idioma, por consequência, apresentavam uma inserção muito maior nas doutrinas brasileiras.

A circulação do manual de Arrigo Cavaglieri⁶⁷ e da obra de Albert de La Pradelle⁶⁸, mais de duas décadas após, mudaram este quadro, fazendo com que as citações passassem a ter outras fontes. Ainda meio século mais tarde, as referências nos textos de La Muela⁶⁹, de Nussbaum⁷⁰ e de Mateesco⁷¹ contribuíram com ares mais plurais às menções. Esse quadro nos conduz a duas conclusões significativas a respeito das representações de Gentili no Brasil: por bem mais de um século os nossos juristas reproduziram nos seus textos representações elaboradas por autores estrangeiros, sem terem acessado as obras do autor em língua original e com raríssimas análises destas.

Alguns aspectos positivos, contudo, não devem ser ignorados. Rompendo com a tradição do século XIX⁷², na qual eram comuns tratados que copiassem páginas inteiras sem citações⁷³, legitimando o plágio – como ocorreu com Johann Ludwig Klüber⁷⁴, cuja obra foi integralmente traduzida e publicada no Brasil por Pedro Autran da Mata Albuquerque⁷⁵, o qual tomou para si a sua autoria sem fazer qualquer referência a Klüber⁷⁶ –, os autores do século XX efetivamente passaram a citar as referências das fontes utilizadas. Um outro aspecto positivo se refere ao fato de que, ao basearem seus inventários nas obras de autores estrangeiros acima citados, evitaram vários preconceitos e distorções construídas nos períodos anteriores.

O manual de Lafayette Rodrigues Pereira parece ter sido o primeiro, em 1902, a mencionar o jurista italiano. Por meio de uma nota de rodapé, o inseriu entre “os mais notáveis predecessores de Grocio”, para depois afirmar que o “professor de Direito Civil em Oxford desde 1582, publicou em 1583 um opusculo acerca das legações (*de legationibus*), e em Leão, 1589, um tractado sobre o direito de guerra – *De jure belli*”, o qual teria sido “de algum proveito para Grocio, como se pode ver, confrontando as epigraphes dos capitulos de Gentilis com as dos capitulos do l. 1 e 3 do *De jure belli ac pacis*”⁷⁷. Ainda em nota de rodapé, algumas centenas de páginas após, o seu principal

⁶⁷ CAVAGLIERI, Arrigo. *Corso di diritto internazionale*. Napoli: Gennaro Maio, 1925, p. 27.

⁶⁸ LA PRADELLE, Albert De Geouffre. *Maîtres et doctrines du droit des gens*. Paris: Éditions Internationales, 1939, pp. 93-99.

⁶⁹ DE LA MUELA, Adolfo Miaja. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid: Atlas, 1953, pp. 281-284.

⁷⁰ NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*. Adiciones sobre Historia de la Doctrina Hispánica de Derecho Internacional por Luis Garcia Arias. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, pp. 80-90.

⁷¹ MATEESCO, Nicolás. *Vers un Nouveau Droit International de la Mer*. Paris: Pedone, 1950, pp. 63-64.

⁷² Entre estes, BROTERO, José Maria de Avellar. *Princípios de direito público universal. Análise de alguns parágrafos de Vattel*. São Paulo: Typographia do Governo, 1837; ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Mata. *Elementos do Direito das Gentes*. Recife: União, 1851; PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1857; PINTO, Antonio Pereira. *Apontamentos para o direito internacional ou Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras*. Rio de Janeiro: Pinto & C., 1864; DRUMMOND, Antônio de Vasconcellos Menezes de. *Preleções de Direito Internacional*. Recife: Correio do Recife, 1867.

⁷³ O fato de grande parte da cultura jurídica do século XIX se encontrar mergulhada em perspectivas típicas do direito natural fazia com que os protagonistas da ciência do direito do período acreditassem que tudo o que fora escrito até então acerca do “*ius*” do ponto de vista teórico e doutrinário pertencesse a uma espécie de “patrimônio universal”, sem a necessidade de se fazer menções precisas a autores específicos e, muito menos, que se levantasse a hipótese de apropriações indébitas.

⁷⁴ KLÜBER, Johann Ludwig. *Droit des Gens Moderne de l'Europe*. Stuttgart: Cotta, 1819.

⁷⁵ ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Mata. *Elementos do Direito das Gentes*. Recife: União, 1851.

⁷⁶ RIBEIRO, Airton. Pedro Autran da Mata Albuquerque: O papel de mediação de um jurista periférico na difusão do Direito Internacional. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira (Org.). *Direito Internacional no Brasil. Pensamento e Tradição*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, pp. 59 ss.; RIBEIRO, Airton. Brazilian literature on international law during the empire regime. Or the diffusion of international law in the peripheries through appropriation and adaptation. *Revista de Direito Internacional*, 15 (2018), pp. 49-66.

⁷⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1902, p. 48.

escrito é citado quando, justamente, tratava da sua contribuição ao direito das embaixadas⁷⁸, tema desenvolvido por Claudia Storti⁷⁹ e por Dante Fedele⁸⁰.

Manuel de Souza Sá Vianna, na obra publicada em 1908, é mais minucioso. Começou por inserir o jurista italiano entre outros também chamados “precursores de Grotio”, os quais teriam feito sentir a “acção de suas poderosas pesquisas nos séculos XV, XVI e XVII”, sendo devido a eles “o preparo dos espíritos senão dos próprios princípios da sciencia para o apparecimento e comprehensão das doutrinas do notável mestre hollandez”⁸¹. Ao que tudo indica, também aqui não houve consulta aos originais em latim, mas somente a retomada dos comentários que constam no capítulo escrito por Nézard⁸² e na tradução francesa do livro de John Westlake⁸³. Deste último, vem reportado a comparação com Vitória: “O dominicano Vitoria, assim pensando, estava perfeitamente dentro dos princípios de sua fé e da sua philosophia. Alberico Gentil, protestante, não estava nas mesmas condições e lançou novas idéas de modo que hoje é considerado como o fundador da Escola Positiva”⁸⁴. Se, por um lado, a apresentação o faz figurar como uma espécie de arauto do que viria a ser o pensamento grotiano, por outro, a ele é imputada a fundação da “Escola Positiva”, a qual teria encontrado “em J. Moser o que a Escola Philosophica teve em Pufendorf – o máximo exaggero e, pela ordem natural das cousas, começou a ser modificada intelligentemente, sendo certo que prestou ao Direito Internacional esse real serviço”⁸⁵. Ao fundar essa escola, Gentili teria fornecido “como factores importantes d’esta sciencia os usos, costumes e convenções”⁸⁶. Para explicar o que seria a “escola positiva”, Sá Vianna se apoiou nos escritos de Andrés Bello⁸⁷, dividindo o direito internacional em duas vertentes, a primeira compreendendo o

⁷⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Principios de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1902, p. 442.

⁷⁹ STORTI, Claudia. *L’officium legationis in età moderna*. In: LAVENIA, Vincenzo (a cura di). *Alberico e Scipione Gentili nell’Europa di ieri e di oggi*. Atti della Giornata Gentiliana in occasione del IV centenario della morte di Scipione Gentili. Studi Gentiliani. Vol. IV. Macerata: EUM, 2018, pp. 129-152.

⁸⁰ Para além da análise da obra de Gentili, Dante Fedele utiliza os escritos do jurista da primeira modernidade para confrontar os pressupostos do pensamento jurídico medieval sobre o direito das gentes, se tornando uma referência crucial para a compreensão deste último. O confronto é reportado em FEDELE, Dante. *The Medieval Foundations of International Law. Baldus de Ubaldis (1327-1400). Doctrine and Practice of the Ius Gentium*. Boston: Brill, 2021, pp. 13 ss., emergindo também ao longo dos capítulos que compõem a coletânea FEDELE, Dante; LESAFFER, Randall; SAVY, Pierre (sous la direction de). *Avant l’État. Droit international et pluralisme politico-juridique en Europe. XIII^e -XVII^e siècle*. Roma: Historia et Ius, 2024. Nas suas principais obras sobre o tema das embaixadas, Gentile emerge como um dos protagonistas mais relevantes: FEDELE, Dante. *Naissance de la diplomatie moderne (XIII^e-XVII^e siècles). L’ambassadeur au croisement du droit, de l’éthique et de la politique*. Baden: Nomos, 2007, 846 pp., e, ainda, FEDELE, Dante. *Between private and public law: The contribution of late medieval ius commune to the conceptualisation of diplomatic representation*, *Clio@Themis*. Revue électronique d’histoire du droit, 18 (2020), pp. 10 ss.; FEDELE, Dante. *Indemnities in Diplomacy*. In: MARTEL, Gordon (ed.). *Encyclopedia of Diplomacy*. Hoboken: Wiley- Blackwell, 2018, Vol. II, pp. 889 ss.

⁸¹ SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 11. Sobre a obra de Sá Vianna, vide BARROS, Patrícia Ramos. *Para além do universalismo do direito internacional. O pensamento internacionalista de Sá Vianna no contexto do início do século XX*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2026.

⁸² NÉZARD, Henri. Albericus Gentilis. In: PILLET, Antoine. *Les fondateurs du Droit International*. Paris: Giard, 1904, p. 78 ss.

⁸³ WESTLAKE, John. *Études sur les principes du Droit International*. Traduit de l’anglais par Ernest Nys. Bruxelles: A. Castaigne, 1895, p. 38.

⁸⁴ SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 15.

⁸⁵ SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 52.

⁸⁶ SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 52.

⁸⁷ Bello, por sua vez, delineia essas noções tendo por base os escritos de Vattel e de von Martens. Vide, BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*. Lima: Morno e cia., 1844, p. 19-20.

“Direito Internacional theorico, natural ou racional os principios geraes e absolutos que decorrem da razão, que são condição de existência da propria nação e no qual assentam todos os direitos essenciaes do Estado”⁸⁸; e, o segundo, o “Direito Internacional positivo, que não pode deixar de inspirar-se naquelle, as regras que os Estados crêam voluntariamente em suas relações e que variam entre elles e são modificadas através dos tempos, segundo as necessidades o exigem”⁸⁹. A incorporação no texto dessa divisão e o posicionamento de Gentili como fundador da dita “escola” demonstram que o jurista brasileiro tinha bem claro o papel desempenhado pelo humanista italiano no processo de secularização do direito e na inserção dos primeiros elementos do contratualismo no *ius gentium*.

No capítulo dedicado à “origem e evolução do direito internacional”, após uma análise bastante extensa do *ius gentium* e do *ius fetiale* no direito romano clássico, Sá Vianna⁹⁰ faz um salto direto ao Renascimento. Foram quase setenta páginas examinando as instituições romanas antes de entrar na idade média – quando o autor tenta fazer uma história política do Ocidente europeu, afastando-se de um exame dos fenômenos jurídicos do período –, para depois alcançar os postulados da escola de Salamanca⁹¹, assim como a obra de Gentili. São reproduzidos longos parágrafos em latim dos juristas da Roma Antiga, enquanto são escassas as referências aos medievais e ao conselheiro de Elizabeth I. Essas menções tornam claro o domínio do autor da língua latina “clássica”, gerando uma perplexidade: possivelmente Gaio, Plutarco, Ulpiano, Tito Lívio, Hermogeniano, Paulo e Pompônio foram lidos nos originais, mas, como acima mencionado, a obra de Gentili, escrita em um complexo latim renascentista, nem mesmo foi consultada. O acesso deve ter ocorrido, portanto, mais uma vez por meio de Nézard⁹², o qual é referenciado em nota de rodapé⁹³. Nesta, Sá Vianna salienta que o “professor na Universidade de Oxford escreveu considerável numero de obras” e que “a variedade dos assumptos tratados exprime perfeitamente a grande capacidade do espirito do escriptor e a variedade dos seus conhecimentos. Seus estudos sobre a formação e fundamento do Direito Internacional, aos quaes já nos referimos, são interessantes”⁹⁴. Chamando de “philosopho” e resgatando a afirmação de queria sido dele a fundação da “escola positiva”, afirmou que o jurista italiano:

rompeu com todas as concepções a respeito do fundamento d'esta sciencia e lançou claramente os princípios da Escola Positiva, desenvolvidos depois por Moser e Rachel. Definindo a guerra—bellum est publicorum armorum justa contentio, reconheceo n'ella

⁸⁸ SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 82.

⁸⁹ SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 82.

⁹⁰ SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 143 ss.

⁹¹ São mencionados os principais postulados teóricos de Francisco de Vitória, Domingos de Soto, Francisco Suarez e Balthazar Ayala, nessa ordem. Vide, SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 223.

⁹² NÉZARD, Henri. Albericus Gentilis. In: PILLET, Antoine. *Les fondateurs du Droit International*. Paris: Giard, 1904, p. 78 ss.

⁹³ SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 230, nota.

⁹⁴ SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 228.

*tres caracteres: lucta pelas armas, única que seria possível entre os Estados; lucta publica, por occorrer entre soberanos, e assim não reconhecia as de ordem privada tão communs na idade media e lucta justa, feita segundo o Direito das contendoras.*⁹⁵

A ele vem concedido, portanto, o papel de fundador de um novo modo de abordar o direito internacional, o qual por sua natureza seria “positivo”. É uma adjetivação que vai ao encontro da ideia de “*ius positum*” enquanto oposição ao direito natural: um direito expressamente posto por fatos criativos exteriores aos pré-ordenados⁹⁶.

No capítulo sobre o direito de legação, novamente Gentili é mencionado. Dessa vez, contudo, a fundamentação parece ser proveniente dos escritos de Wheaton⁹⁷. Afirmando que “a questão dos privilégios dos embaixadores, embora discutida desde longos annos, occupou os governos e mereceu estudo dos competentes”, é reportado como exemplo o caso envolvendo as violações a proibição de intervir em questões de política interna perpetradas pelo então embaixador espanhol perante a coroa inglesa, Bernardino de Mendoza, sobre o qual o jurista italiano foi consultado, informado que “o embaixador, ainda em flagrante delicto de conspiração contra o paiz junto do qual elle estiver acreditado, não pôde ser condemnado á morte, mas deve ser levado ao Estado a que pertence para ser ahi punido como merecer”⁹⁸.

Duas décadas mais tarde, Raul Pederneiras, no seu manual de 1931, mencionava Gentili⁹⁹ inserindo-o em uma nova nomenclatura. Agora, não mais simples precursor de Grotius, mas constando entre os “Decemvros do direito internacional” e “adepto da escola histórica”, o qual teria tentado, na sua principal obra “emancipar a doutrina da teologia, considerando o Direito Internacional o direito da comunidade dos Estados, obra da grande republica da humanidade”¹⁰⁰. As informações fornecidas são bem fundamentadas, reportando que a doutrina se baseava sobretudo na “cooperação das nações, unidas numa comunidade universal, regidas pela razão

⁹⁵ Em nota o autor prossegue com sua apresentação, afirmando que: “A justiça de uma guerra segundo elle depende da causa que a determina, e não considera justas as que se originam na differença das religiões nem as que são feitas contra infieis e heréticos, mas considerando que, qualquer que seja a religião, ella é sempre util, entendeu que é justificável a guerra feita aos que vivem a maneira dos animaes, irreligiosamente, para que sejam obrigados a se aproximar da comunidade social e possam gosar da protecção do Direito. Considerou que a negação dos direitos de navegação e commercio, emfim do intercurso constitue um attentado á sociedade e é justo motivo de guerra, bem assim a violação de um direito garantido pela lei humana, quando é obra dos principes ou dos povos e não de simples particulares, salvo si os attentados contra esse direito são continuos e deixam de ser reprimidos pelo Estado. O acto de declaração de guerra é essencial e deve ser seguido de um praso, findo o qual começarão as hostilidades. Admittio os artificios e estratagemas, mas excluo a perfidia e o embuste nas combinações, o uso dos venenos e animaes ferozes, o assassinato e a espionagem. Discorreu, longamente, sobre muitos outros pontos relativos a guerra e tratou das embaixadas, sendo impossível acompanhá-lo com a minúcia que aliás merece”. In: SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 228 ss.

⁹⁶ AGO, Roberto. Diritto positivo e diritto internazionale. In: *Scritti di Diritto Internazionale in onore di Tomaso Perassi*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1957, p. 5; AGO, Roberto. Science Juridique et Droit International. *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, 90 (1956), p. 861 ss. Os primeiros delineamentos desse conceito podem ser encontrados já em Francisco Suarez: “*Circa alterum membrum de lege positiva sciendum est, illam legem vocari positivam, quae non est innata cum natura, vel gratia, sed ultra illas extrinseco habente potestatem posita est; inde enim positiva dicta est, quasi addita naturali legi, non ex illa necessario mans*”. In: SUAREZ, Franciscu. *Tractatus de legibus ac Deo Legislatore*. Londini: Dunmore, 1679, p. 11.

⁹⁷ WHEATON, Henry. *Éléments du droit international*. Vol. I. Leipzig: Brockhaus, 1852, p. 286.

⁹⁸ SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908, p. 250. A respeito deste episódio, vide CANTÙ, Francesca. Alberico Gentili e lo *ius legationis*. In: ANDRETTA, Stefano, PÉQUIGNOT, Stéphane, WAQUET, Jean-Claude (sous la direction de). *De l'ambassadeur*. Les écrits relatifs à l'ambassadeur et à l'art de négociier du Moyen Âge au début du XIX^e siècle. Rome: École française de Rome, 2015, disponível em <https://books.openedition.org/efr/2914>

⁹⁹ PEDERNEIRAS, Raul. *Direito internacional compendiado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931, p. 36.

¹⁰⁰ Além de Gentili, constam entre esses Vitória, Suarez, Grotius, Zouch, Puffendorf, Bynkershoek, Wolff, Vattel, de Martens.

e pelos princípios convencionais que a prática aconselhasse”. Aparentemente poderia ter sido a sensibilidade historiográfica de Pederneiras, o qual atuou como professor substituto de História do Direito na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro antes de assumir a cátedra de Direito Internacional¹⁰¹, a fazer com que Gentili fosse visto como membro de uma suposta escola histórica. Não foi esse, contudo, o motivo que o levou a tal conclusão. Na realidade, a afirmação se apoia no já repetidamente citado Nézard, o qual colocava em oposição uma nascente “escola histórica” à uma antiga “escola filosófica”¹⁰².

Por fim, o jurista italiano vem citado novamente quando, no capítulo dedicado ao direito marítimo, é reportada a proclamação feita pelo jurista holandês, em 1609, de que o mar seria comum à humanidade, não tendo como ser objeto de propriedade de nenhum país¹⁰³. Nesse episódio, rapidamente narrado, Gentili teria contraposto os argumentos do seu interlocutor nos Países Baixos. Nas palavras do professor carioca, “a these provocou protestos dos países interessados sofrendo a contradicta de Gentilis (1613), pela Inglaterra”, algo que na realidade, segundo estudos recentes de Diego Panizza¹⁰⁴ baseados em uma leitura mais ampla e articulada da obra gentiliana, não teria ocorrido. Diferentemente da primeira menção a Gentili, a base da reflexão contida nessa última parece ser autônoma em relação a outros textos estrangeiros.

Em 1933, na primeira edição do seu célebre “Tratado”, o primeiro dessa natureza publicado no Brasil sobre o direito internacional, o diplomata Hildebrando Accioly mencionava Pierino Belli (citado na obra como “Pietro Belli”), associando-o a Gentili. Além de fazer constar “o segundo como de muito mais valor que o primeiro”¹⁰⁵, são oferecidas escassas linhas sobre a biografia do conselheiro de Elizabeth I e os títulos latinos de suas duas principais obras, o *De legationibus* e o *De jure belli*. Mesmo se tratando de uma referência rápida e sucinta, emerge em nota de rodapé uma tímida inovação em relação aos seus predecessores: além de Nézard¹⁰⁶ encontra-se citado como fonte também o manual publicado por Arrigo Cavaglieri, em 1925, na Itália¹⁰⁷. Trata-se da primeira vez que é utilizado um comentário em língua italiana à obra de Gentili, rompendo com o uso até então exclusivo dos textos em línguas francesa ou inglesa. A menção a Cavaglieri é sintomática da

¹⁰¹ RIBEIRO, Pedro Krause. Prof. Dr. Raul Pederneiras. A invenção do homem “plurivocacional”. *Ars Historica*, 8 (2013), p. 277.

¹⁰² A primeira ocupada por juristas contratualistas e, a segunda, por teólogos jusnaturalistas: “*Albericus Gentilis occupe une place à part parmi les Prégrotiens: il est le représentant éminent de l'école historique. Des deux écoles qui se sont toujours disputé le domaine du droit international, parce qu'elles répondent à deux tendances divergentes de l'esprit humain, l'école philosophique avait jusque-là triomphé: les théologiens, édifiant le droit sur des principes abstraits, sur des données philosophiques déduites de la nature de Dieu, de celle de l'homme ou de celle de l'Etat, fondaient ainsi un droit idéal souvent fort différent de la pratique internationale. [...] Avec Gentilis, c'est l'école historique qui l'emporte: se basant avant tout sur les faits et les règles établis par la coutume ou les traités, il se garde d'émettre des principes absolus et se contente d'indiquer des tendances*”. In: NÉZARD, Henri. Albericus Gentilis. In: PILLET, Antoine. *Les fondateurs du Droit International*. Paris: Giard, 1904, p. 38 ss. Pederneiras analisou não só os mesmos juristas, na mesma ordem, apresentando coincidências significativas com as frases do autor francês.

¹⁰³ “*Ex his quae hactenus dicta sunt duo intelligi possunt, prius est, eas res quae occupari non possunt, aut occupatae numquam sunt nullius proprias esse posse: quia omnis proprietas ab occupatione coeperit. Alterum vero, eas res omnes, quae ita a natura comparatae sunt, ut aliquo utente nihilominus aliis quibusvis ad usum promiscue sufficiant, eius hodieque conditionis esse, et perpetuo esse debere cujus fuerant cum primum a natura proditae sunt*”. In: GROTII, Hugonis. *Mare Liberum siue De iure quod Batavis competit ad Indicana commercia*. Dissertatio. Lvgdvni Batavorum: Elzeviriana, 1609, p. 40.

¹⁰⁴ PANIZZA, Diego. The “Freedom of the Sea” and the “Modern Cosmopolis” in Alberico Gentili’s *De Iure Belli*. *Grotiana*, 30 (2009), p. 88 ss. Sobre o tema, vide, ainda, GIALDRONI, Stefania. Il mare liberum prima e dopo il “Mare liberum”. La libertà di commercio e navigazione in Gentili, Grozio e Selden. In: LACCHÈ, Luigi; (a cura di). *Alberico Gentili e il diritto del mare*. Spazi, potere sovrano e diritto internazionale tra gli Hispanicae advocacionis libri duo e l’età contemporanea. Macerata: EUM, 2022, p. 45 ss.

¹⁰⁵ ACCIOLI, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933, p. 93.

¹⁰⁶ NÉZARD, Henri. Albericus Gentilis. In: PILLET, Antoine. *Les fondateurs du Droit International*. Paris: Giard, 1904, pp. 37-93.

¹⁰⁷ CAVAGLIERI, Arrigo. *Corso di diritto internazionale*. Napoli: Gennaro Maio, 1925, p. 27.

então recente circulação de autores italianos na doutrina brasileira, que começou a ocorrer com a publicação dos “*Princípios*” de Lafayette Rodrigues Pereira, em 1902, e ganhou impulso com o manual publicado por Clóvis Beviláqua, em 1910¹⁰⁸, o qual, contudo, não menciona Gentili.

Cinco anos mais tarde, Brás de Souza Arruda utilizou a revista da Faculdade de Direito de São Paulo para publicar uma coletânea de pequenos ensaios fruto de aulas de direito internacional no curso de doutorado. Entre as suas linhas podem ser evidenciadas duas tentativas: a gênese de um pretensão manual, carente ainda de organicidade; e, o exame de temas por meio de um prisma crítico, pautado em questões de fundo sociológico e historiográfico, com o afastamento de correntes provenientes do positivismo lógico e do jusnaturalismo. A obra se reveste de um valor significativo à medida que, em várias das suas passagens, apresenta uma primeira tentativa de historiografia crítica do direito internacional.

Gentili encontra-se inserido em uma ampla lista de precursores de Grotius, na qual se encontravam também outros italianos até então não mencionados nos manuais brasileiros, como Maquiavel e Giovanni da Legnano, seguidos pelos teólogos espanhóis da segunda escolástica. Para Souza Arruda, o *De jure belli* teria sido “o modelo de Grócio”¹⁰⁹. Se, por um lado, a frase posicionou o jurista italiano como o principal interlocutor do holandês, por outro, reconhecendo o débito do último com o primeiro, exaltou este, o qual teria sido “o maior e com justiça foi cognominado ‘Pai do Direito Internacional’”¹¹⁰. Mesmo assim, a falta de consenso em relação ao tema foi salientada, reportando em nota a contestação de Cavaglieri quanto à exclusiva “paternidade do direito internacional” imputada à Grotius¹¹¹.

Uma análise um pouco mais robusta do conjunto de autores italianos do período medieval e da primeira modernidade aparece somente em 1963, quase trinta anos depois, com o manual de Nelson Ferreira da Luz. Destoando dos demais que o precederam, a análise histórica se inicia com o tratado *De Monarchia*, Dante Alighieri¹¹², seguindo uma tradição que encontra no poeta florentino uma das primeiras propostas de instituição de uma ordem internacional geral. Logo após, com um olhar mais austero, a análise é direcionada a Bartolo e Baldo¹¹³, para na sequência

¹⁰⁸ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional. A synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910. Três motivos podem ser apontados para essa maior circulação de obras em língua italiana na doutrina brasileira: por primeiro, os doutrinadores italianos, que passaram a ser conhecidos pelas novas experiências realizadas principalmente no campo penal, processual e comercial, levaram muitos pesquisadores brasileiros a se prontificarem a alguns anos de estudo da língua de Dante no intuito de lê-los nos seus originais; ainda, a influência nas universidades brasileiras a partir da década de trinta de diversos juristas italianos de renome que nelas se fixaram, fugindo das perseguições impostas pelo fascismo: a presença na Universidade de São Paulo do processualista Enrico Tullio Liebman e do comercialista Tullio Ascarelli são os nomes mais significativos; por fim, os filhos e netos de imigrantes italianos que, com diferentes graus de conhecimento da língua dos seus ascendentes, ascenderam aos milhares como estudantes e professores às faculdades de direito de São Paulo, Porto Alegre, Curitiba, Florianópolis, Vitória e Belo Horizonte. O filósofo do direito Miguel Reale muito provavelmente é o melhor exemplo desse fenômeno em que as origens familiares serviram como acesso cultural às doutrinas jurídicas itálicas. Vide, a respeito, DAL RI Jr., Arno. La circolazione dei modelli giuridici italiani nella scienza del diritto internazionale in Brasile tra Impero e “Estado Novo” (1822-1945). *La Comunità Internazionale*, 3 (2025), p. 425 ss.

¹⁰⁹ ARRUDA Braz de Sousa. Estrutura do direito internacional. Preleções para o curso de doutorado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 34 (1938), p. 537.

¹¹⁰ ARRUDA Braz de Sousa. Estrutura do direito internacional. Preleções para o curso de doutorado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 34 (1938), p. 537.

¹¹¹ ARRUDA Braz de Sousa. Estrutura do direito internacional. Preleções para o curso de doutorado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 34 (1938), p. 537, nota 140.

¹¹² “[...] o grande florentino pretende a realização de um super-Estado monárquico”. In: LUZ, Nelson Ferreira da. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Saraiva: São Paulo, 1963, p. 215.

¹¹³ “[...] o primeiro afirmou a autoridade do Imperador sobre o mundo, embora advogasse a independência de cidades italianas; o segundo propugnou pela soberania dos reis nos limites dos seus respectivos territórios”. In: LUZ, Nelson Ferreira da. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Saraiva: São Paulo, 1963, p. 215.

apresentar Marsílio de Pádua¹¹⁴ e alcançar Pierino Belli, cujo “livro é todo sôbre a guerra, seus motivos e suas consequências. Tratando da guerra justa”¹¹⁵.

O texto concede um destaque especial a Gentili: reportando informações sobre a sua vida e as citações aos títulos de suas obras, elenca seus focos de análise, ou seja, “as embaixadas, o direito de legação, a inviolabilidade diplomática, a imunidade de jurisdição local, o direito de passagem nos territórios de outros Estados, os direitos e deveres dos diplomatas”¹¹⁶. Também traz as suas especulações sobre a guerra, “*publicorum armorum justa contentio*” e, classificando as suas causas, admite-as como naturais, humanas e divinas¹¹⁷. Nessa esteira, a paz seria a conclusão da guerra, sendo que as “suas condições não devem constituir vingança”, com somente “os territórios ocupados pelos exércitos poderão ser adquiridos pelo vencedor”¹¹⁸, e a cláusula “*rebus sic standibus*” estaria sempre subentendida nos tratados. A relação com Bodin emerge logo após, com a afirmação de que Gentili condenaria a ideia de soberania absoluta dos Estados¹¹⁹. Da mesma forma, é reiterada a sua orientação protestante tendo como postulado a negação da “estrutura imperial do Papa e do Imperador” e a admissão de que a existência de “uma comunidade de Estados, não a hierarquiza sob os dois poderes, aceitando-a como integrada de Estados soberanos, religiosos ou heréticos, solidários em nome da regra da sociabilidade e sujeitos, portanto, à lei natural”¹²⁰. Por fim, a obra de La Pradelle parece ter sido a fonte privilegiada, a qual vem citada textualmente quando reitera que o jurista italiano teria sido “por vocação, o primeiro internacionalista que, passando do Direito Civil ao Direito das Gentes, expressou-se como ‘jurista’”¹²¹. Em nota são mencionados como fonte também os escritos de La Muela¹²², de Nussbaum¹²³ e de Mateesco¹²⁴.

¹¹⁴ “que defendeu a subordinação da Igreja ao Estado e, ainda, a sujeição das organizações políticas de mesma língua a um super-Estado”. In: LUZ, Nelson Ferreira da. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Saraiva: São Paulo, 1963, p. 225.

¹¹⁵ O exame continua dissecando os aspectos da declaração formal da guerra “a posição das autoridades militares, o sôldo e outras vantagens dos soldados, o tratamento dos prisioneiros, as tréguas, as licenças, os prêmios das conquistas, os tratados com os habitantes dos países inimigos ocupados, a arbitragem. Quanto a isto, pensa que, se um soberano mostra desejo de socorrer-se dela, as medidas de beligerância devem ser suspensas, sob pena de ficar autorizada uma guerra injusta”.

¹¹⁶ LUZ, Nelson Ferreira da. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Saraiva: São Paulo, 1963, p. 230.

¹¹⁷ Continua o autor comentando as nuances do direito da guerra no jurista italiano: “O estado dos infiéis ou dos heréticos não autoriza uma guerra divina, pois as dissidências de ordem religiosa não devem causar a beligerância. É lícita a guerra que defende os direitos naturais como o de legítima defesa própria ou de outrem, a passagem livre, o comércio, a navegação; e também é lícita contra a violação de um direito garantido pela lei humana. Sôbre a conduta na guerra, mostra-se o autor favorável à necessidade de declaração formal, repressão dos crimes, proteção dos prisioneiros, respeito às mulheres, crianças e população indefesa; quanto aos templos e obras de arte, devem ser poupados, a menos que isso impeça a vitória ou não haja reciprocidade de tratamento pelo inimigo, autorizando-se, assim, as represálias”. In: LUZ, Nelson Ferreira da. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Saraiva: São Paulo, 1963, p. 230.

¹¹⁸ LUZ, Nelson Ferreira da. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Saraiva: São Paulo, 1963, p. 230, o qual ainda afirma, na mesma página, se referindo a proposta do jurista italiano: “Se a paz fôr estabelecida em tratados, êstes implicam a boa-fé; em tais condições, a fraude e o êrro são vícios que devem ser evitados”.

¹¹⁹ A essa segue exemplo com base nos escritos de Gentili: “Se o príncipe não pode alienar o seu reino, deve estabelecer tratados de comércio com príncipes de outra religião, ou pactos de aliança com infiéis contra infiéis, mas não para submeter uns aos outros”. In: LUZ, Nelson Ferreira da. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Saraiva: São Paulo, 1963, p. 231.

¹²⁰ A essa segue exemplo com base nos escritos de Gentili: “Se o príncipe não pode alienar o seu reino, deve estabelecer tratados de comércio com príncipes de outra religião, ou pactos de aliança com infiéis contra infiéis, mas não para submeter uns aos outros”. In: LUZ, Nelson Ferreira da. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Saraiva: São Paulo, 1963, p. 231.

¹²¹ LA PRADELLE, Albert De Geouffre. *Maîtres et doctrines du droit des gens*. Paris: Éditions Internationales, 1939, pp. 93-99.

¹²² DE LA MUELA, Adolfo Miaja. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid: Atlas, 1953, pp. 281-284.

¹²³ O qual vem citado na tradução em língua espanhola: NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*. Adiciones sobre Historia de la Doctrina Hispánica de Derecho Internacional por Luis García Arias. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, pp. 80-90.

¹²⁴ MATEESCO, Nicolás. *Vers un Nouveau Droit International de la Mer*. Paris: Pedone, 1950, pp. 63-64.

Uma das últimas menções mais significativas a Gentili na doutrina brasileira se dá no “Curso” publicado por Celso Albuquerque de Mello¹²⁵. Em duas situações distintas emerge o nome do jurista italiano. A primeira no capítulo que apresenta os “Fundadores do DI” e a segunda quando é examinada a teoria da culpa no âmbito da responsabilidade internacional. No primeiro caso, a inserção ocorre logo após Vitória, seguido por Suárez, Grotius, Zouch, Pufendorf, Bynkershoek, Wolff, Vattel e von Martens. O título do capítulo, seja a lista de autores e o conteúdo apresentado, não deixam dúvidas quanto a fonte utilizada: tem-se um resumo das análises de Nézard¹²⁶, mesmo sendo mencionada a existência de outros materiais, como aqueles publicado pela Fundação Carnegie ou a obra de Pederneiras¹²⁷. As informações são sucintas e desprovidas de exames aprofundados: citam os títulos dos livros e seus temas, a posição de conselheiro da monarca inglesa, a defesa da secularização do direito internacional e o foco na responsabilidade, no asilo político e no direito de caça¹²⁸. Holland, Mancini, Asser e Philimore desfilam diante dos olhos do leitor como responsáveis pelo resgate da sua obra, a qual teria sido esquecida pela doutrina até 1874.

No que concerne ao tema da responsabilidade, a hipótese levantada é que teria sido transposta do direito romano ao internacional, em uma operação que depois Grotius e seus sucessores tratariam de aprofundar. A presença dessa teoria em Gentili e o fato deste ter sido antes de tudo professor de direito romano, não deixa margens para questionamentos da afirmação de Albuquerque de Mello.

O “Curso” de Albuquerque de Mello foi o último grande texto a oferecer uma análise sobre Gentili. Tendo alcançado quinze edições marcadas por revisões e ampliações contínuas – a última em 2004 –, manteve em todas a menção e a singela análise da obra do jurista italiano. A 3ª edição de Hildebrando Accioly, ocorrida em 2009 sem alterações a respeito da segunda edição, de 1956, também manteve intacta a menção a Gentili¹²⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um século e meio de distância afasta as possibilidades de alcançar com clareza os escopos previstos por Holland ao ministrar a conferência na Universidade de Oxford, em 1874. As generosas palavras sobre Gentili, ao mesmo tempo que valorizavam o caráter humanista, pacifista e civilizatório do direito internacional, eram também funcionais ao nacionalismo britânico e à apologia ao ateneu de Oxford. O conselheiro de Elizabeth I, que até então tinha um modesto destaque, vivendo às sombras de Grotius e compartilhando o mesmo espaço do amplo conjunto dos teólogos da segunda escolástica, teve seus primeiros dias de glória. Independentemente dos escopos da conferência de 1874, essa gerou efeitos não só no Reino Unido, levando autores como

¹²⁵ “A mais antiga delas é a teoria da culpa, que, já existindo no D. Romano, foi levada para o DI por Gentil e desenvolvida por Hugo Grotius. Esta teoria se explica historicamente por duas razões: a) a reação contra a teoria da responsabilidade coletiva germânica; b) o Príncipe encarnava o Estado. A culpa do Estado era a culpa do Príncipe, daí se explicar a culpa (elemento psicológico) a uma pessoa jurídica (Estado)”. In: MELLO, Celso Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967, p. 265.

¹²⁶ NÉZARD, Henri. Albericus Gentilis. In: PILLET, Antoine. *Les fondateurs du Droit International*. Paris: Giard, 1904, p. 78 ss.

¹²⁷ MELLO, Celso Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967, p. 73.

¹²⁸ MELLO, Celso Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967, p. 74.

¹²⁹ No apagar das luzes do século XX, em um manual de circulação bastante limitada, Sebastião José Roque em um longo parágrafo examina Gentili sem trazer nenhuma inovação em relação aos seus predecessores. Dificilmente o fez após ter acessado o texto original. Vide, ROQUE, Sebastião José. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Hemus, 1997, p. 19.

Mancini a ver nesta a possibilidade de investir fortemente em Gentili como ícone da autonomia intelectual e cultural da recém unificada pátria italiana.

No âmbito internacional, a iniciativa teve outros desdobramentos, não menos importantes. Encontrou ressonância no discurso oficial do recém instalado *Institut de Droit International*, também pautado em ideias humanistas e voltado à construção da paz mundial. As manifestações corridas no círculo intelectual que se reuniu em Gante, em 1873, apontam, justamente, para a busca de modelos na primeira Modernidade para servirem de arquétipos na tentativa de enobrecer a ciência que representavam: juristas de outros tempos cuja trajetória fosse marcada pela defesa da Paz e pelo espírito contratualista, legitimando o movimento de fundação de um novo direito internacional civilizado e civilizatório, humanista e pacifista. Mancini, mas também Asser, Philimore, Rolin-Jaacquemyns e, após, outros nomes envolvidos na fundação e consolidação do *Institut*, exaltaram Gentili como um dos primeiros oráculos daquela ciência, a qual se queria também “positiva”.

Os ecos desse movimento levaram algumas décadas para alcançar a ciência brasileira do direito internacional. E, quando alcançaram, tiveram oscilações significativas: a circulação do pensamento gentiliano não foi uniforme, como aparentemente aconteceu com os postulados de Grotius. Mesmo sendo algumas vezes ignorada, outras pouco exploradas, a obra de Gentili teve também momentos de interlocução e até mesmo de exaltação nas doutrinas no Brasil.

Alguns fenômenos bem delimitados trazem elementos para entender os acidentes desse percurso, primeiro entre eles a dificuldade de acesso à obra, escrita em um complexo latim renascentista muito distante do clássico ensinado nas escolas brasileiras de então e com poucos exemplares, quase em bibliotecas europeias. Os brasileiros passaram a conhecê-la, portanto, de modo indireto, por intermédio de textos estrangeiros que a citavam ou a comentavam, condicionando o seu acesso. Rara exceção a esse fenômeno foi o texto do italiano Cavaglieri, o qual, em 1927, contestava a suposta superioridade da obra de Grotius em relação a Gentili, sendo citado pelos brasileiros em um episódio fruto também da aproximação com a ciência jurídica itálica a partir das primeiras décadas do século XX.

Em termos gerais, por mais de um século os juristas brasileiros se viram prisioneiros da intermediação da literatura estrangeira, gerando contínuas repetições, na sua grande maioria desprovidas de comentários inovadores e impossibilitando estudos mais aprofundados. Essa dinâmica mudou radicalmente no ano de 2006, quando irrompe no cenário a primeira tradução diretamente para a língua portuguesa, realizada pelas hábeis mãos de Ciro Mioranza, sendo publicada no âmbito da coleção “Clássicos do Direito Internacional”, ao lado de Grotius e de Vitória. O humanismo jurídico e o internacionalismo pacifista de Alberico Gentili deixaram, então, de ser ilustríssimos desconhecidos para as universidades do grande país sul-americano, passando a serem acessíveis não só aos juristas formados, mas sobretudo aos alunos e jovens pesquisadores das faculdades de direito.

REFERÊNCIAS

ACCIOLI, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. v. 1.

AGO, Roberto. Diritto positivo e diritto internazionale. In: **Scritti di Diritto Internazionale in onore di Tomaso Perassi**. Milano: Giuffrè, 1957. v. I.

AGO, Roberto. Science juridique et droit international. **Recueil des cours de l'Académie de La Haye**, [s. l.], v. 90, p. 857-860, 1956.

ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Mata. **Elementos do Direito das Gentes**. Recife: União, 1851.

AMOROSA, Paola. **Rewriting the History of the Law of Nations: How James Brown Scott Made Francisco de Vitoria the Founder of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2025.

ARMIGERO GAZZERA, Ermelinda. **Alberico Gentili**. Bibliografia. Tolentino: Fidef, 1917.

ARRUDA, Braz de Sousa. Estrutura do direito internacional: preleções para o curso de doutorado. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 34, n.2, p. 497-635, 1938.

BARROS, Patrícia Ramos. **Para além do universalismo do direito internacional: o pensamento internacionalista de Sá Vianna no contexto do início do século XX**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2026.

BELLO, Andrés. **Principios de Derecho Internacional**. Lima: Morno e cia., 1844.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito Público Internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910.

BOURQUIN, Maurice. Grotius est-il le père du droit des gens? (1583–1645). In: UNIV.(Georg). **Grandes Figures et Grandes Oeuvres Juridiques**. Genève: Georg & Cie, 1948. p. 77-96. (Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève. 6).

BROTERO, José Maria de Avellar. **Principios de direito público universal: análise de alguns parágrafos de Vattel**, São Paulo: Typographia do Governo, 1837.

BROWN SCOTT, James. **The Spanish Origins of International Law: Francisco de Vitoria and His Law of Nations**. Oxford: Clarendon Press, 1934.

CANTÙ, Francesca. Alberico Gentili e lo ius legationis. In: ANDRETTA, Stefano; PÉQUIGNOT, Stéphane; WAQUET, Jean-Claude (eds). **De l'ambassadeur : Les écrits relatifs à l'ambassadeur et à l'art de négocier du Moyen Âge au début du XIX^e siècle**. Rome: École française de Rome, 2015. DOI: <https://doi.org/10.4000/books.efr.2914>

CASANOVA, Ludovico. **Del Diritto Internazionale**. 3. ed. Firenze: Cammelli, 1876. v.II.

CASSI, Aldo Andrea. Alle origini del diritto internazionale: Alberico Gentili. In: CAPPELLINI, Paolo; COSTA, Pietro; SORDI, Bernardo (a cura di). **Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero: Appendice VIII: Diritto**. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 2012. p.181-188.

CASSI, Aldo Andrea. Dalla santità alla criminalità della guerra. Morfologie storico-giuridiche del Bellum Iustum. In: CALLORE, Antonello (a cura di). **Seminari di Storia e di Diritto. Guerra Giusta? Le metamorfosi di un concetto antico**. Milano: Giuffrè, 2003. p.101-158.

CASSI, Aldo Andrea. Lo Ius in Bello nella dottrina giusinternazionalista moderna. Annotazioni di metodo e itinerari d'indagine. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 38, tomo II, p. 1141-1168, 2009.

CAUCHY, Eugène. **Le droit maritime international considéré dans ses origines et dans ses rapports avec les progrès de la civilisation**. Paris: Guillaumin, 1862. v.II.

CAVAGLIERI, Arrigo. **Corso di diritto internazionale**. Napoli: Gennaro Maio, 1925.

DAL RI Jr., Arno. Apresentação. In: GENTILI, Alberico. **O Direito da Guerra**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2005. (Prefácio, Pós-facio/Apresentação)

DAL RI Jr., Arno. La circolazione dei modelli giuridici italiani nella scienza del diritto internazionale in Brasile tra Impero e “Estado Novo” (1822-1945). **La Comunità Internazionale**, v. LXXX, p. 425-449, 2025.

DE LA MUELA, Adolfo Miaja. **Introducción al Derecho Internacional Público**. Madrid: Atlas, 1953.

DOMINGO OSLE, Rafael; MINNUCCI, Giovanni. Alberico Gentili and the Secularization of the Law of Nations. In: DOMINGO, Rafael; WHITE Jr., John (eds.) **Christianity and Global Law**. Abingdon: Routledge, 2020. p.1-21.

DRUMMOND, Antônio de Vasconcellos Menezes de. **Preleções de Direito Internacional**. Recife: Correio do Recife, 1867.

FEDELE, Dante. **The Medieval Foundations of International Law: Baldus de Ubaldus (1327–1400): Doctrine and Practice of the Ius Gentium**. Boston: Brill, 2021.

FEDELE, Dante; LESAFFER, Randall; SAVY, Pierre (eds.). **Avant l'État: Droit international et pluralisme politico-juridique en Europe, XIIIe-XVIIe siècle**. Roma: Historia et Ius, 2024. (Collana di studi di storia del diritto medievale moderno. Collataneae; v. 13)

FEDELE, Dante. **Naissance de la diplomatie moderne (XIIIe-XVIIe siècles): L'ambassadeur au croisement du droit, de l'éthique et de la politique**. Baden: Nomos, 2007.

FEDELE, Dante. Between private and public law: The contribution of late medieval ius commune to the conceptualisation of diplomatic representation, **Clio@Themis**, v.18, p. 1-25, 2020. DOI: <https://doi.org/10.35562/cliothemis.304>

FEDELE, Dante. Indemnities in Diplomacy. In: MARTEL, Gordon (ed.). **Encyclopedia of Diplomacy**. Hoboken: Wiley- Blackwell, 2018. v. II. p. 889-902.

FOCARELLI, Carlo. **Introduzione storica al Diritto Internazionale**. Milano: Giuffrè, 2012.

GENTILI, Alberico. **O Direito da Guerra**. Tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

GENTILI, Alberico. **Del Diritto di Guerra**. Traduzione di Antonio Fiorini. Livorno: Vigo, 1877.

GENTILI, Alberico. **Three Books on the Law of War**. English translation by John C. Rolfe. Oxford: Clarendon Press, 1933. v. 2. Carnegie Classics of International Law series.

GIALDRONI, Stefania. Il mare liberum prima e dopo il “Mare liberum”. La libertà di commercio e navigazione in Gentili, Grozio e Selden. In: LACCHÈ, Luigi; (a cura di). **Alberico Gentili e il diritto del mar: Spazi, potere sovrano e diritto internazionale tra gli Hispanicae advocacionis libri duo e l’età contemporanea**. Macerata: EUM, 2022. p.45-65.

GONZÁLEZ HAUCK, Sué. History of International Law. In: GONZÁLEZ HAUCK, Sué. **Public International Law. A Multi-Perspective Approach**. New York: Routledge, 2024. p.3-22.

GROTIUS, Hugonis. **Mare Liberum siue De iure quod Batavis competit ad Indicana comercia: Dissertatio**. Lvgdvni Batavorum: Elzeviriana, 1609.

GROTIUS, Hugo. **De Iure Belli ac Pacis Libri tres**. Parisiis: Nicolavm Bvon, 1625.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Ijuí: Unijuí, 2004. 2 v.

HAGGENMACHER, Peter. Grotius and Gentili: a reassessment of Thomas E. Holland’s inaugural lecture. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam (ed.). **Hugo Grotius and International Relations**. Oxford: Oxford University Press, 1992. p.

133–176. DOI: <https://doi.org/10.1093/0198277717.003.0004>

HALLAM, Henry. **Introduction to the literature of Europe, in the fifteenth, sixteenth and seventeenth centuries**. London: Murray, 1843. v.2.

HAUTEFEUILLE, Laurent-Basile. **Histoire des origines, des progrès et des variations du Droit Maritime**. Paris: Guillaumin, 1858.

HOLLAND, Thomas. **An Inaugural Lecture on Albericus Gentilis**. London: MacMillan, 1874.

ITTERSUM, Martine Julia van. Hugo Grotius: The Making of a Founding Father of International Law. In: ORFORD, Anne; HOFMANN, Florian (eds). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016. Chapter: 4. p.82-100. DOI: <https://doi.org/10.1093/law/9780198701958.003.0005>

KALTENBORN, Carl. **Kritik des Völkerrechts nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft**. Leipzig: Mayer, 1847.

KALTENBORN, Carl. **Zur Geschichte des Natur- und Völkerrechts sowie der Politik**. Leipzig: Mayer, 1848. v.1.

KENNEDY, David. International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion. **Nordic Journal of International Law**, [s. l.], v. 65, n.4, p 385-420, 1996.

KLÜBER, Johanna Ludwig. **Droit des gens moderne de l’Europe**. Stuttgart: Cotta, 1819.

LA PRADELLE, Albert De Geouffre. **Maîtres et doctrines du droit des gens**. Paris: Éditions Internationales, 1939.

LACCHÈ, Luigi. Monumentos do direito internacional: Alberico Gentili e Hugo Grotius na construção de uma disciplina (1875–1886). **Revista de História e Ciências Sociais**, [s. l.], v. 16, n. 32, p. 627-695, 2024. DOI: <https://doi.org/10.14295/rbhcs.v16i32.17077>

LAMPREDI, Giovanni Maria. **Del commercio dei popoli neutrali in tempo di guerra**. Firenze: [s.n.], 1788.

LESAFFER, Randall. Alberico Gentili's ius post bellum and Early Modern Peace Treaties. In: KINGSBURY, Benedict, STRAUMANN, Benjamin (eds.). **The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 210-240.

LESAFFER, Randall. The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law. **British Yearbook of International Law**, [s. l.], v. 73, n.1, p. 103–139, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1093/bybil/73.1.103>

LUZ, Nelson Ferreira da. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Saraiva: São Paulo, 1963.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Modernidade e Medievalismo em Grócio: O discurso do método. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, [s. l.], v. 14, p. 485-513, 2014.

MANCINI, Pasquale Stanislao. **Diritto internazionale**. Prelezioni con un saggio sul Machiavelli. Napoli: Napoli, 1873.

MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito Internacional**. Ijuí: Unijuí, 2003.

MARTENS, Georg Friedrich von. **Précis du droit des gens moderne de l'Europe, fondé sur les traités et l'usage**. Gottingue: Dieterich, 1821.

MATEESCO, Nicolás. **Vers un Nouveau Droit International de la Mer**. Paris: Pedone, 1950.

MELLO, Celso Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

MINNUCCI, Giovanni. Da esule a *civis anglus*. Alberico Gentili e la difficile condizione dello straniero: tra vicende personali e riflessioni dottrinali. In: DE GIUDICI, Giuseppina; FEDELE, Dante; FIOCCHI MALASPINA, Elisabetta (a cura di). **Soggettività contestate e diritto internazionale in età moderna**. Roma, *Historia et ius*, 2023. p. 13-33.

MINNUCCI, Giovanni. Gentili on the law of war. In: DAUCHY, Serge; MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI, Heikki; WIJFFELS, Alain (ed.s). **Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing**. New York: Springer, 2016. Chapter IV.

NÉZARD, Henri. Albericus Gentilis. In: PILLET, Antoine. **Les fondateurs du Droit International**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904.

NUSSBAUM, Arthur. **Historia del Derecho Internacional**: Adiciones sobre Historia de la Doctrina Hispánica de Derecho Internacional por Luis Garcia Arias. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.

NUZZO, Luigi. Alberico Gentili “internazionalista” tra storia e storiografia. In: LACCHÈ, Luigi. **Ius Gentium Ius Communicationis Ius Belli**. Alberico Gentili e gli orizzonti della Modernità. Milano: Giuffrè, 2009. p.66-89.

NUZZO, Luigi. **Origini di una Scienza: Diritto Internazionale e colonialismo nel XIX secolo.** Frankfurt am Main: Klostermann, 2012.

NYS, Ernest. **Les origines du droit international.** Bruxelles: Castaigne, 1894.

O'DONOGHUE, Aoife. Bluntschli, C'est Moi? International legal history and hagiography. *Transnational Legal Theory*, [s. l.], v. 15, n. 1, p.67–102, 2024. DOI: <https://doi.org/10.1080/20414005.2024.2337558>

OMPTEDA, Dietrich Heinrich Ludwig von. **Literatur des gesammten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts.** Regensburg: Erben, 1785. v. I.

PANIZZA, Diego. The “Freedom of the Sea” and the “Modern Cosmopolis” in Alberico Gentili’s *De Iure Belli*. *Grotiana*, [s. l.], v. 30, p. 88-106, 2009.

PEDERNEIRAS, Raul. **Direito internacional compendiado.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Princípios de Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1902.

PIERANTONI, Augusto. **Storia degli studi di diritto internazionale.** Modena: Vincenzi, 1869.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Império.** Rio de Janeiro: Villeneuve, 1857.

PINTO, Antonio Pereira. **Apontamentos para o direito internacional ou Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras.** Rio de Janeiro: Pinto & C., 1864.

QUADRI, Rolando. **Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye en ligne.** Leiden ; Boston : BRILL, 1952.

QUAGLIONI, Diego. The Italian ‘Readers’ of Bodin, 17th-18th Centuries: The Italian ‘Readers’ out of Italy - Alberico Gentili (1552-1608). In: LLOYD, Howell (ed.). **The Reception of Bodin.** Leiden-Boston: Brill, 2013. p. 371–386.

REDDIE, James. **Researches, Historical and Critical, in Maritime International Law.** Edinburgh: Clark, 1844. v.1.

RIBEIRO, Airton. Pedro Autran da Mata Albuquerque: O papel de mediação de um jurista periférico na difusão do Direito Internacional. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira (org.). **Direito Internacional no Brasil: pensamento e tradição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. v. I.

RIBEIRO, Pedro Krause. Prof. Dr. Raul Pederneiras. A invenção do homem “plurivocacional”. **Ars Historica**, Rio de Janeiro, n. 8, p. 264-283, 2013.

RIVIER, Alphonse. **Note sur la littérature du droit des gens avant la publication du ius belli ac pacis de Grotius.** Bruxelles: Hayez, 1883.

ROLIN, Édouard. La statue de Grotius, a Delft. **Revue de Droit International et Législation Comparée**, [s. l.], v.18, p. 502–505, 1886.

ROLIN-JAEQUEMYNS, Gustave. Albéric Gentil: Hommages à sa mémoire. **Revue de droit international et de législation comparée**, [s. l.], v. 10, p. 103-121, 1876.

ROLIN-JAEQUEMYNS, Gustave. Quelques mots sur les hommages projetés à la mémoire de Grotius et d'Albéric Gentil, et sur les dernières publications y relatives. *Revue de droit international et de législation comparée*, [s. l.], v. 8, p.696, 1876.

ROQUE, Sebastião José. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Hemus, 1997.

SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. **Elementos de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908. v. I.

SCLOPIS, Federigo. **Storia della Legislazione Italiana**. Torino: Unione tipografico-editrice, 1863. v. II.

SILVA JÚNIOR, Airton Ribeiro da. Brazilian literature on international law during the empire regime. Or the diffusion of international law in the peripheries through appropriation and adaptation. **Revista de Direito Internacional**, [s. l.], v. 15, n. 3, p. 49-66, 2018. DOI: 10.5102/rdi.v15i3.5715

SPERANZA, Giuseppe. **Alberico Gentili**. Studi. Roma: Pallotta, 1876.

STORTI, Claudia. Early Italian Scholars of *ius gentium*. In: BARTOLINI, Giulio (ed.). **A History of International Law in Italy**. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 19–47.

STORTI, Claudia. Empirismo e scienza: il crocevia del diritto internazionale nella prima metà dell'Ottocento. In: NUZZO, Luigi; VEC, Miloš (ed.s). **Constructing international law. The birth of a discipline**. Frankfurt am Main: Klostermann, 2012. p.51-146.

STORTI, Claudia. Estados vs. Povos: Premissas e tentativas de construção de uma ciência do direito internacional na primeira metade do Século XIX. **Revista de História e Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 16, n. 32, p. 566–587, 2024. DOI: <https://doi.org/10.14295/rbhcs.v16i32.16449>

STORTI, Claudia. Foedus, Amicitia e Societas: Alberico Gentili tra tradizione e innovazione. In: **Alberico Gentili (San Ginesio 1552 - Londra 1608)**. Atti dei Convegni nel Quarto Centenario della Morte..Milano: Giuffrè, 2010. v. II. p. 335-376.

STORTI, Claudia. *L'officium legationis* in età moderna. In: LAVENIA, Vincenzo (a cura di). **Alberico e Scipione Gentili nell'Europa di ieri e di oggi**. Atti della Giornata Gentiliana in occasione del IV centenario della morte di Scipione Gentili. Studi Gentiliani.. Macerata: EUM, 2018. v. IV. p.129-152.

SUAREZ, Franciscu. **Tractatus de legibus ac Deo Legislatore**. Londini: Dunmore, 1679.

TRUYOL, Antonio. **Fundamentos de Derecho Internacional Publico**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1970.

VADI, Valentina. **War and Peace: Alberico Gentili and the Early Modern Law of Nations**. Boston: Brill, 2010.

VERGERIO, Claire Vergerio. **War, States and International Order: Alberico Gentili and Foundational Myth of the Laws of War.** Cambridge: Cambridge University Press.

WARD, Robert. **An Enquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe from the Time of the Greeks and Romans to the Age of Grotius.** London: Strahan & Woodfahl, 1795. v. 2.

WESTLAKE, John. *Études sur les principes du Droit International.* Traduit de l'anglais par Ernest Nys. Bruxelles: A. Castaigne, 1895

WHEATON, Henry. *Éléments du droit international.* Leipzig: Brockhaus, 1852. v. 1.

WHEATON, Henry. **History of the Law of Nations in Europe and America.** New York: Gould, Banks, 1845.

WIJFFELS, Alain. De la lecture à l'écriture: les notes de lecture d'Alberico Gentili et leur emploi dans la rédaction de son œuvre doctrinale. *In*: GIAVARINI, Laurence (sous la direction de). **L'Écriture des juristes : XVI-XVIII siècle.** Paris: Garnier, 2010. p.93-109.

WIJFFELS, Alain. From Perugia to Oxford: Past and Present of Political Paradigms. *In*: TREGGIANI, Ferdinando (a cura di). **Alberico Gentili: la tradizione perugina e la fondazione del diritto internazionale.** Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2010. p. 57-78.

ZIEGLER, Karl-Heinz. **Völkerrechtsgeschichte.** München: Beck, 1994.



O ESCORPIÃO NO CÍRCULO DE FOGO: A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL É MILITANTE?

Almir Megali Netor¹

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira²

RESUMO

O objetivo deste artigo é demonstrar a incompatibilidade da categoria conceitual da democracia militante, cujas origens remontam à doutrina de Karl Loewenstein, com os pressupostos de funcionamento de uma democracia constitucional. Para tanto, serão recuperados criticamente no interior da obra loewenstaniana os pressupostos teóricos subjacentes à democracia militante, desde o diagnóstico do autor dos motivos que levaram à ascensão de movimentos políticos autoritários de tipo fascista na Europa até a sua proposta de autodefesa democrática, chamada democracia militante. Posteriormente, pretende-se resgatar como a referida teoria foi recepcionada no debate constitucional brasileiro, sobretudo, no período representado pelas ameaças autoritárias do governo Jair Bolsonaro. Por fim, demonstrar-se-á a incompatibilidade desse instrumental teórico com as exigências de funcionamento de uma democracia constitucional, bem como a contradição argumentativa na qual recaem aqueles que sustentam ser possível o seu manejo pelos órgãos do Poder Judiciário. Por se tratar de pesquisa eminentemente bibliográfica, a metodologia utilizada é a revisão de literatura.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia constitucional. Democracia militante. Democracia defensiva. Jurisdição constitucional.

THE SCORPION IN THE RING OF FIRE: IS CONSTITUTIONAL DEMOCRACY MILITANT?

ABSTRACT

The aim of this paper is demonstrate the incompatibility of the conceptual category of militant democracy, whose origins date back to Karl Loewenstein's doctrine, with the operating conditions of a constitutional democracy. To do so, the theoretical assumptions underlying militant democracy will be critically recovered within Loewenstein's work, from the author's diagnosis of the reasons that led to the rise of authoritarian political movements of a fascist type in Europe to his proposal for democratic self-defense, called militant democracy. Subsequently, we intend to rescue how the aforementioned theory was received in the Brazilian constitutional debate, especially in the period represented by the authoritarian threats of the Jair Bolsonaro government. Finally, the incompatibility of this theoretical instrument with the functioning requirements of a constitutional democracy will be demonstrated, as well as the argumentative contradiction in which those who maintain the possibility of its use by the Judiciary Power fall. As it is eminently bibliographical research, the methodology used is literature review.

KEYWORDS: Constitutional democracy. Militant democracy. Defensive democracy. Constitutional jurisdiction.

¹ Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. <https://orcid.org/0000-0001-8675-8274>

² Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-2409-5804>

INTRODUÇÃO

Durante o governo Jair Bolsonaro, o Brasil conviveu diariamente com ameaças de subversão da ordem constituída e com constantes ataques a direitos fundamentais por parte de um Poder Executivo tomado por tendências autoritárias e por um Poder Legislativo cooptado pelo orçamento secreto.³ Em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar para conter o avanço de medidas inconstitucionais, inclusive, para proteger a si mesmo e aos seus membros dos ataques golpistas estimulados pela Presidência da República.⁴

O clima de tensão entre os poderes da República, aliado a um contexto internacional de perda de qualidade da democracia, estimulou a reflexão engajada na proteção da Constituição de 1988 a identificar as ameaças e as estratégias de um longo, lento e gradual processo descrito como erosão constitucional,⁵ bem como a construir eventuais alternativas para reagir às ameaças autoritárias. Uma das propostas de maior impacto no debate constitucional brasileiro foi a de que o país necessitaria utilizar os mecanismos de democracia militante supostamente presentes na Constituição de 1988 para preservação da ordem democrática constituída.

A categoria conceitual da democracia militante foi criada por Karl Loewenstein durante a década de 1930 como instrumento a ser utilizado para a proteção das democracias liberais em face do avanço autoritário representado pelas forças fascistas e nazistas na Europa. Diante desse cenário, a proposta deste artigo é recuperar criticamente no interior da obra loewenstaniana os pressupostos teóricos subjacentes à categoria conceitual da democracia militante. Posteriormente, pretende-se resgatar como a referida teoria foi recepcionada no debate constitucional brasileiro, sobretudo, no período representado pelas ameaças autoritárias do governo Jair Bolsonaro. Por fim, demonstrar-se-á a incompatibilidade desse instrumental teórico com as exigências de funcionamento de uma democracia constitucional.

Para tanto, em um primeiro momento, o texto dedica-se a apresentar a leitura de Karl Loewenstein, ainda nos anos 1930, sobre o avanço das autocracias na Europa e a forma correta de enfrentá-las. Nessa etapa, serão explorados dois textos publicados pelo autor na Revista Estadunidense de Ciência Política em 1935 e em 1937, ambos divididos em duas partes e respectivamente intitulados “Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe” e “Militant Democracy and Fundamental Rights”.

Em um segundo momento, será feito um mapeamento da recepção da obra loewenstaniana no contexto dos estudos destinados a refletir sobre a perda de qualidade das democracias constitucionais contemporâneas e como o referido debate chegou ao Brasil em um contexto favorável a esse tipo de reflexão. Ao final, a título de conclusão, serão tecidas considerações críticas às propostas teóricas que, comungando dos pressupostos teóricos de Karl Loewenstein, defendem que a proteção de democracias constitucionais em face de investidas autoritárias deveria se dar em bases militantes.

³ MEGALI NETO, Almir; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Orçamento secreto e Supremo Tribunal Federal, *Empório do Direito*, 06 dez. 2022. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/orcamento-secreto-e-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 10 jul. 2024.

⁴ STRECK, Lenio Luiz; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Inquérito judicial do STF: o MP como parte ou “juiz das garantias”? *Conjur*, 28/05/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/opinioao-inquerito-stf-mp-parte-ou-juiz-garantias/>. Acesso em 10 jul. 2024; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O paradoxo dos paradoxos processuais? *Conjur*, 01/03/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/bacha-cattoni-paradoxos-paradoxos-processuais/>. Acesso em 10 jul. 2024; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A tentativa do *putsch* bolsonarista: o 08 de janeiro de 2023 visto por uma teoria constitucional a serviço do estado democrático de direito, *Empório do Direito*, 16/01/2023. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-tentativa-do-putsch-bolsonarista-o-08-de-janeiro-de-2023-visto-por-uma-teoria-constitucional-a-servico-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em 10 jul. 2024.

⁵ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Constitutional Erosion in Brazil*. Oxford: Hart Publishing, 2021.

1 KARL LOEWENSTEIN: DA ASCENSÃO DE AUTOCRACIAS À DEMOCRACIA MILITANTE

Karl Loewenstein foi um constitucionalista e cientista político alemão de origem judaica, que, em 1933, deixou a Alemanha em virtude da ascensão do nazismo para se exilar nos Estados Unidos da América, país no qual passa a ter uma grande e influente produção acadêmica. Nos anos 1930, Loewenstein escreve uma série de textos sobre Direito Constitucional e política comparada, como parte de um esforço para tentar compreender e explicar ao público estadunidense os eventos daquela tormentosa década.

Até pouco tempo, Karl Loewenstein era conhecido pelo público brasileiro principalmente pelos seus estudos em Teoria da Constituição, que decorrem da obra inicialmente publicada em inglês sob o título *Political Power and the Governmental Process* no ano de 1957,⁶ posteriormente traduzida para o alemão e retraduzida para o espanhol, com o título *Teoría de la Constitución*,⁷ em que o autor procura apresentar uma ontologia das constituições, bem como uma análise da crise das constituições escritas através daquilo que ele denominou de crise da consciência constitucional.⁸

Antes disso, Karl Loewenstein exerceu um papel importante como consultor jurídico do governo estadunidense para o esforço de guerra e atuou como assessor do Promotor do Tribunal de Nuremberg. Loewenstein também publicou um importante livro no pós-Segunda Guerra no qual fez uma série de propostas para a reconstrução política da Europa e do contexto internacional, intitulado *Political Reconstruction*.⁹

Um de seus importantes textos é um relatório sobre a situação do Brasil sob o governo Vargas, publicado em língua inglesa em 1942, como forma de apresentar aos Estados Unidos da América a situação política do Brasil, com o título *Brazil under Vargas*.¹⁰ Não custa lembrar que, logo após a entrada dos Estados Unidos da América na Segunda Guerra Mundial, o Brasil decide entrar no conflito ao lado das forças aliadas contra as forças do eixo. Vale destacar também que a Carta outorgada de 1937, que instituiu o Estado Novo, estaria na origem da classificação da chamada constituição semântica a que Loewenstein se refere, a partir de 1951 e de 1952, exatamente por subverter o próprio sentido garantista de constituição.¹¹ Apenas recentemente parcela da doutrina constitucional brasileira tem se voltado a recuperar o sentido e a repercussão das análises de Karl Loewenstein sobre o Brasil.¹²

⁶ LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

⁸ Para uma recuperação crítica dos pressupostos teóricos da teoria ontológica das constituições, de Karl Loewenstein, cf. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2023, p. 69-95; e CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional**: escritos selecionados. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2020, v. 1, p. 169-173.

⁹ LOEWENSTEIN, Karl. **Political Reconstruction**. New York: The Macmillan Company, 1946.

¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas**. New York: The Macmillan Company, 1942.

¹¹ LOEWENSTEIN, Karl. Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age. In: ZURCHER, Arnold J. (ed.). **Constitutions and Constitutional Trends since World War II: An Examination of Significant Aspects of Postwar Public Law with Particular Reference to the New Constitutions of Western Europe**. New York: New York University Press, 1951, p. 191-224; LOEWENSTEIN, Karl. Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions. *Revue Française de Science Politique*, n. 1, 1952, p. 5-23. LOEWENSTEIN, Karl. Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions (Fin). *Revue Française de Science Politique*, n. 2, 1952, p. 312-334. Ainda que não citada diretamente, ver LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, 2 ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 218-222.

¹² Nesse sentido, cf. ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Lorrany Gandra de Oliveira. A importância da obra *Brazil under Vargas* de Karl Loewenstein e sua recepção nos Estados Unidos da América. In: SILVA, Adriana Campos; ALVES, Adamo Dias. (Orgs.). *Estudos de história constitucional e direito político*. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021, p. 43-77.

Na década de 1930, Karl Loewenstein lecionou em algumas das principais universidades estadunidenses, como em Yale de 1934 a 1936, na Amherst College de 1936 a 1939 e em Berkeley no verão de 1938. Em 1939, Loewenstein adquire a cidadania estadunidense.¹³ Nesse período, o autor se dedica a compreender a ascensão de regimes autoritários pela Europa. Especial atenção é conferida ao Direito nazista,¹⁴ à implantação da ditadura nazista sob a Constituição republicana e democrática de Weimar¹⁵ e aos antecedentes nazistas à Guerra.¹⁶

Também é nesse período que Karl Loewenstein publica dois importantes artigos pela Revista Estadunidense de Ciência Política em 1935 e em 1937. No primeiro, intitulado “Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe”, dividido em duas partes, Loewenstein recupera as condições que permitiram a ascensão de movimentos políticos autoritários com nítida inclinação fascista na Europa e as potenciais respostas que poderiam ser oferecidas pelos regimes democráticos em um esforço de autoproteção.¹⁷ Já no segundo, intitulado “Militant Democracy and Fundamental Rights”, igualmente dividido em duas partes, o autor apresenta o conceito de democracia militante como técnica de governo adequada a enfrentar movimentos fascistas e a evitar a queda de regimes democráticos em face de investidas autoritárias.¹⁸

Em abril de 1935, Karl Loewenstein observou que os Estados europeus estavam divididos em dois campos fundamentalmente opostos de instituições e ideais políticos. De um lado, a democracia e as instituições liberais ainda estariam em vigor na Grã-Bretanha, no Estado livre da Irlanda, na França, na Bélgica, nos países baixos, nos países escandinavos da Suécia, da Noruega, da Dinamarca e da Finlândia, bem como na Suíça e na Tchecoslováquia. Por outro lado, autocracias tinham tomado conta da Rússia, Turquia, Alemanha, Itália, Portugal, Áustria, Polônia, Iugoslávia, Bulgária, Romênia, Hungria, Letônia e Estônia. Apesar da vigência apenas nominal de constituições democráticas na Espanha e na Grécia, Loewenstein tinha sérias dúvidas sobre se esses países poderiam ser classificados como democráticos àquele tempo. Diante desse cenário, o autor ponderou que seria apropriado considerar as possibilidades de expansão de ditaduras ou autocracias pelo continente, entendendo por regimes ditatoriais ou autocráticos aqueles nos quais não se respeita o princípio da separação dos poderes e não há garantias para o exercício dos direitos de liberdade de manifestação e de associação. Importante destacar que essa classificação abrangente permite a Loewenstein classificar nesse mesmo grupo os regimes fascista da Itália e nazista da Alemanha, bem como o comunista russo.¹⁹

Para Loewenstein, as formas racionais de poder seriam um fenômeno recente na história da humanidade, principalmente no território europeu, onde as democracias se instalaram apenas

¹³ Karl Loewenstein Papers. **Amherst College Archives & Special Collection**. Disponível em: <https://archivesspace.amherst.edu/repositories/2/resources/202>. Acesso em: 10 jul. 2024.

¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. Law in the Third Reich. **Yale Law Journal**, v. 45, n. 5, p. 779-815, 1936.

¹⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Dictatorship and the German Constitution: 1933-1937. **The University of Chicago Law Review**, v. 4, n. 4, p. 537-574, 1937.

¹⁶ LOEWENSTEIN, Karl. **Hitler's Germany: The Nazi Background to War**. New York: The Macmillan Company, 1939.

¹⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. **The American Political Science Review**, v. 29, n. 4, p. 571-593, ago. 1935; LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe II. **The American Political Science Review**, v. 29, n. 5, p. 755-784, oct. 1935.

¹⁸ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights I. **The American Political Science Review**, v. 31, n. 3, p. 417-432, jun. 1937; LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights II. **The American Political Science Review**, v. 31, n. 4, p. 638-658, ago. 1937.

¹⁹ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. **The American Political Science Review**, v. 29, n. 4, p. 571-572, ago. 1935.

a partir da segunda metade do século XIX. Segundo o autor, a Europa teria uma forte herança do absolutismo romano, a qual seria responsável por moldar a forma e a essência do governo no continente. Ao contrário, a democracia e o liberalismo somente teriam se implantado na mente e na medula dos povos dos países anglo-saxões e dos pequenos países protestantes da Europa, como os países baixos, a Bélgica e as monarquias escandinavas.²⁰

De acordo com Karl Loewenstein, com esse passado, a recorrência de regimes autocráticos na Europa não seria surpreendente. Contudo, o autor destaca que a extensão e a velocidade com a qual regimes democráticos regrediram a regimes autoritários na região seriam fatores importantes de alerta. Espalhava-se pela Europa o medo de que a autocracia não poderia ser contida. Loewenstein, então, questiona: haveria alguma espécie de imunidade contra o vírus da ditadura, ou dever-se-ia aceitar que, no decurso dos próximos anos, as democracias europeias que ainda vivem sob o estado de direito sucumbirão ao fascismo?²¹

O avanço de regimes autoritários na Europa seria agravado pelas pretensões internacionais das autocracias de tipo fascista. As razões gerais para a expansão internacional do fascismo são descritas por Karl Loewenstein como uma conexão entre as mudanças econômicas decorrentes da crise de 1929 e a necessidade de mudança nas formas de governo. A restauração do equilíbrio econômico não seria alcançada segundo os princípios liberais do livre mercado. Nesse sentido, a interferência estatal no domínio econômico era vista como necessária. A concentração de poderes nas mãos do Estado seria, para Loewenstein, incompatível com a democracia econômica, que pressupõe a democracia parlamentar e o compromisso entre as mais diversas forças políticas da sociedade. Nas palavras do próprio autor:

Uma das motivações mais tentadoras para a ascensão do sistema fascista reside na ligação entre a mudança econômica e a necessidade de mudança na forma de governo. O argumento é o seguinte: nenhum país, independentemente da sua estrutura política, foi capaz de permanecer fora da depressão econômica mundial. A depressão mundial é resultado da guerra e dos tratados de paz, bem como dos desenvolvimentos tecnológicos do período pós-guerra. Embora as unidades políticas tenham hasteado a bandeira do nacionalismo econômico, é inútil esperar a restauração do equilíbrio econômico pela operação natural dos princípios de oferta e procura, de produção, distribuição e consumo de trabalho e bens entre os Estados nacionalistas. A autarquia econômica nacional tornou-se a palavra de ordem do dia. A interferência governamental, portanto, é considerada em todo o lado como indispensável, mesmo que a influência reguladora do governo assuma apenas a forma de um *New Deal* ou de um planejamento econômico que não ofereça mais do que as perspectivas psicológicas de uma restauração da confiança. Deste ângulo, as diferenças entre a ideologia do *New Deal* e a da ordem corporativa de tipo italiano são secundárias. Qualquer tipo de atividade governamental exercida sobre um grande território requer uma máquina centralizada, livre das influências dos interesses privados, e talvez até mesmo livre da iniciativa privada. O autogoverno econômico é substituído pela regulamentação e arregimentação estatal. A necessidade e a vantagem de uma autoridade centralizada parecem óbvias.

²⁰ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 4, p. 572-573, ago. 1935.

²¹ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 4, p. 573-574, ago. 1935.

A partir desta consideração, até agora puramente econômica e técnica, o próximo passo conduz logicamente à implicação política da autoridade de planejamento centralizada, nomeadamente, a concentração do poder político nas mãos de um governo suficientemente forte para lidar com os obstáculos durante o período de transição. Uma autoridade poderosa destinada a fins econômicos é inconsistente com a existência de controle democrático de governo, porque a democracia nada mais é do que um compromisso entre os muitos interesses conflitantes da opinião pública racionalizados nas formas de troca parlamentar entre partidos políticos. O quadro institucional habitual da sociedade política deve, portanto, ser adaptado às necessidades da nova concepção da economia vinda de cima e deve sofrer as mudanças que a inevitabilidade da situação econômica envolve. A substituição do governo de partidos por uma burocracia técnica e apolítica sob a liderança política dos responsáveis pela reconstrução econômica é uma consequência lógica.²²

Portanto, da perspectiva de Karl Loewenstein, havia uma forte conexão entre as transformações econômicas do pós-Primeira Guerra Mundial e o avanço das forças fascistas na Europa. Nas suas palavras:

Como a discussão pública é considerada prejudicial à concentração de poderes exigida pelas necessidades econômicas, a supressão da discussão parlamentar e democrática deve ser o primeiro passo para o estabelecimento da nova ordem. [...] O extermínio dos partidos políticos e da liberdade de manifestação da opinião pública política é, portanto, uma condição inevitável para o funcionamento eficaz do planejamento econômico, que é grandemente facilitado pela eliminação da resistência política da opinião pública organizada em partidos políticos. Esse é, então, um dos perigos fundamentais para a continuação da existência da democracia, enquanto a crise não desaparecer milagrosamente.²³

Após descrever as táticas para ascensão das forças fascistas na Europa, o autor apresenta as classes arregimentadas pelo fascismo. Em primeiro lugar, estariam os produtores rurais, os primeiros a sentir os efeitos cruéis da grande depressão. Em segundo lugar, as classes médias, privadas das suas poupanças em razão da forte inflação. Em terceiro lugar, a grande massa dos desempregados e a juventude, que desalentados pela ausência de perspectivas futuras, cedem ao fascismo na esperança da fundação de uma ordem mais próspera. Nos bastidores, estão os ricos reacionários que financiam a chegada fascista ao poder com a expectativa de abater esses custos em ganhos futuros após a instalação do regime.²⁴

Por essas razões, Karl Loewenstein não hesita em afirmar: “há muita verdade no argumento familiar, embora demasiado simples, de que o fascismo nada mais é do que um método para a manutenção da ordem capitalista existente”.²⁵ Em outra passagem igualmente reveladora, o autor

²² LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 4, p. 577-578, ago. 1935.

²³ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 4, p. 578, ago. 1935.

²⁴ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 4, p. 581-582, ago. 1935.

²⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 4, p. 582, ago. 1935.

afirma: “o fascismo, na sua gênese, é uma mistura de desilusão nacional, insatisfação política e crise econômica”²⁶

Por outro lado, Karl Loewenstein destaca que a técnica fascista conseguiu se disseminar na Europa em razão da fraqueza da própria democracia, como se os regimes democráticos contivessem fissuras por meio das quais o fascismo e o nacional-socialismo emergiram. A própria institucionalidade democrática teria permitido que forças autocráticas surgissem e, pior, chegassem ao poder valendo-se dos procedimentos estabelecidos pelas constituições democráticas. Haveria, inclusive, um quadro de apatia e desanimação democrática incapaz de reagir à ameaça autoritária.

Outro perigo que ameaça a democracia emana das facilidades proporcionadas pela técnica fascista. Na apatia desanimada e silenciosa, a vítima vê o perigo ameaçador e não consegue resistir ou contra-atacar. A introdução de métodos fascistas em um Estado tornou-se uma ciência e é um procedimento típico aplicável a quase todos os Estados sob o domínio da democracia. Aparece na forma de uma rotina racionalizada e pré-calculada que progride, passo a passo, com base na experiência e nos precedentes. A democracia, fiel aos seus princípios declarados, ofereceu a um inimigo implacável as armas mais eficazes para a sua própria destruição. O Fascismo e o Nacional-Socialismo sempre apresentaram orgulhosamente a afirmação de que chegaram ao poder, não através da revolução, mas através da utilização da maquinaria funcional das constituições democráticas.²⁷

Portanto, para Karl Loewenstein, “a democracia estava fadada ao fracasso desde o início porque era pacifista ao invés de militante”.²⁸ A ausência de resistência democrática ao avanço do fascismo seria uma das causas decisivas para o sucesso das autocracias na Europa. Em reação, o autor afirma: “a democracia, tornando-se militante, pode ser salva” e ao fazê-lo “não pode ser responsabilizada se aprender com o seu inimigo implacável e aplicar com o tempo um mínimo de coerção que a autocracia não hesitará em aplicar contra a democracia”.²⁹

Na segunda parte do artigo, que cobre os acontecimentos até 1º de setembro de 1935, Karl Loewenstein analisa o cenário político europeu em relação ao avanço das forças fascistas. Mais uma vez, para o autor, seria evidente que nenhum país estaria melhor preparado para resistir à doutrina e à prática fascista do que a Grã-Bretanha. O primeiro motivo para essa afirmação seria o longo tempo de aceitação das ideias e das instituições democráticas no país. O segundo seria uma estrutura institucional elástica o bastante para concentrar os poderes necessários para enfrentar crises de governo em um gabinete mais apoiado moralmente do que efetivamente controlado pelo Parlamento.³⁰

Fora do território europeu, o mesmo quadro seria extensível a todos os países que tiveram o privilégio de compartilhar as tradições políticas britânicas. São dados os exemplos do Canadá,

²⁶ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 4, p. 584, ago. 1935.

²⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 4, p. 579, ago. 1935.

²⁸ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 4, p. 580, ago. 1935.

²⁹ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 4, p. 593, ago. 1935.

³⁰ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe II. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 5, p. 776-777, out. 1935.

da Austrália, da Nova Zelândia e da África do Sul, como democracias parlamentares nas quais o fascismo não teria se instalado. O Japão e os países latino-americanos não são analisados por não terem uma tradição democrática e parlamentar consolidada. Karl Loewenstein afirma que os Estados Unidos da América seria tão afastados da experiência fascista europeia e suas tradições tão distintas da ideologia do fascismo, que não seria razoável esperar o surgimento e o crescimento de qualquer espécie de fascismo naquele país.³¹

À luz dos exemplos europeus, Karl Loewenstein alerta ao público estadunidense que, “para proteger a democracia nestes tempos de crise moral e econômica sem paralelo, talvez alguns direitos democráticos que estão expostos ao uso indevido pelos inimigos do governo livre, e em que os tempos normais são considerados indispensáveis, devam ser descartados”. Da sua perspectiva, “as massas não são confiáveis e estão sempre à espera de seu messias”. Por essa razão, todos aqueles que desejam a manutenção da democracia estadunidense deveriam se preocupar quando for constatada “a incapacidade do sistema econômico para absorver a vasta massa de desempregados que forma o núcleo de um futuro exército fascista”, bem como quando for verificada “a disponibilidade de muitos americanos médios severamente atingidos pela crise para aceitar as falácias econômicas e os slogans políticos propagados pelos *‘Pied Pipers’* como soluções para os nossos atuais descontentamentos”.³²

Dessa forma, nas duas partes de “Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe”, Karl Loewenstein apresenta um panorama geral do avanço de regimes autoritários na Europa até o ano de 1935. Do argumento do autor, é possível extrair, por um lado, uma explicação mais específica para a ascensão das forças fascistas na Europa nos anos 1920 e 1930 e, por outro, uma explicação mais geral para as sucessivas ondas autocráticas na região.

Especificamente sobre o surgimento do fascismo, são apontados o cenário de crise econômica do período entre guerras, com a crescente insatisfação de amplos setores da sociedade com as instituições liberais e a ausência de mecanismos institucionais nas constituições democráticas de então para barrar a ascensão das forças fascistas no continente. De uma perspectiva mais geral, é apresentada uma explicação de ordem histórica e um tanto quanto determinista, segundo a qual os países que compartilham a tradição romano-germânica seriam naturalmente inclinados a conviverem com regimes autoritários, ao contrário dos países de tradição anglo-saxã, acostumados a conviver com as liberdades democráticas e com um governo limitado.

Conforme visto, ainda em 1935, Karl Loewenstein chega a sugerir que o combate ao fascismo passaria por uma mudança de postura dos regimes democráticos em relação aos movimentos políticos autoritários. A postura apática, desanimada e pacifista da democracia deveria ser substituída por uma postura militante. Embora o autor chegue a sugerir em determinadas passagens do texto que a postura militante da democracia consistiria na suspensão dos direitos fundamentais de liberdade de manifestação e associação das forças fascistas por meio da edição de leis proibitivas, o conceito propriamente dito de democracia militante é construído no artigo “Militant Democracy and Fundamental Rights”.

Na primeira parte desse texto, que cobre os eventos políticos até 1º de abril de 1937, Karl Loewenstein constata que o fascismo não é mais um incidente isolado na história individual de

³¹ LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe II. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 5, p. 780-781, out. 1935.

³² LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe II. *The American Political Science Review*, v. 29, n. 5, p. 781-782, out. 1935.

poucos países, mas um movimento universal e aparentemente irresistível. Segundo Loewenstein, empiricamente, um governo autoritário seria a supressão de um governo constitucional por um governo emocional. Subjacente a um governo constitucional estaria o estado de direito, que garante racionalidade ao agir administrativo do Estado e uma esfera de proteção dos direitos fundamentais. Por outro lado, ditadura significaria substituir estado de direito por oportunismo legalizado sob a guia de uma razão de Estado na qual não há qualquer espaço para a proteção dos direitos fundamentais.³³

Apesar da substituição de um governo constitucional por um governo emocional, o autor sustenta que “nenhum denominador comum para a emergência do fascismo pode ser descoberto entre nações tão amplamente distintas em caráter nacional, tradição histórica e estrutura econômica”.³⁴ Essa posição é impactante, porque, aparentemente, nega a afirmação de Loewenstein em “Autocracy Versus Democracy” no sentido de que o fascismo seria uma mistura de desilusão nacional, insatisfação política e crise econômica. Em 1937, portanto, tais fatores não possuem o status explicativo de outrora.

Por essa razão, para Karl Loewenstein, remanesceriam apenas duas alternativas conclusivas: ou o fascismo seria uma força do espírito naturalmente irresistível ou seria uma técnica para chegar ao poder e nele se manter sem qualquer justificação metafísica. Se essa última hipótese estiver correta, então, segundo o autor, a resposta seria igualmente inescapável: a democracia, convencida de que não cumpriu todo o seu destino, “deve combater no seu próprio plano uma técnica que serve apenas ao propósito do poder. Em outros termos, a democracia deve se tornar militante”.³⁵

O fascismo chegaria ao poder em decorrência das fragilidades institucionais democráticas. Conforme Karl Loewenstein, “seu sucesso está baseado no seu perfeito ajustamento à democracia. A democracia e a tolerância democrática foram usadas para a sua própria destruição”.³⁶ Nesses termos, a democracia seria responsável pelo seu próprio fim, uma vez que incapaz de impedir o uso de instrumentos legais pelos seus inimigos. Em passagem esclarecedora, o autor afirma: “até muito recentemente, o fundamentalismo democrático e a cegueira legalista não estavam dispostos a perceber que o mecanismo da democracia é o cavalo de Tróia pelo qual o inimigo entra na cidade”.³⁷

Na chave de leitura loewenstaniana, a democracia não superaria o emocionalismo da técnica de governo fascista tornando-se igualmente emocional, pois “um governo constitucional, pela sua própria natureza, pode apelar apenas à razão; ele nunca poderia mobilizar com sucesso o emocionalismo”. Dessa forma, “a defesa da democracia pode ser projetada apenas em linhas políticas e legislativas”.³⁸

Da sua perspectiva, embora distintos, os métodos político e legislativo pressuponham-se reciprocamente: “espiritualmente, ambos emergem da mesma vontade de autoproteção e

³³ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights I. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 417-418, jun. 1937.

³⁴ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights I. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 422, jun. 1937.

³⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights I. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 423, jun. 1937.

³⁶ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights I. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 423, jun. 1937.

³⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights I. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 424, jun. 1937.

³⁸ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights I. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 428, jun. 1937.

autopreservação”. Por um lado, “a atitude política visa estabelecer uma ação unida e uniforme entre os setores democráticos de um povo contra um inimigo comum”. Por outro, “a legislação antifascista em Estados democráticos está diretamente apontada contra a técnica fascista”.³⁹ Ou seja, sem uma união política contra o fascismo, sequer seria possível elaborar uma legislação antifascista e uma união política contra o fascismo sozinha, sem uma técnica de legislação antifascista, seria incapaz de alcançar os seus próprios objetivos.

Karl Loewenstein admite a possibilidade de sacrifício dos fundamentos democráticos quando o respeito a esses mesmos fundamentos colocar em risco a existência da própria democracia. O autor afirma que os países democráticos que melhor teriam resistido à Primeira Guerra Mundial foram justamente aqueles que adotaram métodos autoritários. A associação é importante, pois, com ela, seria possível identificar que os países europeus estariam novamente em guerra, porém, em uma guerra contra um inimigo interno, na qual a suspensão de direitos e garantias fundamentais seria admitida, ainda que sem autorização constitucional expressa.

As democracias resistiram muito melhor à provação da Guerra Mundial do que os Estados autocráticos – adotando métodos autocráticos. Poucos se opuseram seriamente à suspensão temporária dos princípios constitucionais em prol da autodefesa nacional. Durante a guerra, observa Léon Blum, a legalidade tira férias. Mais uma vez, a democracia está em guerra, embora seja uma guerra interna. Escrúpulos constitucionais já não podem impedir restrições aos fundamentos democráticos com o objetivo de, em última análise, preservar esses mesmos fundamentos. A ordem liberal-democrática pressupõe tempos normais. A garantia de direitos individuais e coletivos serve como a base legal para o compromisso entre interesses que, para ser sincero, podem até entrar em conflito, mas que, no entanto, são animados pela lealdade comum aos fundamentos de governo. Constituições são dinâmicas na medida em que permitem mudanças rápidas através de métodos regulares, mas têm de ser enrijecidas e endurecidas quando confrontadas por movimentos que pretendem a sua destruição. Onde os direitos fundamentais são institucionalizados, sua suspensão temporária está justificada. Quando os meios ordinários de legislação são bloqueados pela obstrução e pela sabotagem, o Estado democrático usa os poderes de emergência de editar legislação habilitante que implicitamente, se não explicitamente, estão envolvidos na própria noção de governo. O governo destina-se a governar. O fascismo declarou guerra à democracia. Um virtual estado de sítio confronta as democracias europeias. Estado de sítio significa, mesmo em constituições democráticas, concentração de poderes nas mãos do governo e suspensão de direitos fundamentais. Se a democracia acredita na superioridade dos seus valores absolutos sobre as platitudes oportunistas do fascismo, deve estar à altura das exigências do momento, e devem ser feitos todos os esforços possíveis para salvá-la, mesmo correndo o risco e o custo de violar princípios fundamentais.⁴⁰

Já na segunda parte do artigo “Militant Democracy and Fundamental Rights”, Karl Loewenstein analisa experiências europeias que adotaram técnicas de democracia militante para conter o fascismo, sobretudo, mediante a elaboração de legislações antifascistas, para concluir que “a

³⁹ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights I. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 428-429, jun. 1937.

⁴⁰ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights I. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 432, jun. 1937.

democracia europeia ultrapassou o fundamentalismo democrático e ascendeu à militância. A técnica fascista foi discernida e está sendo enfrentada por um efetivo contra-ataque. O fogo se combate com o fogo”.⁴¹

No entanto, o autor pondera que, até mesmo “as leis mais perfeitamente redigidas e elaboradas não valem o papel em que foram escritas, a menos que sejam apoiadas por uma vontade indomável de sobreviver”. Na sua leitura, “a salvação dos valores absolutos da democracia” seria alcançada pela “transformação deliberada de formas obsoletas e conceitos rígidos em novos instrumentos de democracia ‘disciplinada,’ ou mesmo – não nos intimidemos com a palavra – democracia ‘autoritária’”.⁴²

O diagnóstico de Karl Loewenstein sobre a situação dos Estados Unidos da América também se alterou. Em 1935, o autor dizia que o país estaria imune à sublevação fascista porque teria o privilégio de compartilhar as tradições britânicas do culto ao governo limitado e aos valores do liberalismo. Contudo, em 1937, Loewenstein afirma a ascendência, ainda que incipiente, de uma espécie de fascismo no país e chega a cogitar sobre a necessidade de elaboração de uma legislação antifascista.⁴³ Nas suas palavras: “obviamente, nenhum país está imunizado contra o fascismo enquanto movimento mundial. Uma vez reconhecido esse fato incontestável, surge a questão de saber se medidas legislativas contra o fascismo incipiente talvez seriam necessárias nos Estados Unidos”.⁴⁴ Essa mudança abrupta de leitura talvez se explique pela constatação melancólica e um tanto quanto elitista do autor no sentido de que “talvez tenha chegado o momento em que já não é sensato fechar os olhos ao fato de que a democracia liberal, adequada, em última análise, apenas aos aristocratas políticos entre as nações, está perdendo para as massas despertas”.⁴⁵

Da sua perspectiva, portanto, a elaboração de legislação destinada a restringir a participação política de grupos contrários à democracia seria indício de que a reação democrática ao autoritarismo estaria em bons caminhos na Europa. Isso se tornou possível porque os regimes democráticos do continente teriam percebido que o fascismo, enquanto técnica de governo, deveria ser combatido por outra técnica de governo, que, por sua vez, deveria ser livrar das restrições constitucionais, os chamados escrúpulos democráticos, responsáveis por vulnerar a própria democracia. Sem qualquer base explicativa de ordem econômica ou social comum, o fascismo se justificaria tão somente por ser uma técnica de governo obstinada a chegar e a se manter no poder sem qualquer compromisso com o que quer que seja. A sucessão dos fatos, porém, provou que Loewenstein estava errado. Ironicamente, os países que adotaram legislações antifascistas sucumbiram ao autoritarismo. Por outro lado, até mesmo os países que, supostamente, estariam imunes ao surgimento de movimentos autoritários em razão de seu passado comum dariam mostras de um fascismo incipiente, a exemplo dos Estados Unidos da América. Em conjunto, isso indica a existência de outros elementos nessa relação, os quais não são captados pelo radar teórico loewenstaniano.

⁴¹ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights II. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 4, p. 656, ago. 1937.

⁴² LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights II. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 4, p. 657, ago. 1937.

⁴³ Vale dizer, no entanto, que o fascismo não seria um fenômeno tão recente assim na história dos Estados Unidos da América. Sobre isso, cf. ADORNO, Theodor. W. *Estudos sobre a personalidade autoritária*. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

⁴⁴ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights II. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 4, p. 658, ago. 1937.

⁴⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights II. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 4, p. 657, ago. 1937.

2 DA DEMOCRACIA MILITANTE À DEMOCRACIA DEFENSIVA: O DEBATE CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Com a ascensão de lideranças políticas de caráter autoritário, tais como Donald Trump nos Estados Unidos da América e Boris Johnson no Reino Unido, uma série de estudos começou a ser publicada nos campos do Direito Constitucional e da Ciência Política comparados com o objetivo de entender e de propor soluções àquilo que ficou conhecido como a deterioração de regimes democráticos ao redor do mundo.⁴⁶ De um modo geral, procura-se identificar as circunstâncias sob as quais uma democracia estaria em risco, os sinais de alerta por ela emitidos, bem como o que fazer para frear o avanço de movimentos autoritários.

Diante desse cenário, Tom Ginsburg e Aziz Huq sustentam que, desde os tempos de Loewenstein, a imaginação constitucional não teria avançado o suficiente para impedir que lideranças políticas autoritárias ameaçassem a sobrevivência de democracias constitucionais. A prova disso seria a cada vez mais crescente perda de qualidade da democracia e a dificuldade de identificar de modo claro e preciso o termo inicial desse processo. Embora reconheçam que boa parte das ferramentas institucionais das atuais democracias constitucionais para se autoprotegerem decorra do conceito de democracia militante, Ginsburg e Huq rejeitam a possibilidade desse instrumental teórico fazer frente às atuais investidas autoritárias contra a democracia.⁴⁷

Para Tom Ginsburg e Aziz Huq, Loewenstein estava correto em se preocupar com a capacidade de regimes democráticos protegerem a si mesmos das ameaças de forças autoritárias internas. No entanto, a ideia de democracia militante seria inadequada e também perigosa. Inadequada, porque não ofereceria uma resposta de como países que já estejam vivendo sob um regime autoritário competitivo poderiam adotar medidas legislativas necessárias para salvar a democracia. O mesmo aconteceria com países que possuíssem líderes políticos carismáticos ou coalizões partidárias hegemônicas que aproveitassem vitórias eleitorais para promover reformas institucionais para se consolidar no poder. Além disso, a democracia militante seria incapaz de captar a variedade de formas pelas quais contemporaneamente se erode a democracia, já que demasiadamente presa à forma pela qual os nazistas ascenderam ao poder na Alemanha. Perigosa, porque colocaria em risco os direitos de reunião e associação, podendo, ainda, ser utilizada não apenas contra os inimigos da democracia, como também contra grupos sociais minoritários.⁴⁸

Com a eleição de Jair Bolsonaro à Presidência da República, o Brasil passou a despertar o interesse desse campo de estudo. Desde então, o debate sobre a democracia militante floresceu no país, muito impulsionado pela menção a ela nos votos dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes na ADPF n. 572,⁴⁹ como instrumental teórico supostamente apto a fazer frente à ameaça autoritária representada pelo governo Bolsonaro.⁵⁰

⁴⁶ Para um mapeamento desse novo campo de estudo, cf. DALY, Tom Gerald. *Democratic Decay: Conceptualizing an Emerging Research Field*. **Hague Journal on the Rule of Law**, v. 11, n. 1, p. 9-36, abr. 2019. Para uma crítica, cf. MOREIRA, Marcelo Sevyabricker. Democracias no século XXI: causas, sintomas e estratégias para superar. *Lua Nova*, São Paulo, vol. 111, p. 11-49, 2020.

⁴⁷ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *Democratic Erosion and Militant Democracy*, **International Journal of Constitutional Law Blog**, 18/10/2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/10/democratic-erosion-and-militant-democracy>. Acesso em: 10 jul. 2024.

⁴⁸ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018, p. 170-172.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 572. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em: 18/06/2020. DJe: 07/05/2021, p. 51; p. 268.

⁵⁰ Para uma crítica ao manejo da democracia militante pelo Supremo Tribunal Federal, cf. MEGALI NETO, Almir; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A democracia constitucional entre militantes contra a democracia e a democracia militante, *Empório do Direito*, 07/12/2022. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-democracia-constitucional-entre-militantes-contra-a-democracia-e-a-democracia-militante>. Acesso em: 10 jul. 2024; MEGALI NETO, Almir; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A democracia constitucional: considerações sobre um recente artigo de Paulo Sérgio Pinheiro, **A terra é redonda**, 15/12/2022. Disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/a-democracia-constitucional/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

João Gabriel Madeira Pontes e Daniel Sarmento, por exemplo, refletindo sobre a possibilidade de responsabilização do parlamentar que abusar da imunidade material, sustentam que, “no Brasil, o princípio da democracia militante também pode ser extraído da Constituição de 1988, cuja narrativa estruturante está ancorada na recusa da ditadura civil-militar e na construção de uma sociedade comprometida com a promoção de liberdade e de igualdade para todos”.⁵¹ Temendo o risco arbitrariedades e de violação a direitos, os autores ponderam que “a relativização da imunidade material, com a finalidade de preservação dos valores democráticos, só pode ocorrer em hipóteses realmente excepcionais – ou em ‘situações-limite’”, sendo imprescindível o “respeito às formalidades e às salvaguardas processuais, seja no âmbito político-administrativo, seja no âmbito judicial”.⁵²

À luz da Constituição de 1988, João Gabriel Madeira Pontes apresenta qual seria o âmbito de proteção da democracia militante no Brasil. Para o autor, a democracia militante visaria proteger o sufrágio ativo, garantir o pluripartidarismo, tutelar a liberdade de expressão, defender a igualdade formal, coibir atos de violência e discursos de ódio e garantir a separação de poderes.⁵³

Interessantemente, ao contrário de Karl Loewenstein, que defendia o uso da democracia militante nas vias políticas e legislativas, João Gabriel Madeira Pontes defende que a aplicação das medidas da democracia militante deveria ser feita, em regra, pelo Poder Judiciário, observadas as garantias processuais. Segundo o autor:

[...] não parece sensato apartar os mecanismos de autodefesa democrática do controle exercido pelo Poder Judiciário mediante provocação prévia. Longe disso, deve-se garantir que a aplicação de medidas de caráter militante ocorra, via de regra, no âmbito de um processo em curso, ou, ao menos, que possa ser submetida à revisão posterior por órgão dotado de competência judicante. Não se pode admitir que os mecanismos de proteção da democracia sejam operados de maneira antidemocrática, por atos unilaterais insindicáveis, sob pena de se deslegitimar o instituto como um todo. A incidência concreta da teoria da democracia militante implica restrições muito graves a direitos políticos básicos e, por isso, não se pode deixar de sujeitá-la à observância de importantes formalidades processuais [...].⁵⁴

Dessa forma, João Gabriel Madeira Pontes, apropria-se do conceito originalmente cunhado por Karl Loewenstein, e opera uma dupla mudança. Em primeiro lugar, ao pontuar que a democracia militante deveria ser instrumental teórico a ser manejado pelo Poder Judiciário no exercício ordinário de suas funções mediante o respeito às formalidades processuais e não uma mera técnica política e legislativa. Em segundo lugar, ao sustentar que no exercício da democracia militante dever-se-iam observar as garantias processuais fundamentais, bem como os direitos dos acusados, enquanto a formulação original de Loewenstein recomendava, justamente, seu abandono, responsabilizando-as, inclusive, pela ascensão do fascismo na Europa.

⁵¹ SARMENTO, Daniel; PONTES, Gabriel Madeira. Democracia militante e imunidade material dos parlamentares: limites constitucionais aos discursos de deputados e senadores. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 47, n. 149, p. 74-75, dez. 2020.

⁵² SARMENTO, Daniel; PONTES, Gabriel Madeira. Democracia militante e imunidade material dos parlamentares: limites constitucionais aos discursos de deputados e senadores. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 47, n. 149, p. 87, dez. 2020.

⁵³ PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p. 206-207.

⁵⁴ PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p. 167.

Em leitura semelhante, Oscar Vilhena Vieira afirma que, em face das investidas autoritárias do governo Jair Bolsonaro à Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal assumiu uma postura militante na defesa da democracia brasileira. Vale destacar que, para o autor, teria havido uma evolução na doutrina da democracia militante, pois após a Segunda Guerra Mundial as constituições democráticas passaram a contar com mecanismos de autoproteção. Esses mecanismos foram classificados pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão como exemplos da doutrina da democracia combatente ao dissolver partidos políticos ideologicamente contrários à democracia liberal.⁵⁵

Segundo o autor, atualmente não sealaria em democracia militante nem em democracia combatente, mas em democracia defensiva, que se aproveitaria, contudo, da obra loewenstaniana e da jurisprudência constitucional alemã. Em comum, ter-se-ia a preocupação de proteger a democracia da ação de grupos políticos extremistas. Ao analisar o caso brasileiro, Oscar Vilhena Vieira defende ser “impossível negar a natureza defensiva da nossa Constituição, bem como a existência de mecanismos da chamada caixa de ferramenta proposta pela ‘democracia militante’”.⁵⁶

O autor conclui que a edição da legislação protetiva ao Estado de Democrático de Direito no Brasil exigiria uma postura institucional militante do Poder Judiciário e do Ministério Público na defesa da democracia, compreendendo por postura institucional militante “um comportamento ativo e contundente do Judiciário na defesa da democracia, extraíndo o maior potencial protetivo possível de suas competências e das normas legais e constitucionais de defesa da democracia”.⁵⁷ Teria sido exatamente esse o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal à medida que subia o tom da ameaça autoritária do governo Jair Bolsonaro.⁵⁸

Embora rejeite as formulações teóricas originais de Karl Loewenstein acerca da democracia militante, é possível dizer que Oscar Vilhena Vieira continua a refletir sob bases loewenstanianas. Isso porque, para o autor, na origem da chamada democracia defensiva estaria “a caixa de ferramenta” da democracia militante. Ao atribuir o exercício dessa função ao Supremo Tribunal Federal, no entanto, Oscar Vilhena Vieira não possui a mesma preocupação de João Gabriel Madeira Pontes de salvaguardar garantias processuais e direitos fundamentais, sob o fundamento de que, por ser defensiva, a Constituição de 1988 não abriria margem para contestação da postura militante. Senão, veja-se:

Sua natureza defensiva [Constituição de 1988] não deixa espaço para se contestar tanto a legitimidade de criminalização de determinadas condutas antidemocráticas, com a necessária restrição de direitos, quanto uma autorização para que órgãos como o Supremo Tribunal Federal e o Ministério Público assumam uma postura “militante” na defesa da democracia.⁵⁹

Tarsila Ribeiro Marques Fernandes sustenta que a democracia defensiva, também chamada democracia de resistência, teria a mesma racionalidade da democracia militante. Ambas teriam

⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a defesa da democracia no Brasil. *Journal of Democracy em Português*, v. 12, n. 1, p. 15-18, jun. 2023.

⁵⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a defesa da democracia no Brasil. *Journal of Democracy em Português*, v. 12, n. 1, p. 22-23, jun. 2023.

⁵⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a defesa da democracia no Brasil. *Journal of Democracy em Português*, v. 12, n. 1, p. 24, jun. 2023.

⁵⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a defesa da democracia no Brasil. *Journal of Democracy em Português*, v. 12, n. 1, p. 31-48, jun. 2023.

⁵⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a defesa da democracia no Brasil. *Journal of Democracy em Português*, v. 12, n. 1, p. 24, jun. 2023.

como objetivo impedir a ascensão de grupos políticos antidemocráticos. Contudo, a democracia defensiva ou de resistência seria mais ampla do que a democracia militante. Ela não se limitaria a excluir partidos políticos do processo democrático, mas abrangeria qualquer situação que coloque em risco a normalidade democrática. Além disso, os termos “defensiva” e “resistência” exprimiriam melhor a ideia do conceito de democracia militante e retirariam os vestígios de uma suposta marca ideológica. Segundo a autora:

Seguindo a mesma racionalidade da democracia de militância, a teoria da democracia de resistência também foi desenvolvida para impedir que grupos extremistas, situações indesejadas ou momentos de instabilidade institucional afetem o regular funcionamento da democracia. Apesar de terem a mesma origem, a teoria da democracia defensiva diferencia-se da democracia de militância por ser mais ampla. Vale dizer, a democracia de militância foi criada e desenvolvida para lidar com uma situação específica: a questão da exclusão de partidos ou de grupos políticos totalitários do processo democrático. A democracia defensiva, entretanto, visa impedir que vulnerem a própria democracia quaisquer situações ou grupos que afetem a normalidade democrática.

Ademais, as expressões *democracia defensiva* ou *democracia de resistência* parecem ser igualmente mais adequadas e condizentes com o que essa teoria reflete. Isto é, uma atuação reativa em prol da democracia em virtude de um ataque às instituições. Acrescente-se ainda que o termo “democracia militante” parece conter um viés ideológico, o qual não corresponde à ideia de legítima defesa da ordem democrática, objetivo maior da democracia defensiva. Por essas razões, defende-se que se deve utilizar o termo *democracia defensiva* ou *democracia de resistência* em vez de *democracia militante*.⁶⁰

Assim como João Gabriel Madeira Pontes e Oscar Vilhena Vieira, Tarsila Ribeiro Marques Fernandes sustenta a possibilidade de a democracia defensiva ou de resistência ser manejada pelo Poder Judiciário,⁶¹ demonstrando que, também para ela, a teoria não se restringiria a um método político e legislativo de combate ao autoritarismo.

CONCLUSÃO

De plano, verifica-se que, para Karl Loewenstein, a democracia militante seria uma técnica de governo a ser manejada nas vias política e legislativa para autoproteção democrática em face de investidas autoritárias. Em nenhum momento o autor atribui aos órgãos do Poder Judiciário qualquer tarefa nesse sentido, muito menos exige dos órgãos que compõem o sistema de justiça uma espécie de postura militante. Basta ter em vista os exemplos citados pelo autor de medidas militantes implantadas na Europa durante a década de 1930 para barrar o avanço das forças fascistas no continente: a união entre partidos democráticos para conter que extremistas chegassem e se mantivessem no poder e a edição de medidas legislativas restritivas à liberdade de organização e de manifestação desses grupos.

Em segundo lugar, verifica-se que a distinção entre autocracias e democracias cunhada por Karl Loewenstein a partir do caráter emocional das primeiras e do caráter racional das segundas se dilui ao longo da construção do conceito de democracia militante. Isso porque, como visto, em determinados momentos, o autor sustenta que o principal elemento para a resistência democrática ao

⁶⁰ FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 58, n. 230, p. 138, abr. – jun. 2021.

⁶¹ FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 58, n. 230, p. 141-144, abr. – jun. 2021.

fascismo seria um sentimento de autopreservação, uma espécie de vontade indomável de sobreviver. Da sua perspectiva, as exigências do estado de direito e a observância de direitos fundamentais seriam empecilhos que impediriam a reação democrática ou meros escrúpulos que deveriam ceder face aos métodos da democracia militante. O autor sequer se preocupa em dizer que, sob determinadas circunstâncias, a democracia deveria se tornar autoritária, suspendendo direitos e garantias fundamentais para proteger a si mesma, mesmo sem expressa previsão constitucional.

Logo, de forma paradoxal, a defesa da democracia exigiria o abandono dos rigores constitucionais, ainda que temporariamente. Não à toa, Karl Loewenstein equipara a democracia militante ao estado de sítio, contudo, não previsto constitucionalmente, reforçando, inclusive, que o seu manejo estaria indisponível aos tribunais. Torna-se preciso, então, estar atento ao fato de que, a partir dessa chave de leitura, a democracia constitucional supostamente seria incapaz de se autoprotger, tendo como única alternativa abandonar os seus próprios pressupostos de funcionamento. Dessa maneira, é questionável até que ponto a preservação da democracia sob tais bases conceituais seria compatível com uma Constituição como a brasileira de 1988, mesmo que se prefira denominar uma tal prática de democracia defensiva ou de resistência e não mais militante. Muda-se o nome, mas os problemas permanecem.

Torna-se difícil compreender como seria possível aos órgãos do Poder Judiciário valerem-se de um instrumental teórico alicerçado sob o pressuposto da necessidade de abandono das formalidades e das garantias constitucionais para salvar a democracia. Em tal hipótese, a jurisdição constitucional estaria autorizada a atuar inconstitucionalmente para supostamente salvar a democracia? Declarar-se-ia a inconstitucionalidade de práticas políticas autoritárias, valendo-se de técnicas igualmente inconstitucionais? Qual seria o fundamento de legitimidade para uma atuação jurisdicional em termos militantes? A própria falência da democracia constitucional? Para se salvar, a democracia constitucional realmente precisaria se tornar militante ou autoritária? Em sendo este o caso, já não se teria abandonado os próprios fundamentos daquilo que se pretende proteger?

À luz do caso concreto do chamado Inquérito das *Fake News*, cuja constitucionalidade foi questionada pelo Partido Rede Sustentabilidade no bojo da ADPF n. 572, o Supremo Tribunal Federal, tal como sustentaram os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, ao ter editado a Portaria n. 69/2019, teria adotado um mecanismo de democracia militante, portanto, excepcional e contrário às formalidades e às garantias fundamentais, e, ao mesmo tempo, reconhecido a sua compatibilidade com a Constituição de 1988?

Curiosamente, anos depois, Karl Loewenstein reforça o apagamento da distinção entre governo constitucional e governo emocional a partir daquilo que denominou em sua *Teoría de la Constitución* de “sentimento constitucional”, como elemento necessário para a permanência de uma constituição democrática. Por sentimento constitucional, o autor compreende fenômenos psicológicos e sociais, que transcenderiam o pluralismo constitutivo das sociedades democráticas e permitiriam a convergência dos mais diversos grupos políticos em torno de uma ordem comunitária comum, sendo, ainda, amplamente dependente de fatores irracionais.⁶² Novamente, portanto, é possível identificar, ainda que em momento distinto, uma mitigação da distinção entre democracias e autocracias no interior da obra loewenstaniana, tendo como critério o caráter racional das primeiras e o caráter emocional das segundas.

⁶² LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 199-205.

Em terceiro lugar, é equivocado pressupor a existência de um conflito entre práticas autoritárias e o respeito aos direitos e garantias fundamentais no interior de uma ordem constitucional democrática. Ora, esse conflito sequer existe, pois é preciso distinguir condutas lícitas de condutas ilícitas. O exercício abusivo de direitos e garantias fundamentais não é equiparável ao exercício regular de direito. Nesse sentido, é errado dizer que há poderes implícitos a uma constituição democrática para a suspensão de direitos e garantias fundamentais, pois essas hipóteses, com os seus respectivos procedimentos, devem estar previamente estabelecidas no texto constitucional. Segundo Lenio Luiz Streck:

O ponto é que uma concepção responsável de direito e democracia dispõe que direitos subvertidos já não mais [são] direitos. Quem abusa de um direito em abstrato não está mais agindo *dentro do direito e para o direito*, isto é, agindo democraticamente. Logo, abuso de direito já não é direito propriamente dito. Em outras palavras, não há nenhum direito sendo sacrificado quando na defesa da democracia se faz a diferença, por um lado, entre liberdade de expressão e de manifestação, e discurso de ódio, de incitação à violência ou em favor da ruptura com a democracia, de outro. **Ataques à democracia não configuram liberdade de expressão.** Simples assim.⁶³

Ao coibir o abuso de direito, o Poder Judiciário não exorbita as funções que constitucionalmente lhe são atribuídas. As constituições democráticas elaboradas após a Segunda Guerra Mundial são expressão de um inegável aprendizado, pois contam em seus textos com mecanismos que permitem protegê-las dos horrores do fascismo e do nazismo. Esses mecanismos podem até ser incapazes de assegurar a permanência da democracia, mas ao serem utilizados pela jurisdição constitucional nas exatas hipóteses em que previstos não consubstanciam o exercício de competências excepcionais. Como sustenta Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “a Jurisdição Constitucional não tem, portanto, que buscar sua legitimidade em condições excepcionais. Ela pode permanecer no quadro de sua autoridade para aplicar o Direito, na certeza de que o processo democrático, que ela deve proteger, não precisa ser descrito como um estado de exceção”.⁶⁴

Por fim, o apelo ao uso de poderes excepcionais para garantia de uma constituição democrática revela uma profunda contradição performativa, pois nega a legalidade a que visa proteger, como se a defesa da institucionalidade vigente exigisse o rompimento com as formas preestabelecidas e com os procedimentos fixados. Para dizer com Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, para defender a si mesma, basta que a democracia seja constitucional.⁶⁵ Assim como o fogo não se combate com o fogo, autoritarismo não se combate com autoritarismo. Se se entende por democracia constitucional um regime no qual estão assegurados o estado de direito e uma esfera de proteção dos direitos e garantias fundamentais, então, os métodos da democracia militante sugerem que se abandone justamente a racionalidade da atuação estatal, fazendo com que uma

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. As críticas de Gandra ao STF e a história do crocodilo debaixo da cama, **Conjur**, 01/12/2022 (grifo nosso). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-01/senso-incomum-criticas-gandra-historia-crocodilo-debaixo-cama/>. Acesso em: 10 jul. 2024. (Destaques do original).

⁶⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 131.

⁶⁵ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A democracia que defende a si mesma, **O Povo**, [s. l.], 13/12/2022. Disponível em: <https://mais.opovo.com.br/colunistas/martonio-montalverne/2022/12/13/a-democracia-que-defende-a-si-mesma.html>. Acesso em: 10 jul. 2024.

constituição deixe de representar a garantia dos governados em face dos governantes. Tal como defende Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira,

Essa própria enunciação é negada em si mesma, porque nega, paradoxalmente, aquela própria “constituição” que ela, supostamente, teria adotado: a instrumentalização ou abuso da semântica constitucional expressa a própria falta de limites jurídicos ao funcionamento do regime que, ao mesmo tempo, não pode prescindir de uma “constituição”, como referência normativa ou instância de legitimação, para poder funcionar;⁶⁶

Há uma crença popular segundo a qual escorpiões cometeriam suicídio quando cercados por fogo, picando a si mesmos como forma de abreviar seu sofrimento. Contudo, sabe-se que, diante de tais situações, em virtude do forte calor, o animal perde o controle sobre a sua calda dando a impressão de que tenta a todo custo lançar o ferrão sobre si mesmo, sendo a sua morte causada, na verdade, pela desidratação decorrente da elevada temperatura a que submetido. O mesmo pode ser dito em relação à democracia militante: há uma crença de que para proteger a democracia de ameaças autoritárias seria necessário sacrificar os pressupostos de funcionamento da democracia constitucional. Contudo, não é o abandono das exigências normativas de um regime democrático que o mantém em vigor, mas, ao contrário, o seu reforço. Nesse sentido, concordando com Lenio Luiz Streck, “entre a democracia militante e a militância contra a democracia, não prefiro nenhuma. Trata-se de um falso dilema. **Entre essas alternativas temos de ser a favor é da democracia constitucional.** Porque as constituições não são pactos suicidas”.⁶⁷

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. W. **Estudos sobre a personalidade autoritária**. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Lorrany Gandra de Oliveira. A importância da obra *Brazil under Vargas* de Karl Loewenstein e sua recepção nos Estados Unidos da América. In: SILVA, Adriana Campos; ALVES, Adamo Dias. (orgs.). **Estudos de história constitucional e direito político**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021, p. 43-77.

BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A tentativa do putsch bolsonarista: o 08 jan. 2023 visto por uma teoria constitucional a serviço do estado democrático de direito, **Empório do Direito**, 16 jan. 2023. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-tentativa-do-putsch-bolsonarista-o-08-de-janeiro-de-2023-visto-por-uma-teoria-constitucional-a-servico-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em 10 jul. 2024.

BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O paradoxo dos paradoxos processuais?, **Conjur**, 01/03/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/bacha-cattoni-paradoxos-paradoxos-processuais/>. Acesso em 10 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 572. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em: 18/06/2020. DJe: 07 maio 2021. Disponível em: <https://internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/04/paginador.jsp-8.pdf>. Acesso em 10 jul. 2024

⁶⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2023, p. 87.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. As críticas de Gandra ao STF e a história do crocodilo debaixo da cama. **Conjur**, 01/12/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-01/senso-incomum-criticas-gandra-historia-crocodilo-debaixo-cama/>. Acesso em: 10 jul. 2024. (Destaques do original).

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional**: escritos selecionados. Vol. 1. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2020.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2023.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DALY, Tom Gerald. Democratic Decay: Conceptualizing an Emerging Research Field. **Hague Journal on the Rule of Law**, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 9-36, abr. 2019.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vl. 58, n. 230, p. 133-147, abr. – jun. 2021.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. Democratic Erosion and Militant Democracy, **International Journal of Constitutional Law Blog**, [s. l.], 18 out. 2018. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/news/tom-ginsburg-and-aziz-huq-democratic-erosion-and-militant-democracy>. Acesso em: 10 jul. 2024.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018, p. 170-172.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A democracia que defende a si mesma, **O Povo**, [s. l.], 13 dez. 2022. Disponível em: <https://mais.opovo.com.br/colunistas/martonio-montalverne/2022/12/13/a-democracia-que-defende-a-si-mesma.html>. Acesso em: 10 jul. 2024.

LOEWENSTEIN, Karl. Amherst College Archives & Special Collection. **Karl Loewenstein Papers**, [s. l.], [2024]. Disponível em: <https://archivesspace.amherst.edu/repositories/2/resources/202>. Acesso em: 10 jul. 2024.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

LOEWENSTEIN, Karl. Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions. **Revue Française de Science Politique**, [s. l.], n. 1, p. 5-23, 1952.

LOEWENSTEIN, Karl. Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions (Fin). **Revue Française de Science Politique**, [s. l.], n. 2, p. 312-334, 1952.

LOEWENSTEIN, Karl. Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age in ZURCHER, Arnold J. (ed.). **Constitutions and Constitutional Trends since World War II. An Examination of Significant Aspects of Postwar Public Law with Particular Reference to the New Constitutions of Western Europe**. New York: New York University Press, 1951, p. 191-224.

- LOEWENSTEIN, Karl. **Political Reconstruction**. New York: The Macmillan Company, 1946.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas**. New York: The Macmillan Company, 1942.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Hitler's Germany: The Nazi Background to War**. New York: The Macmillan Company, 1939.
- LOEWENSTEIN, Karl. Dictatorship and the German Constitution: 1933-1937. **The University of Chicago Law Review**, [s. l.], v. 4, n. 4, p. 537-574, 1937.
- LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights I. **The American Political Science Review**, [s. l.], v. 31, n. 3, p. 417-432, jun., 1937.
- LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights II. **The American Political Science Review**, [s. l.], v. 31, n. 4, p. 638-658, ago. 1937.
- LOEWENSTEIN, Karl. Law in the Third Reich. **Yale Law Journal**, [s. l.], v. 45, n. 5, p. 779-815, 1936.
- LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I. **The American Political Science Review**, [s. l.], v. 29, n. 4, p. 571-593, ago. 1935.
- LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe II, **The American Political Science Review**, [s. l.], v. 29, n. 5, p. 755-784, oct. 1935.
- MEGALI NETO, Almir; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A democracia constitucional: considerações sobre um recente artigo de Paulo Sérgio Pinheiro. **A terra é redonda**, [s. l.], 15 dez. 2022. Disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/a-democracia-constitucional/>. Acesso em: 10 jul. 2024.
- MEGALI NETO, Almir; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A democracia constitucional entre militantes contra a democracia e a democracia militante. **Empório do Direito**, [s. l.], 07 dez. 2022. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-democracia-constitucional-entre-militantes-contr-a-democracia-e-a-democracia-militante>. Acesso em: 10 jul. 2024.
- MEGALI NETO, Almir; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Orçamento secreto e Supremo Tribunal Federal. **Empório do Direito**, [s. l.], 06 dez. 2022. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/orcamento-secreto-e-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 10 jul. 2024.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. **Constitutional Erosion in Brazil**. Oxford: Hart Publishing, 2021.
- MOREIRA, Marcelo Sevaybricker. Democracias no século XXI: causas, sintomas e estratégias para superar. **Lua Nova**, São Paulo, v. 111, p. 11-49, 2020.
- PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.
- SARMENTO, Daniel; PONTES, Gabriel Madeira. Democracia militante e imunidade material dos parlamentares: limites constitucionais aos discursos de deputados e senadores. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 47, n. 149, p. 74-75, dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. As críticas de Gandra ao STF e a história do crocodilo debaixo da cama, **Conjur**, [s. l.], 01 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-01/senso-incomum-criticas-gandra-historia-crocodilo-debaixo-cama/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

STRECK, Lenio Luiz; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Inquérito judicial do STF: o MP como parte ou “juiz das garantias”? **Conjur**, [s. l.], 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/opinioao-inquerito-stf-mp-parte-ou-juiz-garantias/>. Acesso em 10 jul. 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a defesa da democracia no Brasil. **Journal of Democracy em Português**, [s. l.], v. 12, n. 1, p. 7-55, jun. 2023.



MILITANT DEMOCRACIES AND CHILLING EFFECTS: SHOULD THERE BE A CONCERN?

Enrico Lentini Gibotti¹
Lucas Catib de Laurentiis²
Carlo José Napolitano³

ABSTRACT

Democracy is seen by international law as the cornerstone of any modern nation. Not only the implementation but future maintenance of this form of government can be equally understood as being of the utmost importance. From this very assumption, doubts regarding the possible mechanisms that may be applied to protect such *status quo* arise. Is it justifiable to hinder rights such as freedom of speech or assembly, rights understood as inherently attached to democracy, as a way to defend it from anti-democratic acts? If yes, is it acceptable for a democracy to bear the constant chilling effect that arises from these forms of democratic protection? Does militancy provoke worrying chilling effects? This article, based on literature review and documentary analysis, aims to explore this defensive behavior of democracy, understood as militant democracies, and the potential side-effect of discouraging citizens' political participation due to the unpredictability of *de facto* situations in which specific expression is undue. The first step offers to examine the theoretical framework of academic study militant democracy. The second step consists of disclosing the chilling effect and its direct influence within democracies. Lastly, a general assessment regarding that militant behavior may be a catalyst for political rights inhibition is discussed. Considering that their actions are analogous to authoritarian governments, the article concludes that militant democracies tend to, theoretically, suppress political participation from citizens allocated at the opposite spectrum of the incumbent power holders. However, reasons for this may not be mostly due to institutional provisions such as law and statutes, but from actual social dynamics and behaviors which, although linked to the law *status quo*, may be secondary a power play.

KEYWORDS: Democracy. Militant democracies. Freedom of speech. Chilling effect. Political participation.

DEMOCRACIAS MILITANTES Y LOS EFECTOS INTIMIDATORIOS: ¿DEBERÍA HABER UNA PREOCUPACIÓN?

RESUMEN

La democracia es vista por el derecho internacional como la piedra angular de cualquier nación moderna. No solo la implementación, sino también el mantenimiento futuro de este tipo de gobierno puede entenderse igualmente como de suma importancia. A partir de esta premisa, surgen dudas sobre los posibles mecanismos que pueden aplicarse para proteger este status quo. ¿Es justificable restringir derechos como la libertad de expresión o de reunión, derechos entendidos como inherentemente ligados a la democracia, como forma de defenderla de actos antidemocráticos?

¹ Pontificia Universidade Católica de Campinas, Campinas, São Paulo, Brasil, <https://orcid.org/0009-0003-5969-6276>

² Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo, SP, Brasil, <https://orcid.org/0000-0001-5596-6695>

³ Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Arquitetura Artes e Comunicação de Bauru, Bauru, São Paulo, Brasil, <https://orcid.org/0000-0002-6328-6398>

Si es así, ¿es aceptable que una democracia soporte el constante efecto intimidatorio que surge de estas formas de protección democrática? ¿Provoca la militancia efectos intimidatorios preocupantes? Este artículo, basado en revisión bibliográfica y análisis documental, tiene como objetivo explorar este comportamiento defensivo de la democracia, comprendido como democracias militantes, y el potencial efecto secundario de desalentar la participación política de los ciudadanos debido a la imprevisibilidad de situaciones reales en las que expresiones específicas se consideran indebidas. En un primer momento se examina el marco teórico del estudio académico sobre democracia militante. En segundo se estudia el efecto intimidatorio y su influencia directa dentro de las democracias. Por último, se discute si el comportamiento militante puede ser un catalizador para la inhibición de los derechos políticos. Considerando que sus acciones son análogas a los gobiernos autoritarios, el artículo concluye que las democracias militantes tienden, teóricamente, a suprimir la participación política de los ciudadanos ubicados en el espectro opuesto a los titulares del poder incumbente. Sin embargo, las razones para esto pueden no deberse principalmente a disposiciones institucionales como leyes y estatutos, sino a dinámicas sociales y comportamentales reales que, aunque están vinculadas al status quo legal, pueden ser secundarias en los juegos de poder.

PALABRAS-CLAVE: Democracia. Democracias militantes. Libertad de expresión. Efecto intimidatorio. Participación política.

INTRODUCTION

Democracy is considered by many scholars, politicians, and citizens as the best political regime. An achievement to be celebrated by countries. Even if such can be considered an effective accomplishment, it becomes problematic not to acknowledge the flaws that come along with this form of government. Departing from a very singular and initial point, it can be said that one of democracy's biggest issues is its moral prepotency. Democrats have assumed that such a form of government is not only unpaired but necessarily better and self-sufficient in a way that, whichever may be the issue a democracy has to face, the institutions, the law, the courts, and the constitution have all the necessary tools to handle the distress. This has arguably not been the case a century before, as it still isn't today. Democracy does seem to bear a wider range of issues to deal with since it tends to embrace a greater variety of people as legitimate participants within public discussions and political spheres.

By qualitatively and quantitatively increasing participation a larger spectrum of ideologies, opinions, and preferences tend to be developed within the public sphere and they consequently take part as new variables in the formation of public opinion. However, between this highly heterogeneous mass of political discussion, some ideas appear to be at odds with the very democratic premise that allows them to engage in such discussions. Someone even blatantly state its hostility toward democracy as a whole or, at least, how it is being conducted. What then stems from this scenario is how to deal with these ideas from a theoretical and pragmatic perspective. Should people who present a threat to democracy have the same extension of political rights as those who abide by its rules?

Assuming that democracy stands on rights such as freedom of speech, assembly, and press, it is not far-fetched to say that there is no democracy without the manifestation of ideas. But such ideas are bound to enter into conflict to a greater or lesser extent. Nonetheless, conflict should not be seen as problematic, as long as it stays within an unarmful specter of interplay. However, what happens then when the manifestation of particulars, social groups, and political parties, even under the protection of individual liberties, tend to harm democratic structures? Is

right or left-wing extremist expression allowed to be delivered without any form of institutional obstacles? What are the consequences of allowing such behavior? Can these extremist expressions be possibly hindered under the scope of democratic protection?

Considering the possible answers to this debate, different problems must be faced. The article leans on the hypothesis of the positive answer. By acknowledging the possibility of curbing rights as an alternative for democratic protection, citizens may be pervaded by the so-called “chilling effect”. This phenomenon may be broadly defined as the inhibition of the exercise of fundamental rights by their very holders deriving from a sense of fear that their actions are possibly deemed undue or even illegal. Such concern is normally linked to unclear standards of illegality and also potentially *ad hoc* behavior from the political leaders. In this case, is it preferable to leave democracy with minimum protective barriers or to increase them at the cost of an undesired phenomenon such as the chilling effect? Does militant democracy entail a more preoccupying framework with which scholars should pay more attention?

The division employed within this research, based on literature review and documentary analysis, can be seen in three different steps. The first consists of disclosing the academic study of militant democracies with an emphasis on theory. Secondly, the concept of chilling effect and its influences within the exercises of political rights, more specifically, regarding freedom of speech. Third and last, a theoretical exercise aiming to relate the adoption of militant behavior and the intensification of the chilling effect is undertaken. The article concludes that militant democracies tend to, theoretically, suppress political participation from citizens allocated at the opposite spectrum of the incumbent power holders. However, reasons for this may not be mostly due to institutional provisions such as law and statutes, but from actual social dynamics and behaviors which, although linked to the law *status quo*, may be secondary a power play.

1. MILITANT DEMOCRACY: A DEFENSIVE STANCE

The academic study of militant democracies has been developed among the studies of Political Science and Constitutional scholars for less than one hundred years. The work responsible for coining the term of this literature is *Militant Democracies and Fundamental Rights I*, wrote by Karl Loewenstein (1937). In the first half of the 1900s the author recognized that when democracy faces, mostly but not only, political mobilization that threatens its existence, it is expected for its pillars to be left aside to articulate proper defensive mechanisms aiming for its maintenance. Proper response, in such cases, is expected from the legislative through preventive legislation. By the executive pushing back the threat by a decree. Finally, the judiciary may rule under constitutional guarantees. However these measures tend to result in the abridgment of rights, thus giving rise to the so-called democratic dilemma: should democracy be defended through a rights-curbing approach?

By presenting his statement about the necessity of preserving democracy, Loewenstein had a very clear purpose of confronting fascism and its preoccupying spread within fragile governments. His worries were grounded on the Republic of Weimar episode and its demise. This case is of particular importance not only because the events that took place in Weimar had global implications, but because it is quite representative of the issue being discussed here. All the proceedings regarding Hitler’s rise to the Chancellor’s chair were, technically, allowed within the constitutional framework of the republic. A far-right politician who aimed

to eradicate left-wing opposition within the state was permitted to do so because it did not break any democratic rules. Such an outcome had political grounds since it constituted a pragmatic move to enable the existing parliamentary deadlock. However, he did also lean on a high tolerance behavior of democrats that did permit such maneuver to be undertaken. The Rule of Law indeed prevailed during the rise of the National Socialist German Workers Party (Nazi Party), and even though democrats did have issues with the potential of the ideology that was being taken at the highest State position, to interfere within the trajectory in non-legal ways was a rough alternative that would put into question the entitlement of democracy.

At the same time, just watching as a democracy shifts to an authoritarian government does not appear to be compatible with the democratic theory by which every person must be conceived as a participant and potential influencer of public opinion. The very first question that can be asked is simple, however, considerably intricate: is there something that can be done to prevent this political rearrangement from happening? In other words, theoretically and pragmatically, is there a conflict in intervening within a democratically attained result if this outcome tends to eradicate the conditions that enabled this very decision to be made?

To answer these questions, efforts aimed to understand the role of democratic institutions before self-announced and unannounced threats started to take place. The initial premise consists of understanding the legitimacy of democracy defending itself. Standing on the importance of democracy as the most suitable political system, its defense should be only a natural step toward its maintenance. But to permit the intervention from State institutions within the public opinion formation sphere is itself a movement that goes in contrasting ways with the liberal democracy model which is considered to be the axiom of international standards (Ikenberry, 1999). A considerable obstacle is then positioned before the academic study of militant democracies but there are some paths that permit the aforementioned direct intervention in the political sphere without being directly confronting liberal democracy premisses (Kurki, 2010; Posner, 2017).

A first step in understanding which alternatives may be utilized to defend democracy begins with elucidating the path to be taken and permit further discussion about its repercussions. Based on Loewenstein's assessment, different measures could be taken to prevent fascist leaders from obtaining any possible legal power that would allow them to subvert democracy: (a) enable concentrated power for the executive; (b) utilize power grounded on the premise of emergency; and (c) curb freedoms through *ad hoc* legislation that would permit rights such as freedom of speech to be hindered for specific cases and people (Capoccia, 2013). More specifically, both (a) and (b) can be sorted together since a blatant unbalance within the system of checks and balances arises if disproportionate power is left to the head of the executive without considering particular circumstances that a state of emergency may be responsible for offering (Reinolds, 2017). Thus, it is possible to understand Lowenstein's defensive stance as being two-front: legal and political. Legal because it stems from the utilization of law, whether *ad hoc* or not, to hinder preemptively or *ex post facto* perilous movements against democracy. Politically because, although law itself is already essentially political, judicialization of rights restriction tends to be considerable and it is not uncommon for these legal discussion to reach Constitutional Courts, which are political organs.

However, Loewenstein's assessment does not enter into details about the specificities that such defense tools must observe and neither their more specific ends. Sure, the greater scope is

democratic defense, but what institutions, what ideas, and what groups of people must be aimed by these measures is left pretty much unassessed by the author. Considering militant democracy approach being a newborn, the dearth of pragmatic approaches is comprehensible. Nevertheless, some authors try to offer a more detailed analysis of this subject. Capoccia (2005), for example, delineates four different approaches of democratic defense based on short and long-term reactions along with repressive or accommodative behavior to be better able to assess interwar European State performance regarding the protection of their democratic governments.

According to the author, a long run strategy of democratic defense would be the “Purge”. This alternative consist of eliminating the presence of extremist ideologies inside the governmental institutions by passing specific legislation aiming to reaffirm peoples’ loyalty to the government. One of the most acknowledged examples of the “Purge” is the *Berufsverbot* (“labor prohibition”), an official measure by which all public employees in West Germany should prove their loyalty not only to the State itself, but mostly to the liberal-democratic order. Considering that this measure requests a institutional path to be enacted, Capoccia understands it as better fitting in the a “long run” perspective. On the other hand, a shor term strategy would be the “Incorporation” by which the democratic incumbents partialy incorporate the extremist party, group, and individuals. This strategy aims to diminish the extremist force by engaging in direct conversation, negotiation and even concessions that, in the short run, help to ease inflammatory discourses and ideas deemed harmful to democracy. An attempt in implementing the “Incorporation” strategy may be seen in Czechoslovakia. The Czech State had, for a period of time, considerable more threats to factor in from the Communists than Fascists. However, when this scenario changed by the mid-late 1930s the Communist parties, still posing as a political problem, were to join other left wing parties to fight the opposing right-wing party. The desidered collaboration was not all effective, but the idea behind it was the incorporation.

Even though the alternatives are displayed and recognized as possible instruments for preserving democracy, it won’t be possible to assess them here in-depth or even thoroughly for each one of them bears peculiarities. However, what they have in common is the fact that they appear to stand on considerable uncertainty regarding factual premises and high political bets. Sure, enabling the President or the Prime Minister to hold “unlimited power” to back away from potential democratic threats may be teleologically understandable from a militant scope, but there is no actual guarantee that this behavior won’t be repeated in rather unlike controversial situations that may vary from when it was firstly utilized. Thus, even though mechanisms that at their very root may lack legal confirmation are utilized to maintain the democratic *status quo* and positive results are achieved, it isn’t a safe affirmative to say that history would simply repeat itself.

Belgium may be a fair example of that. From 1936 to 1939 the country faced severe democratic instability which, although the potential harm stored was higher than the actual damage caused, demonstrates how a series of factors apparently disconnected along with a party dynamic aimed at defending institutional integrity may be a very reasonable alternative to be adopted in times of turmoil. The extreme right-wing party, the Rexists, feasting on regular anti-system claims such as governmental corruption, collusion among political and economic groups, and public power inefficiency, tackled Belgian politics until already settled internal disputes within the country would reach the turning point of demanding a severe change of political alignment in the government. Accordingly, had it not been for borderline parties, direct executive activity, and *ad hoc* illegal

measures, perhaps the Rex Party would have obtained its desired place in politics (Capoccia, 2005).

The Belgian Catholic Party, considered at the time a borderline party, played a major role in avoiding the rise of the Rexists. Being one of the three biggest parties in Belgian Politics it also played the role of being an umbrella party, thus, it fostered a great variety of ideologies. The elected President, Hubert Pierot, although not alone, was responsible for assisting the internal reform of the party to better enable its functioning without permitting the party to abandon its former coalition with the Socialists and Liberals to form a new coalition with the Rex Party. Arguably, had that political affiliation been done, the outcome of avoiding the maturation of the extreme right-wing party could have been changed.

This assessment also needs to pay greater attention to the utilization of illegal measures to curb the Rex Party movement. The Belgian government advanced the 1936 election, which was expected to take place in October, to May 24th to destabilize the organizational movement from the Rexist. Degrelle, the leader of the party, was denied access to State Radio, a right granted to all political parties. Illegal mandates were issued against several party members and even home searches were undertaken. Apart of the anticipation of the elections, which had legal grounds and was accompanied by the Parliament regarding its legality, the remaining measures were often groundless and lacked any legal provisions. It is complex to say how important relying on these illegal alternatives influenced the outcome of the Belgian scenario, but they do appear to play a considerable role at least regarding the organization of the party.

Although all these facts are deeply troublesome, for the scope of this analysis the issue in which more emphasis will be applied is the *ad hoc* approach. The claim of engaging in democratic defense whilst incurring *ad hoc* behavior, be it by the legislative, the executive, or the judiciary, is quite complex. The measures themselves, even considering the theory from Loewenstein, do not need to be necessarily legal. Therefore, to enable *ad hoc* defensive measures to be undertaken is, to a certain extent, to permit a considerable range of issues to be solved considering the obtention of the desired results. If the elected ways to defend democracy end up being undemocratic, this does not mean that more would be lost if an authoritarian government substituted a democratic one. However, the measures for this maintenance are rather uncertain as the situations in which they are used are also of considerable imprecision.

These blurred scenarios along with the unclear extension of the application of the aforementioned possible instruments for democratic defense are some of the aspects that render drawbacks to militant democracy theory (Macklem, 2006). In fact, by standing on general premises, stricter application parameters do not appear within this theory. Militant democracy, thus, does not have a one-case-fits-all parameter and countries and regional systems have to develop their way of being militant. Each democracy may adopt better suitable alternatives for its problems which does indicate fluidity to its application, despite such inconsistency may draw backfire concerns (Müller, 2012).

It is not entirely clear whether some of the normally applied alternatives for democratic protection are effective. Party bans may be the most tangible example. The Batasuna party, from the Basque country, was prohibited from participating in the election for being connected with the ETA organization (Euskadi Ta Askatasuna/Basque Homeland and Freedom). The party was outlawed once in 2003 when it was entirely forbidden to participate in the elections that year. In 2007 the party was only partially allowed to run for the election, that is, it was banned in half of the

municipalities in the country. In 2011 the party had no bans to bear in the electoral run, however, since it had been virtually removed from the political frame for a considerable period the party's popularity and relevance as a political contender dropped remarkably. Nevertheless, other forms of political repression may backfire. Within repressive contexts, indiscriminate State violence, even when backed with legal provisions, tends to result in a loss of support from the electorate (Arenas, 2021)

Thus, how, when, and why the selected measures are applied also gives rise to open-ended debates. The German constitution in 1949 adopted a straightforward militancy. It states that the principles of its Constitution, such as the rejection of totalitarianism and democratic relativism, are not modifiable along with the undisputed liberal democratic order (Klamt, 2007). Such provisions find reasoning within the events of the Second World War and the aforementioned Weimar case. However, other countries across the world may find such provisions exaggerated (Heinze, 2009). India bans any political discourse made by parties or party members that stands on race, religion, caste, or any appeal to religious symbols since the country recognizes that it stands in a highly fractured society, where religion and its religious premises cannot be a factor of influence for political decisions (Issacharoff, 2015). May a specific party stand on specific minority exclusion as one of its policies, and democracy itself will, most likely, be undermined. Israel, similarly, bans political parties that reject democracy and the Jewish aspects of its State (Issacharoff, 2015). These examples demonstrate that particular elements that have been considered sensitive to a country's history tend to be fostered by militant conduct.

Not all answers for understanding the militant framework may lie in history, but it does shed some light on the subject. Legal-political historical events faced by countries or groups of countries have some important participation within the theory of militant democracy, since they may indicate what has constituted an enemy within a particular history (mostly extremist ideologies or groups within the political spectrum) and they also show reasons for defending itself, even though within a narrower point of view. Such premises indicate that historical events that have affected geographical or politically linked countries may produce similar effects on militant behavior shared by the aforementioned agents. Minimum and maximum thresholds of militancy could be alike, just as what constitutes a legitimate threat, and what enables the application of defensive mechanisms in situations in which democracy is not at threat.

History also provides considerable aid in different ways. Militant behavior has been mostly associated with an institutional responsibility, thus, leaving little to no participation for citizens. Although seemingly contradictory there are historical reasons for that. Militancy also accounts for populism, which is the mobilization of the electoral masses under general claims of state corruption and lack of representativity (Laclau, 2005; Eatwell, 2017) as a democratic pathology or even a symptom of unconsolidated democracies. The key point to enable populist leaders to act is the utilization of the electorate, therefore, to insert the population within the equation of democratic defense may result in the empowerment of those responsible for the problem in the first place. More contradictory is that not including the citizens as defenders of democracy may reinforce populism (Stahl; Popp-Madsen, 2022; Abts; Rummens, 2010; Accetti; Zuckerman, 2016).

Leaving much of the pressing affairs to be resolved by the State enhances the experience gained from constantly engaging in events that may trigger militancy by the government on a diminished scale. A ground judge deciding simple cases about the trespassing of political rights is accumulated until certain patterns can be recognized. This cluster of information, thoughts,

and even legal decisions (considering the example given) bears no reason for being strictly limited to such a smaller sphere of action. When the heads of the State, the Parliament, or even Constitutional Courts are provoked to deliver decisions on the subject of democratic defense, some of these decisions may turn into actual governmental policies.

This is the case regarding the First Amendment Doctrine in the United States, for example. The issue with freedom of speech is hardly completely understood without making considerable reference to the First Amendment Doctrine and the very process in which it has been molded. From *Schenck vs. United States* (United States, 1918) and *The New York Times Co. vs. Sullivan* (United States, 1964), cases responsible for understanding the issues with unlimited protection to speech, to *United States vs. Eichman* (United States, 1990) in which discussions about content-based restrictions posed great legal issues, time and experience in dealing with such cases enabled jurisprudence to be formed and, perhaps retrospectively, enabled several theories of freedom of speech to take form through the reasoning of several magistrates. Time and, we may say, History, are responsible for formulating this workable framework, and theories within the most varied assessed subjects end up becoming intertwined.

Therefore, the Militant Democracy theory has several variables to consider. The next section chooses one of the many entangled literatures to better theorize whether militancy could be responsible for causing considerable effects on it: freedom of speech and the chilling effect. The latter is understood as the unintended suppression of permissible behavior due to the unclarity of what is impermissible. This may be due to several factors. Both the existence of unclear legislation, unclear judicial parameters of decision, or even the lack of any institutional provision discussing dimmed subjects. The existing connection between militant democracies and the chilling effect lies in the fact that, according to what has been presented, the defense of democracy may ordinarily trace unsafe paths since *ad hoc* measures happen to be rather frequent. If there exists imprecision about what may be a threat to democracy then it may also be expected for people to refrain from engaging in important public and civic democratic activities. This one explanation stems mainly from a law-framed theory, however, as it will also be presented, a great deal of social sciences fosters important debates and empirical indications about how these two literatures relate even further.

2. CHILLING EFFECT: THEORY AND FREEDOM OF SPEECH ISSUES

Militant Democracy literature departs from the proposal of directly curbing rights, more specifically, political rights, when they are deemed to have been misused. This possibility is based on the premise that rights enjoyment have limitations. The statement, thus, bears the inevitable question: where is the threshold that indicates such limits to be put at? This question is a central issue in chilling effect theory for some reasons: if the bar is set too low, then the abuse of political rights is expected to be of considerable reach and this would turn out the bar to be incapable of rendering the desired results initially fixed. On the other hand, by setting the bar too high many abusive behaviors regarding rights enjoyment end up being legally fostered, leaving only extremist conduct open to scrutiny.

Therefore, there are important consequences in delimiting what is permissible and what is not in a militant democratic regime. Virtually, every conduct which has some kind of legal regulation is possibly fated to suffer limitations. However, even for scope-narrowing reasons, a greater emphasis is given to freedom of speech. Not only has the chilling effect concept derived

from legal theory about this right, but the ongoing literature has also been built on top of many premises in which freedom of speech was seen as a pivotal aspect to be considered: It enables the self-realization of the individual; maintains the market place of ideas; and permits democratic participation (Delgado, 1982; Carbonell, 2014). Apart from this specificity, a general discussion on how to work with the “bar fixing” issue does prove to be helpful.

The borderline in which rights operate indicates that there exists an area in which an individual is undertaking the protected activity and, from a determined point on, it starts incurring in unprotected action. From a rather simple assessment of the statement, it is possible to draw some conclusions. First, there exists a threshold in which permissible activity becomes impermissible. Second, not all hindrances regarding rights are understood as undue, since, if barriers are built on the side of impermissible activity, they are most likely seen as necessary or simply a consequence of the prior judgment of allocating the respective behavior within the “unprotected side”. Third, hindrances, generally speaking, are not to fall upon the content allocated within the “protected side”.

The issue about the chilling effect is mostly allocated in the third and last statement. The problem is not whether the restriction exists or not, but whether it meets the objectives it originally proposed to attain without causing more harm than it should. The literature and theory about the chilling effect puts this logic as a “spillover” issue (Stone, 2008; Kendrick, 2013). Mostly near where the threshold is set, there are conducts and also expressions that fluctuate between permissible and impermissible territory on account of place, time, and channel chosen by the speaker.

Shouting “Fire!” inside a theater was considered to be unprotected speech on account of the possible harm inflicted by it. However, under this logic, the same shout in an open park mostly made out of concrete wouldn’t have the same repercussions. On similar strands militaries wearing their uniforms in theatrical productions criticizing the military role in the Vietnam War, although underpinned by a discussion about content-based distinction, does imply that such form of protest would be allowed within the same period, however elsewhere. Lastly, the burning flag issue, by which a direct statement about the dissatisfaction with the government is made, has been thoroughly discussed whether it should or not be abridged considering freedom of speech standards, since the channel by which a message is delivered also constitutes part of the message transmitted. The same dissatisfaction, although debatably far less intense, could be made through official channels of communication such as issuing a complaint in local administrative buildings of a city.

Therefore, there may be an inherent uncertainty in a speech that stays near the threshold settled, for small variations on the circumstances in which an expression is delivered can be responsible for pushing or pulling the speech from the permissible side to the other.

Two more evident alternatives appear to be suitable to mitigate this problem. The first would be the application of the Prior Restraint Doctrine. Instead of having a system with subsequent liability that would permit freedom of speech to be unconstrained by post-scrutiny, the Prior Restraint Doctrine does the opposite: it restricts in advance, thus requiring expression to undergo a previous process of verification which will only then allow the desired message to be delivered (Emerson, 1955). There is a high defiance in the aforementioned approach since it can easily turn into authorized censorship and, from a liberal democracy perspective, it pretty much disables the self-government premise of democracy (Meiklejohn, 1948; Post, 2000).

The second alternative would be to extend the margin of the threshold in favor of speech. Frederick Schauer's theory (1978) on chilling effect, for example, heavily relies on "deterrence" as to what constitutes the main aspect of chilling. Thus, if people are afraid to undertake their normal activities for there is no plain legal foreseeability about what is impermissible, and if the individual happens to fall within the illegal conduct, further consequences, such as a legal process and its costs, prove to be too burdensome when considered in a cost-efficiency equation. In addition, Schauer furthers his theory by laying out the problem of judicial error. An initial misinterpretation of law and legal statutes leads to a legal process based on an individual having incurred in unprotected speech, and if there was a legal misinterpretation then the judge would acknowledge this mistake and decide in favor of the defendant. However, he also states that there is no guarantee that this will be the outcome since judges also incur mistakes. On his account, people are restrained under fear, risk, and uncertainty, thus, causing unintended chilling.

Since there is a tendency to favor the prevalence of freedom of speech over the possibility of unduly restricting speech, Schauer argues that considering the margin of error of the judiciary, there should be an extended protection margin in which it is blatantly acknowledged that legally unprotected speech will possibly be protected. Therefore, considering that some form of damage will be present either in overextending protection or in restrictive protection, the author claims the necessity to apply the "Principle of Comparative Harm". The principle follows from a balance between harms which results in a deliberate adoption of one from the acknowledged harmful choices and works with it aiming to minimize the risks that come along with it.

One of the examples offered by Schauer is in the case of obscenity and pornography. The case is about a handler or retailer of "adult" material that has, without knowing, hardcore pornography material. Considering that the content in discussion is illegal and not protected by any form of freedom of speech principle, those responsible for having such material should be penalized according to the law. However, it would be too burdensome for the owner of such material to evaluate the threshold where the material trespasses legal protection. Thus, if hardcore pornography is found in the possession of a retailer, and the owner does not know about the content, no penalty should be applied.

What underpins the argument is the chilling effect potential of individual self-curbing, the application of the Principle of Comparative Harm, and the intent of the individual. The retailer may refrain from commercializing allowed material for it does not know when such material becomes illegal and, as it was aforementioned, since there exists a tendency to favor freedom of speech, it would be more harmful to potentially hinder the individual from acting within legally protected activity for reasons of mere statutory uncertainty or judicial misinterpretation. A final element that stems from the other two already mentioned is then added to shut the discussion which is generally understood as the intent of the speaker: did the speaker had the intention of trespassing the legal parameters of protected speech? Some reasoning about the speaker's intent may be seen in *Brandenburg v. Ohio* (United States, 1996). The US Supreme Court primarily held the State cannot forbid expression based on the potential of causing harm. Not only then must the speech be able to produce such material outcomes as the speaker must have had the intention of causing such harm. This precedent enables some complex and even blatantly undesired results that cannot be reached by the two criteria disclosed, which are the cases in which damage is caused, but the speaker is left unpunished for it did not intend to do so. However, this is technically acceptable

from a freedom of speech prevalence approach.

Schauer's perspective on the subject is highly based on freedom of speech accounts and therefore has considerable First Amendment Doctrine's influence. Still, it appears to overly rely on these grounds without engaging with other just as important fields of knowledge responsible for explaining chilling conduct. Not only that, but deterrence is one of the many behaviors that fit within the broader chilling effect doctrine, such as speech shaping (Penney, 2022). Not only refraining from entering into protected speech leads then to a chilling effect issue, but also socially conforming speech is just as potentially harmful against this same right. However, legal theory does not appear to offer considerable insight into this aspect, thus leading scholars to further reach for social science's perspectives.

One author who looks to this greater scope is Jonathon W. Penney (2022). His insight understands the chilling effect not as previously defined, that is, an act of deterrence based on the fear of legal harm and economic factors, but as an act that an individual undertakes to comply with social norms. Social psychology has a standard definition of "social norms" terminology: understood rules for accepted and expected behavior (Miller, 1999). Beyond this definition, there are two categories of social norms. The first is the descriptive norm, understood as what most people would do in a situation. The second is the injunctive norm which refers to what people normally approve or disapprove of in given situations (Cialdini; Trost, 1998). Law does have its role within this theory, but it plays one role along with psychological and social ones. It is not thus considered the main reason why people struggle with freedom of speech issues. Therefore, the main shift relies on observing the social level rather than the individual level (Licht, 2008).

The literature that switches the scope from individual to group considerations then engages in explaining, through empirical analysis, that people are motivated to rely on norms to frame their relations with other individuals, but these norms are not the ones that can be found on official bureau websites. The norms that underpin interpersonal behavior with considerably more intensity are social norms that are frequently built under customs. One of the most prominent and famous studies about how these social norms overweight the institutional provisions posed by the State was developed by Robert C. Ellickson (1991). Ellickson went through the foundational pillars that regulate Shasta County neighbor ranchers' interplay in their daily lives, mostly assessing what sort of rules, if any, were responsible for regulating such relations. Trespass laws, for example, played no role at any level and disputes were settled through local norms established by the ranchers themselves after communal and neighbor behavior (Penney, 2022).

If anything can be drawn from these observations is that there are relevant factors that derive from social relations and, more specifically, social norms that are just as relevant as law to explain the chilling effect. Perhaps of even greater importance are the major factors associated with self-inflicted harms stemming from the transgression of social norms. There is a moral issue in respecting or disrespecting social norms that some scholars attribute to the "watching eye" effect, which is the awareness of surveillance even when there are no mechanisms to do so (Keller & Pfattheiche, 2015). This supposed supervision would be responsible for chilling people from fully expressing themselves or, more commonly, engaging in socially conformed speech. On this account, people are prone to change their behavior because of awareness of being observed, identified as the "Hawthorne effect" (Adair, 1984). On this logic, speech that is deemed to be better accepted by the social fabric tends to experience greater freedom to an extent where there

may not even be counter-ideologies to discuss, also known as the “Spiral of Silence” (Neumann-Noelle; Petersen, 2004).

The previous information does not imply the irrelevance of legal constrictions contributing to the chilling effect, but that it is necessary to apprehend a greater width of elements that imbue the fear, risk, and even uncertainty posed by Frederick Schauer. It seems to be the case to provide an intertwined assessment, which the following and final part of this work proposes to do. It will draw on much of what has been already discussed about Militant Democracies and the chilling effect and if there should be greater preoccupations about the chilling of freedom of speech in democratic societies that adopt militant behavior. Militant Democracy literature draws heavily on legal approaches to curb the misuse of political rights, hence on a possible justification that there would be considerable intensification of chilling. However, as it has been discussed, the manifestations and behavior of individuals also considerably rely on social norms. The next pages aim to elocute the relation existing between the aforementioned aspects.

3. DOES MILITANCY INTENSIFY THE CHILLING EFFECT?

Militancy straightforwardly claims that curbing political rights is an alternative to protect democracy and, although the issues that come along with this decision are acknowledged, it is preferable to take risks in favor of saving democracy (Fox; Nolte, 1995). One of the known problems the literature understands to be considerable is to enable the chilling effect in areas where, technically, most would assume there shouldn't be. One of them is the regulation of political discourse. To settle restrictions within public discourse offers a great deal of resistance since this involves a complex field of human rights not to say that state measures against freedom of speech can result in censorship. What follows as a seeming consequence is that outlawed expression inevitably causes a chilling effect. But is that true? More than that, is that necessarily a bad thing?

A general assumption that comes along with the argument is that when someone is incurring an illegal activity a penalty is expected. Regarding the chilling effect, this penalty can come from the law or from the uneasiness of disrespecting social norms and rendering a moral penalty. The legal consequences for illegal behavior are available for everyone who wishes to consult it. However, it does not mean that the individual would do that. Militant Democracy, when linked to the legal justification of the chilling effect, assumes that people are well aware of the penalties and, to a certain extent, they consider them to be incompatible with the uncertainty that stems from the legal provision that outlaws expression. This is when the chilling effect is enabled.

However, it poses a great deal of debate whether people are aware of the specific penalties they might bear. Maybe the justification for why people refrain from saying everything they wish lies elsewhere. It could be possible to find better grounds in penalty justification by paying closer attention to the relevance of social norms and how they can be considered as important as legal statutes to condition behavior. Punishment is arguably more simply justified since it is found in a moral violation. Thus, even though penalties are not implemented they create a personal sentiment by which people feel displeased when violating social norms and which, arguably, every single person has to a lesser or greater extent (Garland, 2001). Still, objective assessments of these conduct prove to be a fair challenge.

There is no simple way to answer the question: from where does chilling come from? A considerable complication is because there is no easy way to measure people being “chilled” from

expressing themselves. The issue posited is that there is an attempt at gauging the absence of something inherently abstract. For instance, by assuming that a considerable amount of chilling effect relates to judicial activity, it is implied that a court undertakes a cost-efficiency evaluation when dealing with freedom of speech issues and this deems that their decision offers a better relation between under-protected and overprotected expression (Kendrick, 2013). Nevertheless, there is no easy way to say that courts are doing good work or missing the point.

An empirical approach that may have some indication, but requires a substantial change of scope from private to public discourse, is found in the study undertaken by Suneal Bedi (2021). The author tries to measure how peoples' expression changes according to increasing degrees of institutional limitations regarding words and level of aggression. The study demonstrates that even though the speaker delivers the same message, as the degree of censorship increases, expression becomes less intense. Interestingly, the author's work may show that the chilling effect may assist in decreasing heated expression, which would be most welcomed in democracies. However, the problem in this study rests in its scenarios of application. Bedi asked the participants to write negative reviews about a restaurant with three increasing degrees of censorship. The author acknowledges that his findings may not be applied in the public sphere. And this is the key issue here.

Measuring the chilling effect within the private sphere may be complicated enough, but within the public sphere, while considering democracy maintenance or enhancement in the equation, it does not appear to be something as feasible as Bedi made it look. However, a thin piece of information may be used: people did obey orientations regarding what they were permitted to write and what they weren't. This is a complicated aspect, however. The interviewees did obey the rules set, but the situation of the study itself bears the question of whether had these people not been asked to participate and accept to undertake the study the results would be the same. That is, had the rules been set and they had to obey them without any prior consultation, nothing would technically guarantee that the outcome would have been the one documented. In addition, each participants would earn \$2 (two dollars) for their honest participation, what also raises the question of whether this "reward" also influenced the study. But it may be said, however carefully, that there is an aspect underlining rules-abiding behavior as something positively evaluated. It is morally well seen to obey the existing rules and when these very rules provide considerable safety to individuals this behavior tends to be maintained.

Here comes the logic that substantiates the previous understanding. When Alexander Meiklejohn (1948) posits the intrinsic relation between freedom of speech and self-government, the main argument on why democracy is preferable to other forms of government, he claims the importance of society's freedom to be attached not to the absence of control, but on the presence of self-control. By postulating the importance of the "self" in controlling activities undertaken by the government, what underlines his argument is that people who have participated in the democratic process were conscious and allowed such restrictions. If the law that contains these restrictions has derived directly from the power-holders, then there is a conspicuous defiance of the will of the people when such law is not adhered to. The Rule of Law is the conclusion of this insight. The argument is essentially legal, but social science's explanation would say that the Rule of Law is the system in which social norms have been allocated at the utmost level of compliance. Possible restrictions destined to preserve democracy would prove to be following this logic if elaborated by the citizens.

In the same strand, the chilling effect would still be directly connected to the many fields of knowledge responsible for its explanation. If law is a social norm at the highest possible level of compliance, then the social explanation of moral penalties is not substituted by the existence of statutory penalties. They do coexist. Not only that, but people find acceptable physical penalties because moral grief may not be responsible for the full disapproval of the transgression of society's moral code, although the physical penalty, as already mentioned, may not be the utmost reason why people avoid incurring in illegal conducts or even refraining from behavior which may be occasionally understood as such. An example demonstrates how law can be understood as a social norm. In a public campaign people driving their cars may be pulled over by police officers for not wearing the seatbelt. The slogan of the campaign was "Buckle up! It's the law.". According to Licht (2008), and based on true propaganda that did contain the mentioned slogan, by saying "it's the law", public authorities assumed to inform the driver that driving unseatbelted goes against a social norm of respecting the law. Consequently, this would be enough to imbue a different correctional behavior by the citizen.

One may say the example is highly detached from intense political disputes over democracy and freedom of speech issues. They may be correct. But if the logic of respecting the Rule of Law is worth something, perhaps paying attention to smaller events, serves as a tendency sample. Then, the question returns: Does militancy intensify the chilling effect? A direct and simple assessment of the issue posited may lead to a more self-evident, but initially misleading answer which is yes, it does. If there are legal statutes outlawing expression, then it is more than assumed that dimmed spots of expression near the legal threshold occasionally fall within what is considered to be illegal conduct. This possibility curbs potential intentions of expression which may be important to public debate and, therefore, democracy. However, several other factors are left unassessed, mainly, those related to why people obey the law in the first place.

As it was seen, there are reasons to understand social aspects as being of great importance to offer a proper answer. People have a high appraisal of how they are perceived, something that is not necessarily related to law compliance. As it was possible to see in Rancher's case, social norms play a fundamental role in conditioning behavior and the less the influence from governmental action upon a group of people is perceived, the greater the role played by these social norms endogenously elaborated. When discussing militant democracies, it is necessary to assume that there is substantial governmental participation in the political debate, thus implying that at some point social norms may conflict with legal norms.

If these social norms take the form of a Bill and go through the entire process until they become a legal norm, then there is an overlapping of elements in a single command. It is complex to assess, from this point on, whether people respect the law for one reason or another. However, it is also possible to acknowledge that different groups, which live by different social norms, have agreed on a specific conduct to be of common interest for everyone to abide by. This process considerably deals with majoritarian premises: not everyone agrees with every aspect of the norm, but a formal threshold has been surpassed, which enabled a decision to be made. Sometimes, even core elements tend to be debatable among political actors and this disagreement proves to be a respectable obstacle to democratic promotion and its relation with the chilling effect.

Democracy suffers from conceptual imprecision. Several works spend utmost efforts not only to discuss this aspect that revolves around this term but also to present possible definitional

paths suitable to researchers with different objectives (Alvarez et al., 1996; Collier; Mahon, 1993; Collier; Levitsky, 1997; Kurki, 2010; Sartori, 1970). The problem of definition is perceived to be contrasting among different groups and this issue spills on governmental policy discussions which inevitably claim for a formal conclusion. Freedom of speech standards support these statements. Perhaps one of the very few agreements about democracy's goal is regarding the participation of citizens who speak and listen to others' ideas aiming to form a public opinion. This dynamic is fostered by people's right to freedom of speech.

However, freedom of speech also suffers both from misconception and conceptual imprecision. There is little to no reconciliation on the extent of this right besides the core element of enabling people to participate in the democratic process. When there are hindrances in this process, correctional intervention is deemed a fair alternative. Hate speech is an example. This form of expression is used by people who attack historically oppressed groups under the claim that this behavior is fostered by their right to freedom of speech. The repeating of this conduct, theoretically, could be responsible for influencing how the targeted groups are perceived and possibly diminish their actual capacity to influence public opinion formation (Post, 1991). If this is true, then it is possible to say that: people do have variations on what is the actual extent of freedom of speech, and that this scenario would permit State intervention to reestablish the *status quo* of the democratic process. The question that remains unanswered is where is it possible to draw a line that separates what can be said from that which cannot, or should not be said? Hate speech might be at an extreme pole of impermissible speech and prove to be a less difficult issue to deal with, but to answer the previous question along less extreme scenarios is more complicated. More than that, the answer invariably bumps into definitional issues of freedom of speech and democracy.

Consent is then the abstraction that links the main argument that has been developed. A substantial agreement in politics tends to be an exception. Seldom a reality. Social groups are in a constant state where their social norms are possibly unmatched by a majority consent. Sure, when the groups do not interact among themselves and cluster into a greater group, there is considerable less importance whether their social norms match the legal norms. Their moral and comunal conducts are the only norms responsible for conditioning their behavior. But when these smaller groups conflate to an extent where they become part of a society, a clash of conflicting behaviors is likely to materialize.

This theoretical scenario is in fact the idea that underpins democracy. Groups of people that are in a constant conflicting dimension is not only the rule in democratic governments, it is also a necessary condition (Mouffe, 2005). There is an inherent antagonism in democracy because, if there wasn't any, there would be no reason for the creation of several set of rules about how to make a decision. However, these rules also indicate that complete agreement is unlikely. Therefore, there must be consent regarding the process that enabled the materialization of the decision, which doesn't mean material agreement. People are not expected to agree with the content of a decision, but to consent that their understandings about a subject do not necessarily match majoritarian preferences.

For these reasons the political agreements are mostly formal, meaning that the content of these agreements is assumedly in accordance with the involved parties when in fact, it is not. Chilling issues are then bound to happen as something inherent to democratic dynamics. The change of the parties in power through elections, for instance, blatantly allows the content of the

formal agreements to be changed, mostly through interpretation of already existing provisions. What once was extremism may not be tomorrow. Democratic militancy does not work as a catalyst, it simply puts the latent problems of interpretation, definition and disagreement in evidence. By directly dealing with abstract concepts, issues of substantial fluidity prove to be tough enough to even separate entire countries. Militancy, however, is not responsible for it.

The overturn of *Roe v. Wade* (United States, 1973) might be a fair example of that. By tackling from several fronts, but most prominently a right to privacy of women and their freedom to terminate a pregnancy without governmental restrictions, the 1973 Supreme Court's decision upheld one of the two sides in what can be pointed out as being a fair moral debate. To permit the abortion, even though the decision coming from the highest Court in the country, does not imply the acceptability of abortion by the "defeated" side. In fact, the termination of the discussion by the Supreme Court may have been responsible, some years later, for fueling the creation of norms challenging the decision. The Mississippi's Gestational Age Act of 2019, for instance, directly objects the ruling of *Wade* under the claim that the decision was fragile and controversial, thus, a weak *stare decisis*. Accompanying this logic and added to a substantial change in the Supreme Court's seats, the overturn was possible.

Although there was a substantial turn regarding the content of a remarkably important decision that influenced public politics in the country, this fact should not come as a surprise. The social norms that negatively evaluate the abortion were left mostly untouched since the overturn happened from a top-bottom perspective, thus, it was not the people who decided to place a consented social norm at the legal level of compliance, and this is one of the main points. People did not manifest their consent because there wasn't one. Social groups that despised abortion won't change their creeds base on judicial decisions.

What seems to support then that militancy does not intensify the chilling effect is based on the premise that the present rules of the democratic game are responsible for doing that alone. Basing the functioning of entire countries on the observance of procedural standards is arguably fair from a less complex point-of-view since it tends to be better considering objective assessments of citizen participation and legitimacy of decisions. However, when a substantial assessment is required, the system collapses for it has not been architected for this end. Chilling is, from what may at first seem contradictory, propelled by the procedural assessment of democracy since people think, speak, and talk about subjects that are not plainly objective.

It seems that Schauer had this in mind when he posited the necessity of stretching the protection of speech even acknowledging the undue protection of some expressions. His assessment is procedural, but attempts to reconcile with the content of the speech. Adding his accounts with Penney's, an inevitable more complex web of factor is posited, but fairly more explicative of the chilling effect phenomenon along with the democratic frame.

Militancy, since it posits a considerable more substantial assessment of peoples' expressions, may be responsible for the decrease of the chilling effect. It is important to recall the chilling effect as some form of non-intended suppression or alteration of the speech to be legally and socially conformed. In a sense, a procedural approach tends to face the issue of identifying if a speech is permitted or not from a rather acute perspective that assumes several factors as important to be assessed before deeming speech undue. This was the case in the already mentioned scenario of shutting "Fire!" inside a theater or leafleting against the war in front of military barracks. These

evaluations are highly specific regarding what they propose to analyze, but do not offer just as specific insights about the same content of the speech when the “where”, “when” and “how” variables change.

A thorough substantial assessment of the content of the speech, on the other hand, may offer clear standards of what content is permissible or not. Legally speaking, if this is done, Schauer’s pure legal theory may be left aside. From a social normative perspective, this may assist in better consent from the many social groups responsible for composing a democracy since that which differentiates a group’s social norm can be effectively discussed about. A clear issue is the possibility of enabling some content to be excluded from public discourse. However, exclusively in terms of chilling effect, framing the content to be talked about potentially decreases fear and uncertainty as well as frames the content of what the social norms find to be reasonable to discuss.

CONCLUSION

Militant democracy theory attempts to be an alternative to democratic neutral protection. Democratic governments can be said to be overwhelmed by “enemies”, which are those that either claim to be democracy-favorable or plainly state their differences with this form of government. Although freedom of speech should be fostered, some of these people or groups of people may be considered real threats to the maintenance of democracy if they manage to reach any political relevance inside the Congress, the parliament, executive chairs, and Constitutional Courts. To avoid more perilous scenarios the alternative of curbing rights proves to be a way out, despite its inherent problems already discussed.

Additionally, the grounds on which these rights are suppressed, considering how unclear they might be, both in material and formal terms, appear to be theoretically aligned with the chilling effect literature. Thus, people modify their expressions or even avoid pronouncing them at all due to fear of incurring non-conformity patterns established either legally or socially. This behavior then has sprayed roots, which results in a rather complex assessment of how much each part contributes to the chilling effect. Departing from the idea that law compliance is a custom seems a fair initial step to explain the interplay between law and morals as to why people obey the legal statutes and consequently why the chilling effect is inherent to the frame in which democracy is normally allocated. Thus, democratic militancy is not responsible for the intensification of the chilling effect, however, its premises posit definitional issues in the spotlight.

Nevertheless, a more specific study with a greater empirical approach appears to be a pressing affair since much of what has been disclosed here was carved out from material experiences from countries, but no direct and in-depth assessment has been made to an extent in which the theory displayed may be effectively confirmed. The next step may consist of establishing a methodology to entitle a democratic government as militant, identifying States that went through democratic instability that enabled this militancy, finding a way to overcome or not the situation, and if or how freedom of speech was one of the political rights which the government decided to curb through indirect ways. Some groundwork is still to be done.

REFERENCES

ABTS, K.; RUMMENS, S. Defending democracy: The concentric containment of political extremism. **Political Studies**, [s. l.], v. 58, n. 4, p. 649-664, 2010.

ACCETTI, C. I.; ZUCKERMAN, I. What's wrong with Militant Democracy? **Political Studies Association**, [s. l.], v. 65, n. 15, p. 182-199, 2016.

ADAIR, J. G. The Hawthorne Effect: A Reconsideration of the Methodological Artifact. *Journal of Applied Psychology*, [s. l.], v. 69, n. 2, p. 334-345, 1984.

ALVAREZ, M. *et al.* Classifying Political Regimes. **Studies in Comparative International Development**, [s. l.], v. 31, n. 2, p. 2-36, 1996.

ARENAS, A. Party Bans: Deterrence or Backlash? Evidence from the Basque Country. **Quarterly Journal of Political Science**, [s. l.], v. 16, p. 325-358, 2021.

BEDI, S. The Myth of the Chilling Effect. **Harvard Journal of Law & Technology**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 268-307, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1561/100.00018119>

CAPOCCIA, G. *Defending Democracy: Reactions to Extremism in Interwar Europe*. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 2005.

CAPOCCIA, G. Militant democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation. **Annual Review of Law and Social Science**, [s. l.], v. 9, p. 207-226, 2013.

CIALDINI, R. B.; TROST, M. R. Social Influence: Social Norms, Conformity, and Compliance. *In: GILBERT, D. T. et al. The Handbook of Social Psychology*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1998.

COLLIER, D.; LEVITSKY, S. Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research. **World Politics**, [s. l.], v. 49, n. 3, p. 430-451, 1997. DOI: <https://doi.org/10.1353/wp.1997.0009>

COLLIER, D.; MAHON Jr., J. E. Conceptual "Stretching" Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis. **The American Political Science Review**, [s. l.], v. 87, n. 4, p. 845-855, 1993.

ELICKSON, R. C. **Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge, London: Harvard University Press, 1991.

EMERSON, T. I. The Doctrine of Prior Restraint. **Law and Contemporary Problems**, [s. l.], v. 20, n. 4, p. 648-671, 1955. DOI: <https://doi.org/10.2307/1190292>.

FOX, G. H.; NOLTE, G. Intolerant Democracies. **Harvard International Law**, [s. l.], v. 36, n. 1, p. 1-70, 1995.

GARLAND, D. **The culture of control: crime and social order in contemporary society**, Oxford: Oxford University Press, 2001

HEINZE, E. Wild-West Cowboys versus Cheese-Eating Surrender Monkeys: Some Problems in Comparative Approaches to Hate Speech. *In: HARE, I.; WEINSTEIN, J. Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2009.

IKENBERRY, G. J. Power and liberal order: America's postwar world order in transition. **International Relations of the Asia-Pacific**, [s. l.], v. 5, p. 133–152, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1093/irap/lci112>

ISSACHAROFF, S. **Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**. New York: Cambridge University Press, 2015.

JACKSON, R. Knowledge, power, and politics in the study of political terrorism. In: JACKSON, R.; SMYTH, M. B.; GUNNING, J. **Critical Terrorism Studies: A new research agenda**. New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2009.

KELLER, J.; Pfattheiche, S. The watching eyes phenomenon: The role of a sense of being seen and public self-awareness. **European Journal of Social Psychology**, [s. l.], v. 45, p. 560–566, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1002/ejsp.2122>

KENDRICK, L. Speech, Intent, and the Chilling Effect. **William & Mary Law Review**, [s. l.], v. 54, p. 1633-1691, 2013.

KLAMT, M. Militant Democracy and the Democratic Dilemma: Different Ways of Protecting Democratic Constitutions. In: BRUINSMA, F.; NELKEN, D. **Explorations in Legal Culture**. Gravenhage: Reed Business, 2007. p. 133-158.

KURKI, M. Democracy and Conceptual Contestability: Reconsidering Conceptions of Democracy in Democracy Promotion. **International Studies Review**, [s. l.], v. 12, p. 362-386, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2486.2010.00943.x>

LICHT, A. N. Social Norms and the Law: Why Peoples Obey the Law. **Review of Law and Economics**, [s. l.], v. 4, n. 3, p. 715-750, 2008. DOI: <https://doi.org/10.2202/1555-5879.1232>

LOEWENSTEIN, K. Militant Democracies and Fundamental Rights I. **The American Political Science Review**, [s. l.], v. 31, n.3, p.417-432, 1937. DOI: <https://doi.org/10.2307/1948164>

MACKLEM, P. Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination. **International Journal of Constitutional Law**, v. 4, , n. 3, p. 488–516, jul. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mol017>

MEIKLEJOHN, A. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper & Brothers Publisher, 1948.

MILLER, D. T. The norm of self-interest. **American Psychologist**, [s. l.], v. 54, n. 12, p. 1053–1060, 1999. DOI: <https://doi.org/10.1037/0003-066X.54.12.1053>

MOUFFE, C. **On the Political**. New York: Routledge, 2005.

MÜLLER, J. Militant Democracy. In: ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. United Kingdom: Oxford University Press, 2012. p. 1253-1269.

NEUMANN-NOELLE, E.; PETERSEN, T. The Spiral of Silence and the Social Nature of Man. In: KAYD, L. L. **Handbook of Political Communication Research**. Mahwah, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, Inc., 2004. p. 339-356.

PENNEY, J. W. Understanding Chilling Effect. **Minnesota Law Review**, [s. l.], v. 106, p. 1451-1518, 2022. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3855619>

POST, R. C. Racist Speech, Democracy, and the First Amendment. **William & Mary Law Review**, [s. l.], v. 32, p. 267-327, 1991.

POST, R. C. Reconciling theory and doctrine in first amendment jurisprudence. **California law review**, [s. l.], v. 88, p. 2355-2374, 2000.

REINOLDS, John. **Empire, Emergency and International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

SARTORI, G. Concept Misformation in Comparative Politics. **The American Political Science Review**, [s. l.], v. 64, n. 4, p. 1033-1053, 1970.

SCHAUER, F. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. **Boston University Law Review**, [s. l.], v. 58, p. 685-732, 1978.

SMYTH, M. B. Subjectivities, 'suspect communities', governments, and the ethics of research on 'terrorism'. In: JACKSON, R.; SMYTH, M. B.; GUNNING, J. **Critical Terrorism Studies: A new research agenda**. New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2009. p. 223-240.

STAHL, R. M.; POPP-MADSEN, B. A. Defending democracy: Militant and popular models of democratic self-defense. **Constellations**, [s. l.], v. 29, n.3, p.310-328, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12639>

STONE, G. R. Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century Lead Article. **Pepperdine Law Review**, [s. l.], v. 36, p. 273-300, 2008.

SUNSTEIN, C. R. **Democracy and the Problem of Free Speech**. New York: The Free Press, 1995.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 1918. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0249_0047_ZS.html. Acesso em: 10 jun. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0376_0254_ZS.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444, 1969. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0395_0444_ZS.html. Acesso em: 10 jun. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Roe v. Wade. Disponível em: [https://www.law.cornell.edu/wex/roe_v._wade_\(1973\)](https://www.law.cornell.edu/wex/roe_v._wade_(1973)). Acesso em: 10 jun. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. United States v. Eichman, 496 U.S. 310, 1990. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/s>. Acesso em: 10 jun. 2024.



ACTORNESS DA UE E SUA AMBIÇÃO REGULATÓRIA NO CAMPO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS

Ana Paula Balthazar Tostes¹

RESUMO

Este artigo objetiva traçar o cenário da UE como uma polity (Hix, 1999), fruto de uma integração legal, com foco no desenvolvimento de sua ambição de projeção internacional como uma liderança ambiental, a partir de uma análise preliminar em três eixos: 1) com base no seu exercício de normative power (p. ex. Manners, 2010) no campo das políticas ambientais; 2) levando em consideração que a prática e condição de actorness da UE traz elementos de evidência do seu reconhecimento interno e externo (p. ex. Ginsberg, 1999), no tempo, como uma liderança “bem equipada” para realizar uma “Europa verde” (Lenschow; Sprungk, 2010) e, por fim, 3) associando a dinâmica internacional do reconhecimento, em convergência com a ambição europeia em atuar como uma nova potência que se expressa pela capacidade de influenciar países terceiros a adotarem as normas que ela cria e exporta, no sentido do que Bradford (2020) designa como efeito Bruxelas. O resultado da análise permite concluir que desde o lançamento do mercado único, o tema ambiental buscou associar comércio e responsabilidade com a sustentabilidade e, ao longo do tempo, comprova-se que a percepção do público europeu sustenta a legitimidade da narrativa de uma “Europa verde” e a ambição da UE em projetar-se como uma potência regulatória. Espera-se ainda contribuir, com essa excursão analítica, para uma articulação entre debates da literatura europeia que se comunicam e levam à conclusão de que a UE tem exercido uma função de ator político provido dos instrumentos legais, mesmo sem uma política externa unificada, para o exercício de uma diplomacia verde que visa espelhar o modelo europeu em outras regiões e por diversos mecanismos.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia. Políticas de meio ambiente da UE. *actorness* da UE.

THE EU ACTORNESS AND ITS REGULATORY AMBITION IN THE ENVIRONMENTAL POLICY

ABSTRACT

This article aims to outline the scenario of the EU as a polity (Hix, 1999), the result of legal integration, focusing on the development of its ambition of international projection as an environmental leader, based on a preliminary analysis on three axes: 1) based on its exercise of normative power (e.g. Manners, 2010) in the field of environmental policies; 2) taking into account that the practice and condition of EU actorness brings elements of evidence of its internal and external recognition (e. g. Ginsberg, 1999), over time, as a “well-equipped” leadership to achieve a “green Europe” (Lenschow; Sprungk, 2010) and, finally, 3) associating the international dynamics of recognition, in convergence with the European ambition to act as a new power that is expressed by the ability to influence third countries to adopt the standards that it creates and exports, in the sense of what Bradford (2020) calls the Brussels

¹ Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-9642-6211>

effect. The result of the analysis allows us to conclude that since the launch of the single market, the environmental theme has sought to associate trade and responsibility with sustainability and, over time, it has been proven that the perception of the European public supports the legitimacy of the narrative of a “Green Europe” and the EU’s ambition to project itself as a regulatory power. It is also hoped to contribute, with this analytical excursion, to an articulation between debates in European literature that communicate and lead to the conclusion that the EU has played a role as a political actor provided with legal instruments, even without a unified foreign policy, to the exercise of green diplomacy that aims to mirror the European model in other regions and through various mechanisms.

KEY-WORD: European Union. EU Environment Policies. EU actorness.

INTRODUÇÃO

As narrativas sobre a União Europeia (UE) como um novo ator global (*actorness*)² estão interligadas, por vezes sobrepostas, mas o seu desenvolvimento revela momentos de inflexão sobre a busca de uma identificação do modelo de integração regional que extrapola o campo econômico, sendo bem sucedida exatamente na medida em que se constitui como uma integração política e legal.

O caráter de *actorness* da União reflete uma dimensão que se sustenta, externamente, no reconhecimento internacional da UE como uma *polity* (Hix, 1999) e pela sua capacidade de influenciar normas em países terceiros e em outras regiões; internamente, no reconhecimento da União como a instância mais eficiente de produção de políticas do que os Estados membros a ser responsável pela normatização de setores relevantes da vida social na região. Isso é o que se confere dos dados de opinião pública divulgados pelo Eurobarômetro, sempre em que há situações de crises, como ocorreu com a crise sanitária entre 2020 e 2022, por exemplo, e se reflete na emergência climática.

Este artigo objetiva traçar o cenário da UE como uma *polity* (Hix, 1999), fruto de uma integração legal, com foco no desenvolvimento de sua ambição de projeção internacional como uma liderança ambiental, a partir de uma análise preliminar em três eixos: 1) com base no seu exercício de *normative power* (p. ex. Manners, 2010) no campo das políticas ambientais; 2) levando em consideração que a prática e condição de *actorness* da UE traz elementos de evidência do seu *reconhecimento* interno e externo (p. ex. Ginsberg, 1999), no tempo, como uma liderança “bem equipada” para realizar uma “Europa verde” (Lenschow; Sprungk, 2010) e, por fim, 3) associando a dinâmica internacional do *reconhecimento*, em convergência com a ambição europeia em atuar como uma nova potência que se expressa pela capacidade de influenciar países terceiros a adotarem as normas que ela cria e exporta, no sentido do que Bradford (2020) designa como *efeito Bruxelas*.³ O resultado da análise permite concluir que desde o lançamento do mercado único, o tema ambiental buscou associar comércio e responsabilidade com a sustentabilidade e, ao longo do tempo, comprova-se que a percepção do público europeu sustenta a legitimidade da narrativa de uma “Europa verde” e a ambição da UE em projetar-se como uma potência regulatória. Espera-se ainda contribuir, com essa excursão analítica, para uma articulação entre debates da literatura europeia que se comunicam e levam à conclusão de que a UE tem exercido

² Cf, por exemplo, Taylor, 1979; Taylor, 1982; Hill, 1993; Kratochvil *et al.*, 2011; Cmakalová; Rolenc, 2012; Ginsberg, 1999; Hettne, Björn; Söderbaum, 2005.

³ O termo é inspirado no trabalho pioneiro de David Vogel sobre efeito Califórnia, que já trazia na década de 1990 pesquisa sobre a capacidade de países exportarem ou imporem seus padrões (mais rigorosos) a parceiros comerciais, utilizando-se estrategicamente do acesso ao mercado.

uma função de ator político provido dos instrumentos legais, mesmo sem uma política externa unificada, para o exercício de uma diplomacia verde que visa espelhar o modelo europeu em outras regiões e por diversos mecanismos.

1. NARRATIVAS EUROPEIAS NA HISTÓRIA E NA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA

Manners (2010) descreve os mitos europeus através dos quais a Europa global foi narrada em diferentes fases da integração regional, começando pelo mito fundacional sobre a própria Europa, até as concepções de seu modelo político que se realiza mais pelo exercício de um poder normativo. Sem excursionar pela história de seus mitos, sempre associados a marcos e fatos de sua história real, que os sustentam, vimos o desenvolvimento de uma nova narrativa de uma “Europa verde” (Lenschow; Sprungk, 2010) na busca da legitimação dos empenhos regionais e globais na construção de políticas europeias e no exercício de uma diplomacia verde da UE em que, há cerca de três décadas, vem sendo construídas.

Na década de 1970, Duchêne (1972) anuncia que a Comunidade Europeia, como era designada até o Tratado de Maastricht (1993), poderia servir como um modelo de reconciliação e paz capaz de desempenhar um papel único como potência civil no mundo. Essa potência civil pretendia influenciar globalmente e resolver disputas e diferenças através da cooperação econômica, de acordos jurídicos e de negociações diplomáticas, em um processo contínuo que poderia representar uma alternativa ao nacionalismo. A globalização e o papel crescente da internacionalização do comércio eram vistos como forças motrizes para substituir a “luta pelo poder”. Esta tese foi inspirada em expectativas positivas sobre a interdependência econômica e a détente, também vista como uma interpretação liberal do novo papel dos militares no desenvolvimento nacional após a duas guerras mundiais.

O mito da União como uma potência civil baseava-se numa visão positiva do uso do poder brando ou *soft power*, considerando a eleição do direito e das organizações internacionais como instrumentos da política, no lugar da força militar. Posteriormente, essa visão foi contestada por Hedley Bull e pelos realistas, considerado inadequado e insuficiente para descrever a lacuna entre as capacidades e as expectativas da UE no desempenho do papel de um ator internacional (Hill, 1993).

A conjuntura crítica representada pelo fim da Guerra Fria fez com que o “mito do poder normativo” substituísse a perspectiva de poder civil pelo relevante papel regulatório que o modelo de uma integração legal, inovadora pela constituição de instituições regionais de caráter supranacional e com vocação burocrática e regulatória geraria. Não apenas internamente, mas também externamente, a UE inovou legalmente pela sua dinâmica própria de influência e exercício de poder através do direito, do papel de sua Corte e geração de nova instância normativa. Embora este mito não tenha se confirmado de forma consistente garantindo paz ao período imediatamente pós-Guerra Fria, ainda está vivo e relevante no século XXI e pode ser complementado ou reforçado por novas percepções da presença da UE na política mundial.

Ian Manners (2002; 2008) aborda diferentes dinâmicas de difusão de normas europeias, não considerando-se o conceito de norma restrito à formalidade ou materialidade. Segundo o autor, existem ao menos quatro mecanismos diferentes através dos quais o poder normativo pode ser exercido e identificado: pela persuasão se convence o outro a adotar padrões de comportamento; pela invocação de normas (formais e informais) existentes; pela formação de narrativas que promovem sentidos e valores normativos; e pela liderança, especialmente através do exemplo.

Em outras palavras, Manners se refere a normas como feixes de sentidos, valores, práticas, comportamentos e narrativas, em que um modelo altamente regulado não se revela apenas na exteriorização de suas leis e pelas normas formais, mas também através da condução de princípios e valores, construídos, sobre os quais a UE busca adiantar-se a regular de forma “eficiente” temas de relevância para o seu modelo econômico e social, além de oferecer seu modelo como padrão global pela exportação de ideias, instituições, normas e práticas.

Cowles, Caporaso e Risse (2001), por exemplo, associaram tal dinâmica ao conceito de Europeização, que pode ser debatido quanto à sua ressonância e sua definição precisa, mas em geral, segundo os autores, o termo visa designar uma emergência e desenvolvimento a nível europeu de estruturas de governança (políticas, jurídicas e social) distintas. Além da dinâmica de Europeização se dar no nível regional, esta também afeta países terceiros, em função da capacidade da União em exportar modelos de governança e funcionar como um padrão modelo de regulação em setores como o de políticas ambientais (Bradford, 2000).

MITO DA EUROPA VERDE

Alguns incidentes ocorridos na Europa desde a década de 1970 estão na memória do processo de consciencialização sobre os riscos ambientais na região e provocaram respostas da UE na promoção de políticas e na criação de diretivas e regulamentos no domínio da proteção ambiental. Dois dos primeiros episódios que marcam essa história foram o desastre de Seveso na Itália, em 1976, e Waldsterben, na Alemanha, na década de 1980. Em Seveso houve um vazamento de material químico de uma fábrica que contaminou terras, animais e cerca de 676 pessoas. O desaparecimento de grande de florestas na Europa Central e do Norte e na Europa Oriental na década de 1980 gerou a conscientização sobre os riscos da chuva ácida. Em especial, a situação do estado da Baviera na Alemanha, em 1986 foi considerada gravíssima, com perda de parte da floresta - desastre ambiental que ficou conhecido como *Waldsterben in Bayen*.

Nos níveis nacional e regional, ocorreram simultaneamente iniciativas e mudanças na ponderação das prioridades na regulamentação política ambiental na Europa. Os Estados-Membros e as instituições supranacionais da União, na ocasião ainda designada como Comunidade Europeia, começaram gradualmente a promover compromissos, práticas e valores no domínio das políticas ambientais.

A UE influenciou com relativo sucesso, com ondas de maior ou menor protagonismo, as normas ambientais globais, inicialmente através da defesa da regulamentação de substâncias perigosas e resíduos eletrônicos, e da proteção do bem-estar dos animais. Promoveu iniciativas de estudos sobre mitigação e fundou o mercado de emissões, com expectativas e resultados debatíveis, para o sistema de comércio de emissões.

Mais recentemente, tornou-se manifesto o papel da UE como forte empreendedora das políticas climáticas e ambientais na região, passando a ter destaque a defesa da sustentabilidade, dentre os valores da sua política externa (Lucarelli; Manners, 2006).

2.DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS E ACTORNESS DA UE

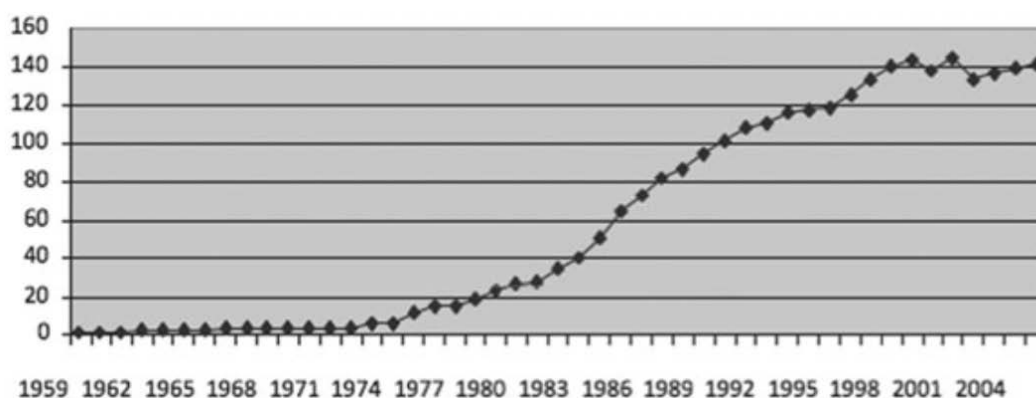
As narrativas sobre a UE contribuíram para gerar reconhecimento e apoio público, dentro e fora das suas fronteiras, para as suas instituições e políticas. O reconhecimento da *actorness* da UE se sustenta por dimensões de reconhecimento, que deve ser conferido interna e externamente.

A interação entre os níveis nacional, regional e europeu foi crítica e decisiva para o sucesso do empreendimento europeu na sua imagem de “ator global verde”. Internamente, vimos o aumento de normas europeias no campo ambiental desde o Ato Único, no fim da década de 1980. Externamente, esse empreendimento foi se reforçando gradualmente pela participação da União na formação do regime internacional ambiental, reforçando o exercício de sua condição de autoridade verde. Além disso, a ideia de uma Europa responsável com sustentabilidade e responsabilidade ambiental também se encontra na narrativa que vem sustentando a legitimidade de imposição de normas no campo de políticas ambientais e de enfrentamento a mudanças climáticas em, por exemplo, tratados internacionais de comércio, como é o caso do Acordo UE-Mercosul.

RECONHECIMENTO INTERNO SOBRE AÇÕES NO CAMPO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS

Lenschow e Sprungk (2010) já buscam capturar aspectos formais de empreendimento do compromisso europeu com políticas ambientais na região, como o aumento de diretivas no campo ambiental retratado na figura abaixo, elaborada a partir de dados do EUR-Lex.⁴

Figura 1 - Diretivas sobre meio ambiente em vigor, 1959-2005



Fonte: Lenschow; Sprungk (2010, p.138)

A figura acima ilustra os marcos referidos sobre o momento do lançamento do mercado único europeu, com o Ato Único (1986), e sua consolidação, a partir do Tratado de Maastricht (1993).

A recepção regional da narrativa de que a UE é comprometida com o meio ambiente (mito verde) pode ser ainda confirmada pela opinião pública. Existem evidências relevantes da percepção dos europeus em *surveys* especiais conduzidas pelo Eurobarômetro⁵ e em perguntas específicas incluídas em *Standard Eurobarometer Surveys* a respeito da necessidade de políticas e ações da UE no combate às alterações climáticas, na proteção ambiental ou na implementação de políticas de mitigação.

Em uma pesquisa temática especial do Eurobarômetro sobre a condição pandêmica em 2019 (Covid-19 490: Eb91.3, 2019), dentre diversos achados relevantes, resultados revelaram que, em geral, cerca de 93 % dos respondentes consideraram que as mudanças climáticas são

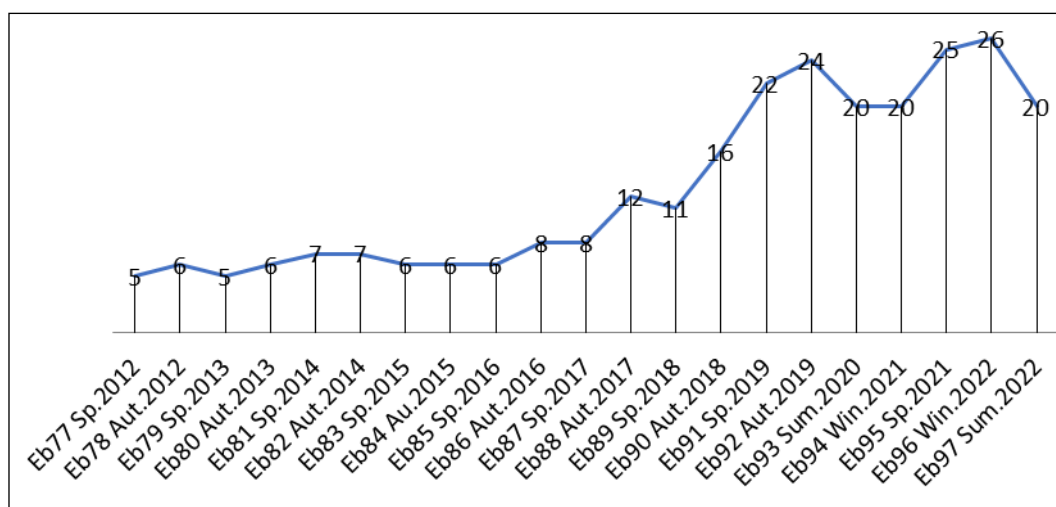
⁴ EUR-Lex é um site oficial da legislação da UE e de outros documentos públicos da União, publicado nas 24 línguas oficiais, assim como também publica o Jornal Oficial da União Europeia digitalmente.

⁵ O Eurobarômetro é um Instituto de sondagem de opinião pública fundado em 1974 e desde 2007 atende a encomendas de pesquisas do Parlamento Europeu para informar suas políticas sobre a atitude dos europeus. O instituto é um instrumento autônomo, apesar de ser financiado pela Comissão Europeia e usado pelas instituições da UE pelo Parlamento Europeu e por outras instituições e agências da UE para monitorizar regularmente a opinião pública na região sobre questões relacionadas com a UE, bem como as atitudes sobre assuntos de natureza política ou social em foco.

um problema grave; quase oito em cada dez respondentes da pesquisa (79%) concordam que a tomada de medidas sobre mudanças climáticas conduz à inovação, que tornaria as empresas da UE mais competitivas.

As respostas relacionadas com perguntas sobre as principais preocupações a nível da UE (colocadas de diferentes formas, a partir de diferentes pesquisas consultadas para este artigo) em longas séries do *Standard Eurobarometer Surveys*, que é conduzido duas vezes por ano, foram sistematizadas na figura abaixo. As respostas revelam a atitude dos europeus sobre o nível de preocupação com o tema do meio ambiente e das mudanças climáticas

Figura 2 - Meio Ambiente e Mudanças Climáticas como foco de preocupação, UE27



Fonte: Elaboração própria com base em séries de 10 anos de perguntas incluídas no *Standard Eurobarometer Surveys*, publicados pela Comissão Europeia, 2012-2022.

A disposição da série cronológica de respostas recolhidas ao longo de uma década ilustra que há um aumento estável na percentagem de europeus que acreditam que o ambiente e as mudanças climáticas são suas principais preocupações e atribuem à União expectativas sobre a articulação de ações e políticas, instância avaliada como sendo mais eficiente do que o nível nacional para a condução de políticas e soluções. Isto é especialmente verdade após a adoção do Novo Consenso Europeu sobre o Desenvolvimento em 2017. É importante notar que, apesar de uma queda na tendência de preocupação com o tema no período mais grave da pandemia de COVID-19 (quando o tópico da saúde atinge os níveis mais elevados de emergência), vimos que logo após o lançamento do instrumento de recuperação econômica, o Next Generation EU (NGEU), lançado pela Comissão Europeia para vigorar a partir de 2021, a tendência da curva na Figura 2 parece atingir números ainda mais altos do que antes da pandemia. Uma nova descida surge em 2022, com as respostas conduzidas na pesquisa realizada após a invasão da Ucrânia, quando a questão da segurança ganha novo destaque.

Na medida em que a transição energética ganha espaço na agenda europeia desde a guerra, espera-se que questões ambientais e da emergência climática ganhem nova força em breve. Assim, poderíamos dizer que o gráfico acima sugere que as práticas proativas da Comissão Europeia quanto às políticas de reinvestimento baseadas nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e do Pacto Verde Europeu de 2020, são legitimadas pelo público europeu, dado que a busca de

influência regulatória internacional da UE em matéria ambiental (Bradford, 2020) reflete a opinião pública na região sobre a importância do tema. Mais importante ainda, os dados de opinião pública pesquisados revelam que o público europeu percebe a política ambiental e a emergência climática como preocupações que devem ser geridas no nível da normatização e iniciativas políticas da UE.

NA BUSCA DA LIDERANÇA INTERNACIONAL

Foi em especial a partir da Declaração de Estocolmo (1972) que os temas ambientais entraram de forma definitiva na agenda política internacional e dos Estados, pois antes eram incompreendidos porque estavam dissociados da interferência da ação humana e da estreita relação existente entre a emergência climática e o modelo econômico.

No início da década de 1980, a ONU retomou o debate das questões ambientais, que resultou no Relatório conduzido pela primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, que chefiou a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. O documento final, conhecido como Relatório Brundtland, apresentado em 1987, propôs a noção de “desenvolvimento sustentável”. O Relatório trouxe dados sobre o aquecimento global e a destruição da camada de ozônio, temáticas que ainda eram novas, e inclui uma série de metas a serem seguidas pelas nações.

Não existiam bases jurídicas para a política ambiental na estrutura e nas instituições políticas europeias até à adopção do Ato Único Europeu (1986), ocasião nas mudanças internacionais. Em 1990 foi criada a Agência Europeia do Ambiente (AEA), em vigor em 1993, e desde então, registou-se um crescimento sem precedentes das normas ambientais na UE e o desenvolvimento de instrumentos e práticas da UE para influenciar as normas em países terceiros. A Comissão tornou-se um empreendedor político, reformando a existente Direção-Geral (DG) da Comissão do Ambiente em 1993, o que foi reforçado com a criação da DG Ação Climática (DG CLIMA) em 2010, estreitamente relacionadas entre si e com o DG Energia.

Nesse contexto, os grupos de pressão ambiental que atuam em Bruxelas e no PE também se alargaram muito rapidamente, sob a justificativa de que o mercado europeu deveria ser também comprometido com o meio ambiente, além do mercado. Em suma, desde a década de 1990, pode-se dizer que a UE começou progressivamente a desempenhar um papel proativo na negociação de acordos ambientais multilaterais e, em sequência, começou a incorporar princípios de política externa e regras não comerciais em acordos comerciais internacionais, com a inclusão de cláusulas sobre questões ambientais.

Nessa rota, até o Acordo de Copenhague (2009), a UE foi vista como protagonista em relação aos Estados Unidos e outros atores no campo da governança global (Bretherton; Vogler, 2019). Após Copenhague, a liderança da UE foi abertamente questionada (por exemplo, Liefferink; Wurzel, 2017), postulando-se até mesmo o fim definitivo de uma Europa capaz de retomar tal liderança. Após tal período de decadência, a partir do Tratado de Paris em 2015, a UE buscou se recuperar com a aprovação do Pacto Verde e, posteriormente, destaca-se o Mecanismo de Recuperação e Resiliência (MRR) da UE,⁶ enquadrado no *Next Generation EU* (NGEU). A crise sanitária se torna uma nova conjuntura crítica em que a resiliência em manter objetivos de transição verde e digital

O Novo Consenso Europeu sobre o Desenvolvimento (2017) foi alinhado com a promoção do desenvolvimento sustentável como norma da política da UE e com a consideração do desenvolvimento econômico e da proteção ambiental como objetivos políticos da UE que se

⁶ Pacote financeiro de 672,5 mil milhões de euros para reinvestimento na recuperação dos países da UE em razão da crise pandêmica.

reforçam mutuamente. Desde a presidência de Jean-Claude Juncker da Comissão (2014-2019), a política de desenvolvimento da UE passou a ser associada à Agenda 2030 das Nações Unidas.

Em discurso do ‘Estado da União’, apresentado em setembro de 2017, na abertura do ano legislativo e político, pelo presidente da Comissão por Jean-Claude Juncker, ele declarou seu compromisso institucional em fazer da Europa uma liderança global no enfrentamento das mudanças climáticas. Sob sua presidência (de 1 de novembro de 2014 a 1 de dezembro de 2019) foi negociado e finalizado o Pacto Verde da União Europeia, lançado em 19 de dezembro de 2019, já sob a presidência de Ursula Von der Leyen.

O discurso seguiu-se a eventos importantes como a votação do Brexit e a Conferência das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas (COP 21) em Paris, na qual a UE participou como ator fundamental na negociação do Tratado de Paris (2015). O Pacto Verde Europeu surge como um instrumento que reforça um histórico aumento de normas e políticas relacionadas à proteção ambiental, inclusão do princípio da precaução como mecanismo de controle legal e normas de enfrentamento às mudanças climáticas na estrutura jurídica da UE.

O pacote orçamental da UE para 2021-2027 foi lançado juntamente com o NGEU, e a necessidade de investimento europeu em função da pandemia foi aproveitada como uma oportunidade para vincular reformas e reinvestimentos às metas de transição verde e digital na região. O NGEU se tornou a maior fonte de financiamento da Europa para investimentos no combate às alterações climáticas e na modernização da economia da UE, disponibilizado aos Estados-Membros não apenas através de empréstimos, mas também de transferências diretas.

EFEITO BRUXELAS

Uma outra interpretação sobre a emergência da UE como um ator relevante no campo das políticas ambientais fora das ações de cooperação, da participação na produção de normas e da formação do regime internacional de meio ambiente, tem sido destacada pelas pesquisas no campo do direito por Anu Bradford, professora de direito internacional da *Columbia Law School* (Bradford, 2020), ao analisar o sucesso da UE na exportação de seu próprio modelo regulatório e sugerir o *efeito Bruxelas* como uma designação para o tipo de influência internacional da UE. O termo se refere à possibilidade e oportunidade aproveitada pela UE em exercer um poder hegemônico regulatório global incomparável com seus rivais geopolíticos, quando estão presentes certas condições, entre elas, a “vontade política” (que falta em outros países) para exercer “criação de regras unilaterais” capazes de “transformar tanto o mercado global e política global” (Bradford, 2020, p. 4) e influenciar “a forma como os negócios são conduzidos, não apenas na Europa, mas em todo o mundo” (Bradford, 2020, p. 10). A UE exerce a “globalização regulatória unilateral” na política de concorrência e nas políticas de proteção ambiental, por exemplo, através de diferentes canais, através de acordos comerciais e através da sua participação em instituições internacionais e redes governamentais transnacionais.

Segundo Bradford (2020), o *efeito Bruxelas* é bem sucedido quando a regulamentação política a ser disseminada gera ganhos substanciais de bem-estar em outras regiões e países que escolhem reproduzir o modelo europeu. Em outros casos, no entanto, a imposição de padrões e normas europeias, justificadas pela antecipação da UE em desempenhar um papel internacional como empreendedor normativo ancorado no objetivo de se tornar um continente neutro em carbono até 2050, legitimam a sua ação externa e o seu empreendedorismo na promoção de regulamentação e regras em outros espaços de escala regional e global.

CONCLUSÃO

Como afirma Della Sala (2010), não tendo sido a construção institucional, política e legal da UE fruto de apelos emocionais de um corpo social coeso, mas sim uma forma diferente de governo criado por interesses funcionais e baseado na racionalidade dos atores envolvidos, há uma falta de narrativa nacional como a que os Estados modernos buscam ancorar sua razão de fundação. A exploração do papel do mito político na criação de fundamentos normativos da União vem sendo um tema de debates. No entanto, os contadores de histórias precisam combinar fatos do mundo real que apoiam o surgimento dos mitos narrados, como uma continuidade do seu valor explicativo com evidências e práticas reais que mantêm o mito plausível e sustentam o seu sentido e lógica.

Vimos que o exercício do poder normativo europeu no setor de políticas ambientais é notável. Internamente, isso se dá desde o surgimento gradual de um conjunto *sui generis* de diretivas sobre questões ambientais e de alterações climáticas, na sequência de uma responsabilidade gradualmente assumida de promover uma área específica da política ambiental da UE desde final da década de 1980 (Lenschow; Sprungk, 2010). Internacionalmente, apesar das oscilações, a atuação da União no regime internacional de meio ambiente e sua capacidade de influenciar e exportar seu modelo normativo no campo de políticas ambientais também tem sido evidenciada a partir de dinâmicas da cooperação internacional ou da exportação de modelos regulatórios por diversas vias. Somando-se a tudo isso, os dados de percepção reforçam o reconhecimento da União como o nível adequado e eleito pelo público europeu para ser ativo na coordenação de políticas e busca de solução de problemas concernentes às preocupações europeias.

REFERÊNCIAS

- BÄCKSTRAND, K.; ELGSTRÖM, O. The EU's role in climate change negotiations: from leader to 'mediator'. **Journal of European Public Policy**, [s. l.], v. 20 n.10, p.1369–1386, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1080/13501763.2013.781781>
- BRADFORD, A. **The Brussels Effect. How the European Union Rules the World**. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- BRETHERTON, C.; VOGLER, J. **The European Union as a Global Actor**. London: Routledge, 1999.
- CMAKALOVÁ, K.; ROLENC, J. M. Actorness and legitimacy of the European Union. **Cooperation and Conflict**, [s. l.], v. 47, n. 2 SI, p. 260-70, 2012.
- COWLES, M. G.; CAPORASO, J.; RISSE, T. **Transforming Europe: Europeanization and Domestic Change**. Ihtaca: Cornell University Press. 2001.
- DELLA SALA, V. Political Myth, Mythology and the European Union. **Journal of Common Market Studies**, [s. l.], v. 48, n. 1, 1-19, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-5965.2009.02039.x>
- DUCHÊNE, F. Europe's Role in World Peace. In: MAYNE, R.(ed.). **European Tomorrow: Sixteen Europeans Look Ahead**. London: Fontana, 1972. p. 32-47.
- GINSBERG, R. H. Conceptualizing the European Union as an International Actor. **Journal of Common Market Studies**, [s. l.], v. 37, n. 3, p. 429–54, 1999.

HETTNE, B.; SÖDERBAUM, F. Civilian Power or Soft Imperialism? The EU as a Global Actor and the Role of Interregionalism. **European Foreign Affairs Review**, [s. l.], v. 10, n. 4, p. 535-52, 2005.

HILL, C. The Capability–Expectations Gap, or Conceptualizing Europe’s International Role. **Journal of Common Market Studies**, [s. l.], n.31, v. 3, p. 305–28, 1993.

HIX, S. **The political System of the European Union**. London: Macmillan Press Ltda, 1999.

KRATOCHVIL, P. *et al.*, The EU as a Framing Actor: Reflections on Media Debates About EU Foreign Policy. **Journal of Common Market Studies**, [s. l.], v. 49, n. 2, p. 391-412, 2011.

LENSCHOW, Andrea; SPRUNGK, Carina, The Myth of a Green Europe. **Journal of Common Market Studies**, [s. l.], v. 48, n.1, p. 133-54, 2010.

LIEFFERINK, D.; WURZEL, R. K. W. Leadership and Pioneership. Exploring their role in polycentric governance. In: JORDAN, A. *et al.* **Governing Climate Change: Polycentricity in Action?**. Cambridge University Press, 2018. p. 135-151.

LUCARELLI, S.; MANNERS, I. (eds.). **Values and Principles in European Union Foreign Policy**. New York: Routledge, 2006.

MANNERS, I. Global Europa: Mythology of the European Union in world politics. **Journal of Common Market Studies**, [s. l.], v. 48, n. 1, p. 67–87, 2010.

MANNERS, I. Normative Power Europe: A contradiction in Terms? **Journal of Common Market Studies**, [s. l.], v. 40, n. 2, p. 235-58, 2002.

MANNERS, I. The normative ethics of the European Union. **International Affairs**, [s. l.], v. 84, n.1, p. 45–60, 2008.

SPECIAL EUROBAROMETER 490: Climate change (v1.00). European Commission: Directorate-General for Communication. **European Union**, [s. l.], 2019. Disponível em: http://data.europa.eu/88u/dataset/S2212_91_3_490_ENG. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 97. **Summer 2022**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2022. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2693>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 96. **Winter 2022**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2022. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2553>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 95. **Spring 2021**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2021. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2532>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 94. **Winter 2021**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2021. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2355>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 93. **Summer 2020**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2262>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 92. **Autumn 2019**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2019. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2255>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 91. **Spring 2019**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2019. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2253>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 90. **Autumn 2018**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2018. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2215>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 89. **Spring 2018**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2018. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2180>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 88. **Autumn 2017**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2017. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2143>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 87. **Spring 2017**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2017. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2142>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 86. **Autumn 2016**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2016. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2137>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 85. **Spring 2016**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2016. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2130>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 84. **Autumn 2015**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2015. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2098>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 83. **Spring 2015**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2015. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2099>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 82. **Autumn 2014**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2041>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 81. **Spring 2014**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2040>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 80. **Autumn 2013**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2013. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/1123>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 79. **Spring 2013**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2013. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/1120>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 78. **Autumn 2012**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2012. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/1069>. Acesso em: 5 jan. 2023.

STANDARD EUROBAROMETER 77. **Spring 2012**. European Commission. **European Union**, [s. l.], 2012. Disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/1063>. Acesso em: 5 jan. 2023.

TAYLOR, Paul. The European Communities as an Actor in International Society, **Journal of European Integration**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 205-28, 1982.

TAYLOR, Phillip. **When Europe Speaks with One Voice**. Westport: Greenwood, 1979.



O CONTROLE MIGRATÓRIO NA PANDEMIA DE COVID-19: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO BRASIL E UNIÃO EUROPEIA

Pedro Emanuel Barreto de Azevedo¹
Emmanuel Teófilo Furtado Filho²

RESUMO

O trabalho realiza um estudo de direito comparado entre a política migratória adotada pelo Brasil e pela União Europeia no contexto da pandemia de COVID-19, buscando apresentar um modelo adequado de controle de fronteiras compatível com as normas de proteção dos direitos humanos. Para tanto, inicialmente, indaga-se acerca da postura adotada pelo Brasil no enfrentamento da pandemia de COVID-19, no tocante às restrições migratórias, examinando sua validade a partir dos parâmetros normativos incidentes. Em seguida, analisa-se comparativamente a política migratória implementada pela União Europeia ante o cenário de pandemia. Por fim, investiga-se quais são os elementos de um modelo de ação que compatibiliza o controle das migrações e as normas de direitos humanos de proteção dos imigrantes, a partir dessa análise de direito comparado. Para realizar a pesquisa proposta, adota-se o método hipotético-dedutivo, isto é, a partir das hipóteses formuladas, serão deduzidas algumas conclusões, as quais serão testadas ao longo da pesquisa. Quanto ao objetivo, a pesquisa tem caráter descritivo, exploratório e explicativo. Em relação à abordagem, utiliza-se a pesquisa qualitativa. Não se busca quantificar o objeto de estudo apontado. Quanto às técnicas de pesquisa, serão adotadas: pesquisa bibliográfica, documental e estudo jurídico comparado com a União Europeia. As conclusões alcançadas com a pesquisa apontam a incompatibilidade da política migratória adotada pelo Brasil no contexto da pandemia da COVID-19, em face dos parâmetros normativos incidentes. Por fim, as diretrizes que compõem o modelo migratório proposto são as seguintes: exigências de que as medidas de controle migratório sejam tomadas apenas com base em dados sanitários; irrevogabilidade da legislação migratória sobre refugiados e adaptação do exercício do direito de refúgio às normas sanitárias; o objetivo primário nas faixas de fronteira deve ser a assistência à saúde do imigrante, e não o seu rechaço.

PALAVRAS-CHAVE: Migrações. Pandemia. União Europeia. Direitos dos imigrantes.

MIGRATION CONTROL IN THE COVID-19 PANDEMIC: A COMPARATIVE LAW STUDY OF BRAZIL AND THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT

The work carries out a study of comparative law between the migration policy adopted by Brazil and the European Union in the context of the COVID-19 pandemic, seeking to present an appropriate model of border control compatible with human rights protection standards. To this end, initially, we inquire about the stance adopted by Brazil in confronting the COVID-19 pandemic, regarding migratory restrictions, examining their validity based on the applicable normative parameters. Next,

¹ Defensoria Pública da União, Teresina, Piauí, Brasil. <https://orcid.org/0009-0001-8922-0389>

² Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, Brasil. <https://orcid.org/0000-0003-3278-9985>

the migration policy implemented by the European Union is comparatively analyzed in the face of the pandemic scenario. Finally, we investigate the elements of an action model that makes migration control and human rights standards for the protection of immigrants compatible, based on this comparative law analysis. To carry out the proposed research, the hypothetical-deductive method is adopted, that is, from the hypotheses formulated, some conclusions will be deduced, which will be tested throughout the research. As for the objective, the research has a descriptive, exploratory and explanatory nature. Regarding the approach, qualitative research is used. There is no attempt to quantify the object of study indicated. As for research techniques, the following will be adopted: bibliographical, documentary research and comparative legal research to the European Union. The conclusions reached with the research point to the incompatibility of the migration policy adopted by Brazil in the context of the COVID-19 pandemic, given the applicable normative parameters. Finally, the guidelines that make up the proposed migration model are the following: requirements that migration control measures be taken only based on health data; irrevocability of migration legislation on refugees and adaptation of the exercise of the right of refuge to health standards; the primary objective at the border crossings must be the health care of immigrants, not their rejection.

KEY-WORDS: *Migrations. Pandemic. European Union. Rights of immigrants.*

INTRODUÇÃO

A pandemia causada pela propagação do vírus SARS-CoV-2 (COVID-19) representou uma crise sanitária de caráter mundial sem precedentes na história recente. Apesar das variadas hipóteses de origem do coronavírus³, há relativo consenso na comunidade científica sobre sua relação com a degradação ambiental⁴.

O quadro de pandemia reclamou medidas emergenciais dos Estados em relação a restrições para entrada e saída de migrantes de seus territórios. A falta de um instrumento efetivo para controle da pandemia, como a vacina, forçou os países, no exercício de sua soberania, a limitar o acesso nas fronteiras, restringindo o fluxo migratório nos seus territórios a partir de recomendações de autoridades sanitárias de ordem local e internacional.⁵ No Brasil, foi editada a Lei n.º 13.979/2020⁶, que prevê, em seu art. 3º, VI, *a*, que as autoridades, no exercício de suas competências, podem determinar a restrição excepcional e temporária da entrada e saída no país, por rodovias, portos ou aeroportos.

Com fundamento na Lei n.º 13.979/2020, seguidas portarias do Poder Executivo foram promulgadas⁷, exercendo a competência outorgada pela lei. Tais atos infralegais impedem o acesso ao território nacional com base em critérios relacionados à origem do imigrante, ao meio

³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). WHO-convened Global Study of the Origins of SARS-CoV-2. **WHO**, [s. l.], 30 mar. 2021. p. 112. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/origins-of-the-virus>. Acesso em 25 out. 2023..

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma). Surto de coronavírus é reflexo da degradação ambiental. **ONU**, [s. l.], [2023]. Disponível em: <https://www.unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/surto-de-coronavirus-e-reflexo-da-degradacao-ambiental-afirma>. Acesso em 25 out. 2023.

⁵ MENEZES, Ricardo Fernandes de; SOARES, Adilson; CAMARGO, Iara Alves de. Panorama Internacional sobre o enfrentamento à pandemia de Covid-19. **Revista Humanidades & Inovação**, [s. l.], v. 8, n. 35, p. 54-70, fev. 2021.

⁶ BRASIL. Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 6 fev. 2020. Edição: 27, Seção 1, p. 1.

⁷ Portaria Interministerial nº 120, de 17 de março de 2020 até a Portaria Interministerial nº 678, de 12 de setembro de 2022, atualmente vigente. Há uma compilação elaborada pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República de todos os atos normativos no âmbito federal sobre o COVID-19, com atualizações diárias, sendo possível visualizar toda a sequência de edições das Portarias Interministeriais que tratam da restrição excepcional e temporária de entrada no país. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/quadro_portaria.htm.

de ingresso, à motivação para a entrada, entre outros. Essas Portarias Interministeriais⁸ têm sido objeto de discussão no âmbito jurídico quanto à sua validade⁹.

Destaca-se a preocupação com os impactos dessas restrições na vida e nos direitos das populações migrantes, apontando-se, como exemplo, a elaboração da Declaração da Corte Interamericana de Direitos Humanos n.º 1/2020 de 9 de abril de 2020, no sentido de que todas as medidas adotadas pelos Estados para enfrentar a pandemia que possam afetar ou restringir o gozo e o exercício de direitos humanos devem ser consistentes com os demais requisitos desenvolvidos na legislação interamericana de direitos humanos¹⁰.

Portanto, a partir da problemática exposta, constitui objetivo geral da presente pesquisa apresentar um modelo de controle de fronteiras compatível com as normas de proteção dos direitos humanos, com base em um estudo de direito comparado entre a política migratória adotada pelo Brasil e pela União Europeia no contexto da pandemia de COVID-19.

Quanto aos objetivos específicos, delinear a postura adotada pelo Brasil no enfrentamento da pandemia de COVID-19, no tocante às restrições migratórias, examinando sua validade a partir dos parâmetros normativos incidentes. Em seguida, analisa-se comparativamente a política migratória implementada pela União Europeia ante o quadro de pandemia. Por fim, investiga-se quais são os elementos de um modelo de ação que compatibiliza o controle das migrações e as normas de direitos humanos de proteção dos imigrantes, a partir dessa análise de direito comparado.

Para realizar a pesquisa proposta, adota-se o método hipotético-dedutivo, isto é, a partir das hipóteses formuladas, serão deduzidas algumas conclusões, as quais serão testadas ao longo da pesquisa. Quanto ao objetivo, a pesquisa tem caráter descritivo, exploratório e explicativo. Em relação à abordagem, utiliza-se a pesquisa qualitativa. Não se busca quantificar o objeto de estudo apontado. Quanto às técnicas de pesquisa, serão adotadas: pesquisa bibliográfica, documental e estudo jurídico comparado com a União Europeia.

Justifica-se a escolha da União Europeia como parâmetro de análise comparativa com o Brasil pelas seguintes razões: extensa faixa de fronteira em ambos os territórios; destino permanente de fluxo migratório; semelhança entre os compromissos internacionais assumidos em matéria de direitos humanos.

1. O BRASIL NO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19 E A VALIDADE DAS MEDIDAS DE CONTROLE MIGRATÓRI

A pandemia gerada pela propagação do vírus SARS-CoV-2 (COVID-19) demandou providências dos Estados nacionais, em âmbito global, para enfrentar a maior crise de saúde pública do último século. Até a presente data, foram confirmados 769.774.646 casos e 6.955.141 mortes, segundo a Organização Mundial de Saúde¹¹.

⁸ Visando evitar repetições, destaca-se que, quando o autor menciona no trabalho “Portarias Interministeriais”, faz referência às Portarias Interministeriais editadas com base na Lei nº 13.979/2020 que tratam especificamente da restrição excepcional e temporária de entrada no país.

⁹ FONSECA, Elisa Marina; MEDEIROS, Mirna de Lima; MIRANDA, João Irineu de Resende. O controle migratório nas fronteiras do Brasil durante a pandemia: sinais do autoritarismo à nossa porta. *Revista Simbiótica*, [s. l.], v.8, n.2, p. 11-37, maio-ago. 2021.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Declaración nº. 1/2020 de 9 de abril de 2020. *Corte IDH*, [s. l.], 27 maio 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/Declaracao_1_20_PORT.pdf. Acesso em 20 jan. 2022.

¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. COVID-19 Cases, World. *OMS*, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em 25 out. 2023.

No Brasil, a ferramenta normativa central no enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus é a Lei n.º 13.979/2020. Há várias disposições prevendo medidas de saúde pública, regime de licitação e contratação de pessoal, requisições administrativas, acesso à informação sobre dados da pandemia etc., bem como a restrição excepcional e temporária de entrada e saída no país.

Com base na Lei n.º 13.979/2020, Portarias Interministeriais foram elaboradas no exercício da competência outorgada pela lei. Esses atos infralegais restringem o acesso ao território nacional. Determinam, em caso de descumprimento, medidas de retirada compulsória do imigrante, como a repatriação, a deportação imediata e a inabilitação de pedido de refúgio, a par da responsabilização civil e penal.

O conjunto de toda essa normatização representa a política migratória brasileira adotada no contexto da pandemia de Covid-19, sendo objeto de detalhamento no tópico a seguir.

1.1. O REGIME MIGRATÓRIO BRASILEIRO NA PANDEMIA DE COVID-19

O trabalho pretende alcançar o objetivo de delinear o regime migratório adotado pelo Brasil no enfrentamento da pandemia de COVID-19, a partir do exame de dois elementos considerados basilares para a formulação da política migratória: as normas de restrição de entrada no território e as medidas de retirada compulsória.

a) Normas de restrição de entrada no território

As restrições de entrada no território, como visto, estão previstas num conjunto de Portarias Interministeriais elaboradas com fundamento na Lei nº 13.979/2020. São quarenta atos infralegais editados de forma sucessiva, com início na Portaria Interministerial nº 120, de 17 de março de 2020, até a Portaria Interministerial nº 678, de 12 de setembro de 2022, atualmente vigente. A análise minuciosa de cada uma dessas portarias sobejaria aos limites do trabalho, razão pela qual se realizará uma análise global dos atos, buscando identificar os critérios utilizados para realização das restrições de entrada.

A Portaria Interministerial inaugural nº 120, de 17 de março de 2020, traz em seu art. 2º uma única disposição de proibição de entrada no país de estrangeiros oriundos da República Bolivariana da Venezuela. As portarias que se seguiram no mês de março de 2020 (nº 125, 126, 132, 133, 47, 149, 152 e 158) realizam uma ampliação da proibição de entrada, que se inicia com os imigrantes advindos de países da América do Sul, até finalmente contemplar todos os estrangeiros em geral.

O quadro normativo restritivo permanece basicamente inalterado até outubro de 2021, quando há flexibilização pela Portaria Interministerial nº 658, permitindo a entrada no território, desde que atendidos algumas exigências sanitárias, como a realização de teste RT-PCR em até 72 horas antes do ingresso.

Constata-se, portanto, que o país de onde o estrangeiro é oriundo - e não sua nacionalidade propriamente dita - é utilizado como parâmetro para a realização do controle migratório.

Outro critério identificado para aplicação das restrições de entrada é o meio de ingresso no território pelo imigrante. A Portaria Interministerial inaugural nº 120, de 17 de março de 2020, traz em seu art. 2º que a proibição de entrada no país de estrangeiros advindos da República Bolivariana da Venezuela é aplicável à entrada feita por rodovias ou meios terrestres. Infere-se, portanto, que a entrada no país por via aérea ou aquaviária continuaria autorizada.

A lógica de proibição de entrada apenas por meios terrestres continua vigente com a edição da Portaria nº 125, de 19 de março de 2020. Com a Portaria nº 126, de 19 de março de 2020, há restrição de ingresso por via área de países em que Brasil não possui fronteira terrestre (República Popular da China, membros da União Europeia, República da Islândia, Reino da Noruega, Confederação Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Malásia e República da Coreia), embora continuasse formalmente possível a entrada no país por via área de nacionais oriundos de países da América do Sul (em relação aos quais o Brasil possui fronteira).

A Portaria nº 47, de 26 de março de 2020, vem realizar a proibição geral de entrada de estrangeiros no País por transporte aquaviário. Finalmente, por meio da Portaria nº 149, de 27 de março de 2020, há uma equiparação dos meios de ingresso, ficando proibida a entrada de estrangeiro no País, “independente da nacionalidade, em trânsito internacional por via aérea, quando o país de destino ou de sua nacionalidade não admitir o seu ingresso via aérea, terrestre ou aquaviária.”

Descumprida a proibição encerrada nos atos em questão, abre-se caminho para aplicação das medidas de retirada compulsória analisadas a seguir.

b) Medidas de retirada compulsória

As três medidas de retirada compulsória do imigrante regulamentadas nas Portarias Interministeriais editadas com base na Lei n.º 13.979/2020 são a repatriação, a deportação imediata e a inabilitação de pedido de refúgio. A configuração jurídica desses institutos é traçada a partir da indicação da sua previsão legal, conceituação e descrição do procedimento disposto para sua aplicação. A doutrina comenta que os atos de rechaço do estrangeiro têm natureza de sanção administrativa, aplicados em decorrência de sua entrada ou estada irregular no território nacional¹².

A repatriação encontra previsão em lei no art. 49 da Lei n.º 13.445/2017¹³, sendo conceituada como a medida administrativa de devolução ao país de procedência ou de nacionalidade de pessoa em situação de impedimento. Os motivos pelos quais alguém pode ser impedido de ingressar no Brasil estão elencados nos incisos do art. 45 da Lei de Migração, representando ditames de ordem pública a serem preservados no interesse da soberania nacional.

É fundamental esclarecer que o impedimento seguido da repatriação só é aplicável, quando se veda a entrada do estrangeiro no próprio ponto de controle fronteiro, no momento imediato ou próximo ao ingresso no Brasil. Caso a ausência de requisitos para permanência no território só seja verificada posteriormente, já tendo o estrangeiro cruzado a fronteira, outros institutos de retirada compulsória se fazem aplicáveis, como a deportação ou a expulsão¹⁴.

O art. 49 da Lei n.º 13.445/2017, nos seus parágrafos 1º ao 4º, estabelece o procedimento para sua aplicação, dispondo acerca da necessidade de notificação da empresa transportadora e da autoridade consular do país de nacionalidade do migrante ou visitante, bem como notificação da Defensoria Pública da União, nos casos previstos. Existem hipóteses de vedação à aplicação da repatriação relacionadas a pessoas em situação de vulnerabilidade, com destaque para refugiados.

¹² MAZZUOLI, Valerio de O. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641307/>. Acesso em: 22 dez. 2023.

¹³ BRASIL. Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 maio 2017. Seção 1, p. 1.

¹⁴ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 372.

As Portarias Interministeriais fazem menção ao instituto da repatriação previsto na Lei de Migração, sem indicar qualquer excepcionalidade na sua aplicação aos casos relacionados às medidas de controle migratório impostas no contexto da pandemia da COVID-19, tratando-se, portanto, de mera reprodução do instituto previsto em lei.

A deportação na sua forma original, por sua vez, está prevista no art. 50 da Lei n.º 13.445/2017, sendo conceituada legalmente como a medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional.

Nos parágrafos dos artigos 50 e 51 da Lei de Migração, há regulamentação do procedimento administrativo para aplicação da deportação. O art. 51 da Lei aduz que os procedimentos conducentes à deportação devem respeitar o contraditório e a ampla defesa e a garantia de recurso com efeito suspensivo. Os parágrafos desse artigo determinam que a Defensoria Pública da União deverá ser notificada para prestação de assistência ao deportando, vedando a sua aplicação quando configurar extradição não admitida pela legislação brasileira (art. 82 da Lei n.º 13.445/2017, destacando-se o inciso IX, que veda a extradição para o beneficiário de refúgio).

As Portarias Interministeriais preveem como medida aplicável, por descumprimento das hipóteses de proibição de entrada no território nacional, a deportação imediata. Esta modalidade de deportação não encontra previsão na legislação de regência (Lei de Migração e demais normas legais em sentido estrito), tratando-se de um instituto inaugurado pelos atos infralegais¹⁵.

A interpretação dada pelos tribunais é no sentido de entender a deportação imediata como uma medida de devolução sumária do estrangeiro em desacordo com os termos das Portarias Interministeriais, prescindindo da instauração de procedimento administrativo prévio, com contraditório e ampla defesa¹⁶. Considerando que a repatriação não é mais possível quando há ingresso do estrangeiro no território nacional¹⁷, com a deportação imediata pretende-se a devolução súbita do migrante em situação irregular, quando este tenha conseguido se furtar do controle migratório de fronteiras. Em resumo, seria possível obter efeitos semelhantes à repatriação (devolução sem procedimento administrativo prévio), embora aplicável a estrangeiros que já se encontram efetivamente no território brasileiro.

A última medida de retirada compulsória prevista pelas Portarias Interministeriais a ser analisada é a inabilitação de pedido de refúgio.

A medida é instituto que não encontra correspondência na legislação em sentido estrito, nem mesmo de forma assemelhada – como ocorre com a deportação imediata –, sendo uma figura jurídica inteiramente nova no ordenamento¹⁸. Por isso, é na jurisprudência que se encontra a definição

¹⁵ FONSECA, Elisa Marina; MEDEIROS, Mirna de Lima; MIRANDA, João Irineu de Resende. O controle migratório nas fronteiras do Brasil durante a pandemia: sinais do autoritarismo à nossa porta. *Revista Simbiótica*, [s. l.], v.8, n.2, p. 11-37, maio-ago. 2021.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Remessa Necessária/RO: 1002246-59.2021.4.01.4200**. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, Data de Julgamento: 03 nov. 2021, 5ª Turma, Data de Publicação: PJe 03 nov. 2021. Brasília, DF: TRF1, 2021.

¹⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 12. ed., Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 372.

¹⁸ ANDRADE, Fabiana Lima Agapejev de. Migração forçada do povo indígena Warao: a luta pelo reconhecimento do direito ao refúgio em tempos de pandemia. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS (ANPOCS). 45., 2021, São Paulo. **Anais eletrônicos** [...]. São Paulo: ANPOCS, out. 2021. p.3. Disponível em: https://www.anpocs2021.sinteseeventos.com.br/atividade/view?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoNjoiYToxOntzOjE5OiJlYXJlbnQ9BVEIWSURBREUjO3M6MzoiMjM1IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6IjJkOTc1NDM3NWY2YzVzZkZBjODhIYThmYzZiNTViYjU5IjtzOjE6ID_ATIVIDADE=235. Acesso em: 22 dez. 2023.

(ou mesmo lógica) para que se estabeleça distinção de regime jurídico²³.

Ainda, há controvérsia sobre a legalidade das Portarias Interministeriais em razão de alegada inobservância aos limites do poder regulamentar, uma vez que os atos infralegais têm como fundamento a Lei nº 13.979/2020, e esta não prevê as sanções de repatriação, deportação imediata e inabilitação de pedido de refúgio. Aponta-se a invalidade normativa dos atos que trazem sanções não previstas na lei que regulam, uma vez que só por lei se impõem as obrigações de fazer ou não fazer, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos²⁴.

Outro problema que pode ser apontado nas Portarias Interministeriais é que há a supressão do direito ao contraditório, no âmbito dos procedimentos de retirada compulsória da deportação imediata. A questão surge quando se verifica que o instituto da deportação, nos termos delineados pela Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, está sujeito ao contraditório e à ampla defesa, de modo que a ausência de notificação da Defensoria Pública da União, por exemplo, enseja a nulidade do procedimento²⁵. Logo, a deportação não admitiria aplicação imediata pela autoridade competente, dependendo de processo administrativo prévio.

Por fim, destaca-se a previsão nos atos normativos em análise da inabilitação de pedido de refúgio. Uma controvérsia em torno do instituto, além de outras considerações, decorre do disposto no artigo 8º da Lei nº 9.474/1997²⁶ (Estatuto do Refugiado), em que se estabelece que o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para a solicitação de refúgio. Outra no art. 10, caput, do mesmo diploma legal, que prevê que, a partir da apresentação do requerimento de abrigo, deve ser suspenso “qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem”²⁷. No caso, visualiza-se incompatibilidade do instituto com o princípio do *non-refoulement* ou não rechaço.

Analisando a normativa oriunda das Portarias Interministeriais editadas com base na Lei nº 13.979/2020 que tratam especificamente da restrição excepcional e temporária de entrada no país, constata-se a presença de elementos de invalidade nas medidas de controle migratório adotadas.

O fechamento das fronteiras, como visto, não foi orientado por critérios sanitários, o que representa uma violação à isonomia, contrariando o disposto no art. 5º, caput, da Constituição Federal.

Sobre as sanções previstas, há incompatibilidade com princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), pois atos infralegais não podem inovar na ordem jurídica no tocante a aplicação de sanções. A chamada deportação imediata não respeita o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), ao prever a execução sumária de medida de rechaço do imigrante, quando a lei determina que haja

²³ WALDMAN, Eliseu; AITH, Fernando. **Parecer jurídico-sanitário**: fechamento de fronteiras terrestres do Brasil para o controle da disseminação da COVID-19: aspectos jurídicos e epidemiológicos. Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário - CEPEDISA. São Paulo: CEPEDISA/USP, dez. 2020. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2020/12/PARECER_JURI%CC%81DICO_SANITA%CC%81RIO_FRONTIEIRAS_CEPEDISA_FSP_USP.pdf. p. 35.

²⁴ FONSECA, Elisa Marina; MEDEIROS, Mirna de Lima; MIRANDA, João Irineu de Resende. O controle migratório nas fronteiras do Brasil durante a pandemia: sinais do autoritarismo à nossa porta. **Revista Simbiótica**, [s. l.], v.8, n.2, p. 11-37, maio-ago. 2021.

²⁵ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 378.

²⁶ BRASIL. Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 jul. 1997, p. 15822.

²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Remessa Necessária Cível PR 5025451-07.2021.4.04.7000**, Relator: Marga Inge Barth Tessler, Data de Julgamento: 19 out.2021, Terceira Turma. Brasília: TRF4, 2021.

observância daquele princípio constitucional. Por fim, a inabilitação do pedido de refúgio é instituto que afasta toda a legislação de proteção sobre direito dos refugiados (Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951²⁸, art. 1º, III, da CF, e Lei nº 9.474/1997) por mero ato infralegal, em clara afronta ao princípio do *non-refoulement* ou não rechaço.

Não se pode invocar “circunstâncias excepcionais” como forma de esvaziar os direitos humanos, sendo que qualquer discriminação tem que ter propósito legítimo, ou uma justificativa objetiva e razoável²⁹.

2. O CONTROLE MIGRATÓRIO DA UNIÃO EUROPEIA NA PANDEMIA DE COVID-19

Após a análise da política migratória brasileira adotada em face da pandemia da COVID-19 e dos problemas apontados para sua utilização como modelo a ser replicado, o trabalho agora realiza um estudo de direito comparado da política implementada pela União Europeia, no mesmo contexto.

Busca-se alternativa ao modelo brasileiro, na perspectiva de formulação de uma política que harmonize a necessidade de controle de fronteiras em tempos de crise sanitária e a observância da normativa sobre direitos humanos. Reitera-se que a utilização da União Europeia como parâmetro de análise em relação ao Brasil fundamenta-se nos seguintes fatores compartilhados: extensa faixa de fronteira; destino permanente de fluxo migratório; semelhança entre os compromissos internacionais assumidos em matéria de direitos humanos.

Cumprindo inicialmente esclarecer que a política migratória para imigrantes de outros Estados representa um dos temas fundamentais na atuação intergovernamental da União Europeia, sendo assunto originalmente de competência soberana dos Estados Membros³⁰. Todavia, com base na reforma trazida pelo Tratado de Lisboa, esta política migratória foi realocada para o pilar supranacional da União Europeia, permitindo ao bloco delimitar os princípios e parâmetros gerais que devem ser observados pelos Estados, apesar de permanecer sob o poder decisório dos Estados a aceitação ou não de imigrantes em seus territórios³¹. O presente trabalho buscará apresentar a normativa de controle migratório adotada no contexto da pandemia de COVID-19 no âmbito da União Europeia, e não de países integrantes do bloco.

No início da pandemia, a primeira determinação emanada da União Europeia, através do Conselho Europeu, buscou “reforçar as nossas fronteiras externas mediante a aplicação de uma restrição temporária coordenada das viagens não essenciais para a UE, por um período de 30 dias (...)”³². Em paralelo, também houve a apresentação de diretrizes gerais para incentivar a investigação de tratamentos e vacinas, combater as consequências socioeconômicas e repatriar cidadãos europeus³³.

Aprofundando o enfoque sobre o controle migratório, verifica-se que as restrições de entrada na União Europeia são impostas inicialmente em março de 2020, e vão sendo mitigadas

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 28 de julho de 1951. Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, 30 jan. 1961, p. 838.

²⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v.1, p. 801.

³⁰ BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís Renato; NANDY, Shailen (coord.). **Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19**. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó, 2020.

³¹ Idem, p. 236.

³² CONSELHO EUROPEU. Cronologia – Ações do Conselho face à COVID-19. **Conselho Europeu**, Bruxelas, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/coronavirus-pandemic/timeline/>. Acesso em: 26 nov. 2023.

³³ Idem.

a partir de junho de 2020, havendo uma abertura gradual³⁴. Fica determinado, porém, de forma muito clara, as balizas que devem orientar esta abertura gradual: adoção de critérios objetivos; abordagem comum coordenada; flexibilidade³⁵. Por exemplo, indica-se que as restrições devem ser “levantadas, em primeiro lugar, em relação aos países cuja situação epidemiológica seja semelhante à média da UE e que disponham de capacidades suficientes para lutar contra o vírus”³⁶. As decisões que formulam a política migratória, portanto, devem basear-se na situação epidemiológica e na resposta ao coronavírus de cada país, como na capacidade de aplicar medidas de contenção durante as viagens³⁷.

O direito da UE, em consonância com o direito internacional dos direitos humanos, incorpora um conjunto de instrumentos jurídicos que proíbem a discriminação entre pessoas com base na nacionalidade³⁸, obstando a adoção de um critério discriminatório para fundamentar as regras de controle de fronteiras.

Denota-se que a política migratória adotada como resposta à pandemia da COVID-19 pelos órgãos da União Europeia tem como fundamento primário a observância de preceitos sanitários, não utilizando a nacionalidade do imigrante ou sua origem - *per si* -, como baliza para a adoção das medidas de controle.

Outra característica da resposta comum adotada pela União Europeia foi a tentativa de harmonização entre a necessidade de controle de fronteiras em razão da crise sanitária e o respeito aos direitos humanos dos imigrantes em situação de vulnerabilidade. A política implementada pela União Europeia foi no sentido de respeito ao direito de solicitar refúgio e ao princípio do *non-refoulement*, consoante com a Convenção de Genebra³⁹ e com o Protocolo de 1967⁴⁰.

Tal intenção resta explícita no comunicado da Comissão Europeia contendo as orientações sobre a aplicação das disposições pertinentes da UE em matéria de procedimentos de asilo e de regresso e sobre a reinstalação⁴². Há a determinação de que é facultado às autoridades sanitárias, com fundamento em avaliações de risco e em pareceres científicos, implementar ações para conter e limitar a propagação da COVID-19, embora tais medidas devam ser compatíveis com a

³⁴ BRÍGIDO, Eveline Vieira; UEBEL, Roberto Rodolfo Georg. Efeitos da pandemia da Covid-19 nas migrações internacionais para o Mercosul e a União Europeia: aspectos normativos e cenários políticos. **Boletim de Economia e Política Internacional – BEPI**, [s. l.], n. 27, p. 37-53, ago. 2020. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10205>. Acesso em: 26 nov. 2023.

³⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Coronavírus: Comissão recomenda o levantamento parcial e gradual das restrições aplicáveis às viagens para a UE após 30 de junho, com base numa abordagem comum coordenada. **União Europeia**, Bruxelas, 11 jun. 2020. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/eeas/coronavirus-comissao-recomenda-o-levantamento-parcial-e-gradual-das-restricoes-aplicaveis-as_pti. Acesso em: 26 nov. 2023.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ MOTTE-BAUMVOL, Julia; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; GUIMARÃES, Gabriel Braga. Ampliando a proteção social aos migrantes à luz da diretiva de proteção temporária da Europeia: lições da invasão da Ucrânia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 19, n. 2, p. 343-361, 2022.

³⁹ Convenção de Genebra é nome dado a um conjunto de Tratados celebrados em Genebra, na Suíça, que versam sobre Direito Humanitário Internacional.

⁴⁰ Protocolo sobre Estatuto dos Refugiados, concluídos em Nova York, a 31 de janeiro de 1967.

⁴¹ BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís Renato; NANDY, Shailen (coord.). **Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19**. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó, 2020. p. 242.

⁴² COMISSÃO EUROPEIA. COVID-19: Orientações sobre a aplicação das disposições pertinentes da UE em matéria de procedimentos de asilo e de regresso e sobre a reinstalação. **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], C 126/12-27, 17 abr. 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417\(07\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417(07)&from=PT). Acesso em: 19 nov. 2023.

legislação da União Europeia, incluindo a Carta dos Direitos Fundamentais da UE ⁴³.

Na prática, isso implica que os pedidos de acolhida devem continuar a ser processados pelos Estados-membros, ainda que haja adaptações ao quadro de pandemia em curso. Infere-se que a diretriz estabelecida é de continuidade na política humanitária em favor dos imigrantes, ainda que haja flexibilização no procedimento previsto⁴⁴.

Verifica-se, portanto, que nem mesmo a pandemia pode se sobrepor ao direito de buscar asilo em país alheio, em aplicação do princípio do *non-refoulement*, garantido por tratados internacionais e pelo Estatuto do Refugiado Europeu, devendo ser preservado o direito de acesso, ainda que de forma compatível com as normas de natureza sanitária (período de quarentena, entrevistas pessoais de forma remota etc.)⁴⁵.

Outra diretriz importante da União Europeia é o fomento de uma política pública de saúde em favor dos imigrantes, tanto a partir da perspectiva do direito à saúde como direito humano quanto de instrumento que contribui para a solução da crise sanitária.

Destaca-se, nesse sentido, o artigo 19º da Diretiva de Condições de Acolhimentos instando os Estados-Membros assegurem que os requerentes recebam os cuidados de saúde necessários, que incluem, pelo menos, os cuidados de urgência e o tratamento básico de doenças e de distúrbios mentais graves⁴⁶. Ele continua aplicável no contexto da pandemia de COVID-19⁴⁷, promovendo a garantia do direito à saúde enquanto direito humano.

Considerando a natureza difusa do direito à saúde pública⁴⁸, especialmente diante de uma pandemia, em que por definição toda a população mundial resta afetada, e a resolução do problema passa pela acesso à saúde de forma global (e não apenas de um país ou continente de forma isolada)⁴⁹, a garantia do direito à saúde aos imigrantes se torna instrumento de controle da própria pandemia.

É nesse sentido que a União Europeia assentou orientações práticas de: o rastreamento médico dos requerentes de asilo mais expostos ao risco de contágio, como os idosos ou as pessoas com doenças crônicas, bem como dos recém-chegados às instalações de acolhimento ou detenção, deve ter caráter prioritário; medição da temperatura dos nacionais de países terceiros à entrada e

⁴³ Idem, p. 13.

⁴⁴ Idem, p. 13.

⁴⁵ BRÍGIDO, Eveline Vieira; UEBEL, Roberto Rodolfo Georg. Efeitos da pandemia da Covid-19 nas migrações internacionais para o Mercosul e a União Europeia: aspectos normativos e cenários políticos. **Boletim de Economia e Política Internacional – BEPI**, [s. l.], n. 27, p. 37-53, ago. 2020. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10205>. Acesso em: 26 nov. 2023.

⁴⁶ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO EUROPEU. Diretiva 2013/33/UE de 26 de junho de 2013, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional. **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 180/96-116, 29 jun. 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033>. Acesso em 28 nov. 2023.

⁴⁷ COMISSÃO EUROPEIA. COVID-19: Orientações sobre a aplicação das disposições pertinentes da UE em matéria de procedimentos de asilo e de regresso e sobre a reinstalação. **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], 17.4.2020, C 126/12-27, 14 abr. 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417\(07\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417(07)&from=PT). Acesso em 19 nov. 2023.

⁴⁸ MEDEIROS, Falconi Rodrigues; ARAÚJO, Jéssica Martins. O acesso à saúde como direito difuso e sua tutela pelo ministério público por meio da ação civil pública. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.6, n.8, p.58951-58964, 2020. DOI: <https://doi.org/10.34117/bjdv6n8-345>

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. OMS: vacinar 70% da população mundial é o único meio de conter a variante Ômicron. **Nações Unidas no Brasil**, Brasília, 06 jan. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/167609-oms-vacinar-70-da-popula%C3%A7%C3%A3o-mundial-%C3%A9-o-%C3%BAnico-meio-de-conter-variante-%C3%B4micron>. Acesso em 28 nov. 2023.

à saída das instalações a fim de detetar sintomas de doença; mecanismo de monitorização diário para avaliar os eventuais casos suspeitos; centro de acolhimento dispondo, no mínimo, de uma sala de isolamento para as pessoas com testes positivos à COVID-19 que respeite as normas aplicáveis para efeitos de isolamento⁵⁰.

Em conclusão, tem-se que a política migratória proposta pela União Europeia como resposta à crise sanitária provocada pela pandemia de COVID-19 teve três diretrizes gerais: adoção de critérios objetivos e técnicos como baliza para as restrições de fronteira; observância das normas de proteção dos direitos humanos dos imigrantes, ainda que de forma adaptada às normas de natureza sanitária utilizadas para controle da pandemia; política pública de saúde em favor dos imigrantes.

3. PROPOSTA DE UM MODELO DE AÇÃO DE CONTROLE MIGRATÓRIO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Para alcançar o objeto proposto, é fundamental que antes haja uma delineação dos interesses e princípios incidentes no contexto analisado.

Conforme já mencionado, as primeiras medidas utilizadas pelos Estados para controle da pandemia foram o fechamento das fronteiras, iniciando-se pela restrição à entrada de chineses nos países, seguida de restrições a europeus e chegando neste momento à intensificação global de medidas extremas não somente de restrições de entrada, mas também de bloqueios, isolamentos, quarentenas e distanciamentos sociais⁵¹.

Tais medidas encontram fundamento na soberania (art. 1º, I, da CF) e no dever de proteção à saúde pública (art. 196 da CF). A Lei nº 13.979/2020 indica expressamente em seu art. 1º, §1º, que “As medidas estabelecidas nesta Lei objetivam a proteção da coletividade”.

A soberania, a saúde pública e o quadro de excepcionalidade estabelecido pelo cenário de pandemia fundamentam um controle especial de fronteiras, havendo interesses e direitos fundamentais que militam em favor do rigor na entrada e saída dos migrantes.

Por outro lado, existe toda a legislação de proteção dos imigrantes, que não pode ser completamente esvaziada ainda que se esteja diante de uma circunstância excepcional⁵². É de substancial importância o respeito aos direitos dos imigrantes em qualquer localidade do mundo visando garantir seu amparo, especialmente em um contexto de pandemia, ensinando que possa haver respostas em igualdades de condições a todos, bem como eficazes aos surtos⁵³.

Algumas medidas são propostas no sentido de conformar os princípios em exame, constituindo verdadeiras diretrizes na construção de um modelo que atenda à necessidade de controle sanitário sem violação das proteções humanitárias.

A primeira diretriz apresentada é a de que as medidas de controle migratório devem ser tomadas com base em dados sanitários, sob pena de violação ao princípio da isonomia. A proposta

⁵⁰ COMISSÃO EUROPEIA. COVID-19: Orientações sobre a aplicação das disposições pertinentes da UE em matéria de procedimentos de asilo e de regresso e sobre a reinstalação. **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], 17.4.2020, C 126/12-27, 14 abr. 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417\(07\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417(07)&from=PT). Acesso em 19 nov. 2023. p. 18.

⁵¹ PÊGO FILHO, Bolívar; MOURA, Rosa; NUNES, Maria; KRÜGER, Caroline; MOREIRA, Paula Gomes; FERREIRA, Gustavo; NAGAMINE, Liria Yuri. **Pandemia e fronteiras brasileiras: análise da evolução da Covid-19 e proposições**. Nota Técnica n. 16 (Dirur). Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10039>. Acesso 16 jun. 2023. p. 12.

⁵² MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v.1, p. 801.

⁵³ AMARAL, Ana Paula Martins; MARQUES, Heitor Romero; OLIVEIRA, Cristiane Martins Viegas de. Migrantes e refugiados e os direitos humanos em meio à pandemia mundial da Covid-19: uma revisão integrativa. **Revista Justiça do Direito**, [s. l.], v. 34, n. 3, p. 302-330, 2020. p. 326.

é de que toda a determinação de restrição de acesso ao território somente pode ser feita com base em evidências científicas robustas e claramente indicadas nos atos normativos que a efetivem⁵⁴. Ao contrário do que se verificou com relação às restrições mais rígidas em face de imigrantes oriundos da Venezuela, por exemplo, o controle de fronteiras deve ter como base critérios técnicos, e não ideológicos ou políticos.

Em razão da gravidade dessa medida, é que realizar o fechamento das fronteiras exige “uma ação muito bem coordenada e ciente dessas especificidades, pautadas em medidas diversas, até possíveis de conter diferentes escalas de flexibilidade, mas de forma articulada entre os entes federativos e os países envolvidos”⁵⁵.

A segunda diretriz é formada pela proposta de irrevogabilidade da legislação migratória sobre refugiados⁵⁶, tomando-se, porém, medidas de saúde e segurança, quando da entrada do imigrante no território, estando dele submetido a todas as restrições de locomoção e demais ações de prevenção, como testagem e vacinação, sem qualquer discriminação⁵⁷. As fronteiras restariam fechadas para as demais espécies de movimentos migratórios (turismo, estudo, negócios etc.), conforme a necessidade, mas com atenção especial aos refugiados, que possuem proteção especial na normativa de direitos humanos.

Por fim, a última diretriz que deve ser encampada para construção do modelo proposto é no sentido de que as ações na faixa de fronteira devem ser, prioritariamente, voltadas à assistência à saúde do imigrante, e não exclusivamente ao seu rechaço e devolução. Tal diretriz se dá em atenção ao fato de que a saúde pública é um direito humano difuso e merece ultrapassar as barreiras da soberania dos países⁵⁸. O cenário de pandemia implica todos os entes políticos e a humanidade em geral, de modo que a garantia do direito à saúde aos imigrantes também é medida que atende aos interesses locais.⁵⁹ A atenção à saúde dos imigrantes se revela, portanto, um instrumento de controle da própria pandemia, na perspectiva que se trata de demanda difusa, não sendo manejada adequadamente quando apenas uma parte do globo possui acesso aos meios de controle (ações e recursos de saúde).

Resta evidente que as propostas apresentadas tem como base a política implementada pela União Europeia, conforme analisado no item 2 deste artigo.

Acredita-se que as diretrizes apontadas contribuem para formulação de um modelo que permite um controle de fronteiras rígido, em face das necessidades impostas por um contexto de pandemia, sem desconsiderar as normas de proteção dos imigrantes vulneráveis.

⁵⁴ WALDMAN, Eliseu; AITH, Fernando. **Parecer jurídico-sanitário: fechamento de fronteiras terrestres do Brasil para o controle da disseminação da COVID-19: aspectos jurídicos e epidemiológicos**. Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário-CEPEDISA. São Paulo: CEPEDISA/USP, dez. 2020. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2020/12/PARECER_JURI%CC%81DICO_SANITA%CC%81RIO_FRONTTEIRAS_CEPEDISA_FSP_USP.pdf, p. 31.

⁵⁵ PÊGO FILHO, Bolívar; MOURA, Rosa; NUNES, Maria; KRÜGER, Caroline; MOREIRA, Paula Gomes; FERREIRA, Gustavo; NAGAMINE, Liria Yuri. **Pandemia e fronteiras brasileiras: análise da evolução da Covid-19 e proposições**. Nota Técnica n. 16 (Dirur). Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10039>. Acesso 16 jun. 2023. p. 43.

⁵⁶ COMISSÃO EUROPEIA. COVID-19: Orientações sobre a aplicação das disposições pertinentes da UE em matéria de procedimentos de asilo e de regresso e sobre a reinstalação. **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], C 126/12-27, 17 abr. 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417\(07\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417(07)&from=PT). Acesso em 19 jun. 2023. p. 13.

⁵⁷ Idem, p. 18.

⁵⁸ SOARES, Danielle Cevallos. **Soberania, direito à saúde e cobertura vacinal de imigrantes indocumentados na fronteira oeste de Mato Grosso no contexto da pandemia do Coronavírus: um estudo de caso**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2023. p. 108-109.

⁵⁹ Idem, p. 108-109.

CONCLUSÃO

A partir do conteúdo trazido em relação ao objeto de análise é possível inferir as seguintes conclusões.

Analisando as ações de controle migratório adotadas pelo Brasil no enfrentamento da pandemia de COVID-19, verificou-se inicialmente que houve violação à isonomia (art. 5º, caput, da CF), quando as restrições de entrada no país não adotaram critério sanitários para sua formulação, em prejuízo injustificado em face de imigrantes oriundos da Venezuela ou que adentraram o país por meios terrestres, por exemplo.

Sobre as sanções previstas, há incompatibilidade com princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF) e o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). Ainda, a inabilitação do pedido de refúgio é inválida, pois é instituto que afasta toda a legislação de proteção sobre direito dos refugiados por mero ato infralegal, excepcionando de forma indevida o princípio do *non-refoulement*.

Por fim, na proposta de construir um modelo alternativo que, sem desconsiderar a necessidade de controle migratório em tempos de pandemia, contenha diretrizes que possam proteger, de alguma maneira, os interesses dos imigrantes, foram apresentadas algumas soluções. Estas são baseadas na política migratória adotada pela União Europeia no contexto da pandemia de COVID-19.

A primeira indica que as medidas de controle migratório devem ser tomadas com base em dados sanitários, sob pena de violação ao princípio da isonomia. A segunda é formada pela proposta de irrevogabilidade da legislação migratória sobre refugiados, adotando-se, porém, medidas de saúde e segurança, quando da entrada do imigrante no território (vacinação, isolamento, testagem etc.), e adaptação do exercício do direito de refúgio às normas sanitárias. Por fim, aduz-se que o objetivo primário nas faixas de fronteira deve ser a assistência à saúde do imigrante, e não o seu rechaço, pois a saúde enquanto direito difuso, especialmente no contexto de pandemia, implica todos os entes políticos e a humanidade em geral, de modo que a garantia do direito à saúde aos imigrantes também é medida que atende aos interesses locais.

Acredita-se que as diretrizes apontadas ajudam a construir um modelo que harmoniza, em alguns aspectos, a necessidade de controle das fronteiras em tempos de pandemia e os direitos humanos dos imigrantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Ana Paula Martins; MARQUES, Heitor Romero; OLIVEIRA, Cristiane Martins Viegas de. Migrantes e refugiados e os direitos humanos em meio à pandemia mundial da Covid-19: uma revisão integrativa. **Revista Justiça do Direito**, [s. l.], v. 34, n. 3, p. 302-330, set./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v34i3.11380>

ANDRADE, Fabiana Lima Agapejev de. Migração forçada do povo indígena Warao: a luta pelo reconhecimento do direito ao refúgio em tempos de pandemia. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS (ANPOCS). 45., 2021, São Paulo. **Anais eletrônicos** [...]. São Paulo: ANPOCS, out. 2021. Disponível em: https://www.anpocs2021.sinteseeventos.com.br/atividade/view?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoZnJoiYToxOntzOjEyOiJJRF9BVElWSURBR EUiO3M6MzoiMjM1Ijt9IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6IjJkOTc1NDM3NWY2YzVkZDBjODhlYTlmYzZiNTVlYjU5Ijt9&ID_ATIVIDADE=235. Acesso em: 22 dez. 2023

BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís Renato; NANDY, Shailen (coord.). **Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19**. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó, 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 23 jul. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 25 maio 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 6 fev. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Remessa Necessária/RO 1002246-59.2021.4.01.4200**. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, Data de Julgamento: 03 nov. 2021, 5ª Turma, Data de Publicação: PJe 03 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Remessa Necessária Cível PR 5025451-07.2021.4.04.7000**. Envolve matéria de Direito Internacional e garantias constitucionais relacionadas a imigrantes (como a análise de medidas de rechaço e o respeito a princípios constitucionais previstos na Lei nº 9.474/1997). Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, 3ª Turma, Data de Julgamento: 19 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). **Remessa Necessária/CE 0816771-56.2021.4.05.8100**. Relator: Desembargador Federal Fernando Braga Damasceno, 3ª Turma. Data de Julgamento: 07 jul. 2022.

BRÍGIDO, Eveline Vieira; UEBEL, Roberto Rodolfo Georg. Efeitos da pandemia da Covid-19 nas migrações internacionais para o Mercosul e a União Europeia: aspectos normativos e cenários políticos. **Boletim de Economia e Política Internacional – BEPI**, [s. l.], n. 27, p. 37-53, ago. 2020. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10205>. Acesso em: 26 nov. 2023

COMISSÃO EUROPEIA. COVID-19: Orientações sobre a aplicação das disposições pertinentes da UE em matéria de procedimentos de asilo e de regresso e sobre a reinstalação. **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], C 126/12-27, 17 abr. 2020. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417\(07\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417(07)&from=PT). Acesso em 19 jun.2023.

CONSELHO EUROPEU. Cronologia – Ações do Conselho face à COVID-19. **Conselho Europeu**, Bruxelas, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/coronavirus-pandemic/timeline/>. Acesso em: 26 nov. 2023.

FONSECA, Elisa Marina; MEDEIROS, Mirna de Lima; MIRANDA, João Irineu de Resende. O controle migratório nas fronteiras do Brasil durante a pandemia: sinais do autoritarismo à nossa porta. **Revista Simbiótica**, [s. l.], v.8, n.2, p. 11-37, maio-ago. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de O. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641307/>. Acesso em: 22 dez. 2023.

MEDEIROS, Falconi Rodrigues; ARAÚJO, Jéssica Martins. O acesso à saúde como direito difuso e sua tutela pelo ministério público por meio da ação civil pública. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.6, n.8, p.58951-58964, 2020. DOI: <https://doi.org/10.34117/bjdv6n8-345>

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1. p. 801.

MENEZES, Ricardo Fernandes de; SOARES, Adilson; CAMARGO, Iara Alves de. Panorama Internacional sobre o enfrentamento à pandemia de Covid-19. **Revista Humanidades & Inovação**, [s. l.], v. 8, n. 35, p. 54-70, fev. 2021.

MOTTE-BAUMVOL, Julia; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frola; GUIMARÃES, Gabriel Braga. Ampliando a proteção social aos migrantes à luz da diretiva de proteção temporária da Europeia: lições da invasão da Ucrânia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 19, n. 2, p. 343-361, 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). WHO-convened Global Study of the Origins of SARS-CoV-2. **WHO**, [s. l.], 30 mar. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/origins-of-the-virus>. Acesso em 25 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. OMS: vacinar 70% da população mundial é o único meio de conter a variante Ômicron. **Nações Unidas no Brasil**, Brasília, 06 jan. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/167609-oms-vacinar-70-da-popula%C3%A7%C3%A3o-mundial-%C3%A9-o-%C3%BAnico-meio-de-conter-variante-%C3%B4micron>. Acesso em 28 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 28 de julho de 1951. Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, 30 jan. 1961, p. 838.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma). Surto de coronavírus é reflexo da degradação ambiental. **ONU**, [s. l.], [2023]. Disponível em: <https://www.unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/surto-de-coronavirus-e-reflexo-da-degradacao-ambiental-afirma>. Acesso em 25 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Declaração da Corte Interamericana de Direitos Humanos 1/20, de 9 de abril de 2020. COVID-19 e direitos humanos: os problemas e desafios devem ser abordados a partir de uma perspectiva de direitos humanos e com respeito às obrigações internacionais. **CORTE IDH**, Costa Rica, 9 abr. 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/Declaracao_1_20_PORT.pdf. Acesso em 25 out. 2023.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO EUROPEU. Diretiva 2013/33/UE de 26 de junho de 2013, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional. **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 180/96-116, 29 jun. 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033>. Acesso em 28 nov. 2023.

PÊGO FILHO, Bolívar; MOURA, Rosa; NUNES, Maria; KRÜGER, Caroline; MOREIRA, Paula Gomes; FERREIRA, Gustavo; NAGAMINE, Liria Yuri. **Pandemia e fronteiras brasileiras: análise da evolução da Covid-19 e proposições**. Nota Técnica n. 16 (Dirur). Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10039>. Acesso 16 jun. 2023.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 12. ed., Salvador: JusPODIVM, 2020

SOARES, Danielle Cevallos. **Soberania, direito à saúde e cobertura vacinal de imigrantes indocumentados na fronteira oeste de mato grosso no contexto da pandemia do Coronavírus: um estudo de caso**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2023.

WALDMAN, Eliseu; AITH, Fernando. **Parecer jurídico-sanitário: fechamento de fronteiras terrestres do Brasil para o controle da disseminação da COVID-19: aspectos jurídicos e epidemiológicos**. Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário- CEPEDISA. São Paulo: CEPEDISA/USP, dez. 2020. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2020/12/PARECER_JURI%CC%81DICO_SANITA%CC%81RIO_FRONTTEIRAS_CEPEDISA_FSP_USP.pdf.



LES RAPPORTS ENTRE L'ORDRE JURIDIQUE EUROPEEN ET LES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX (ETUDE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DE SOURCE EUROPEENNE)

Maud Minois^{1*}

RÉSUMÉ

Cet article analyse les rapports entre l'ordre juridique européen et les ordres nationaux dans le domaine du droit international privé européen en matière civile et commerciale. La coexistence de deux modèles doctrinaux d'intégration — le dualiste et le moniste — est mise en évidence. Le modèle dualiste préserve l'autonomie étatique par des mécanismes tels que la coopération renforcée, la compétence générale indirecte et le renvoi des qualifications juridiques aux lois internes (lex causae et lex fori). À l'inverse, le modèle moniste favorise l'unification de l'espace judiciaire via des règles de compétence spéciale directe, l'interprétation autonome de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et l'application immédiate de lois de police et d'ordre public européens (arrêt Ingmar). L'article conclut que le renforcement du modèle moniste est indispensable pour consolider l'intégration fédérale et la cohésion européenne face aux tensions géopolitiques contemporaines.

Mots-clés : Droit international privé européen ; Dualisme ; Monisme ; Règlement Bruxelles I bis ; Ordre public européen.

AS RELAÇÕES ENTRE A ORDEM JURÍDICA EUROPEIA E AS ORDENS JURÍDICAS NACIONAIS (ESTUDO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DE FONTE EUROPEIA)

RESUMO

Este artigo analisa as relações entre a ordem jurídica europeia e as ordens nacionais no Direito Internacional Privado de fonte europeia em matéria cível e comercial. Demonstra-se a coexistência de dois modelos doutrinários de integração: o dualista e o monista. O modelo dualista preserva a autonomia estatal através de mecanismos como a cooperação reforçada, a competência geral indireta e a qualificação de conceitos jurídicos remetida às leis internas (*lex causae* e *lex fori*). Em contrapartida, o modelo monista promove a unificação do espaço judicial por meio de regras de competência especial direta, da interpretação autônoma pela Corte de Justiça da União Europeia (CJEU) e da imposição de normas imperativas e de ordem pública europeias (como as leis de polícia no caso *Ingmar*). Conclui-se que o fortalecimento do modelo monista é essencial para consolidar a integração federal e a coesão europeia diante das tensões geopolíticas atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado Europeu; Dualismo; Monismo; Regulamento Bruxelas I bis; Ordem Pública Europeia.

^{1*} Maître de conférence de l'Université Paris Cité. Membre du Comité français de droit international privé. Membre de l'EAPIL (European Association of Private International Law).

Le droit international privé est la discipline qui se donne pour ambition de régir tout type de relations privées internationales à travers la résolution de deux problématiques distinctes, le conflit de juridictions et le conflit de lois. Sous l'angle de ses sources, la matière se caractérise par une grande diversité². On dénombre le droit international privé de sources nationale³, internationale⁴ et européenne⁵.

S'agissant de cette dernière source, à l'origine, la Communauté ne disposait d'aucune compétence pour adopter des textes de droit international privé car la matière relevait de la coopération interétatique⁶. L'article 220 du Traité de Rome⁷ autorisait seulement les États membres à conclure, « *en tant que de besoin* », des conventions, notamment s'agissant de la reconnaissance et de l'exécution des décisions. C'est donc sur ce fondement que les premières conventions de droit international privé ont vu le jour. Elles ont été conclues entre les six États fondateurs sous l'impulsion de l'ancienne Communauté européenne. Il s'agit de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁸ et de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁹. Il faut finalement attendre l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam en 1997¹⁰ pour que les organes de l'ancienne Communauté soient compétents pour adopter des textes de droit international privé. Depuis, un nombre important de règlements ont vu le jour. Dans le domaine de la compétence internationale, la convention de Bruxelles a d'abord été communautarisée en règlement Bruxelles I¹¹ puis en règlement Bruxelles I bis¹². Une nouvelle mouture de ce texte est en cours d'élaboration. On peut également citer le règlement Bruxelles II ter du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants¹³. Du côté du conflit de lois, la convention de Rome a été communautarisée

² Je tiens à remercier très chaleureusement les professeurs Tarin MontAlverne et Julia Motte Baumvol de m'avoir conviée à cette très riche et stimulante manifestation.

³ La jurisprudence a joué un rôle clé dans l'élaboration de nombreuses règles de droit international privé. Si les tentatives de codification générale antérieures du droit international privé ont échoué, la codification se fait à l'heure actuelle de manière plus ponctuelle, à l'occasion de réformes du droit interne. Il faut néanmoins noter qu'un projet de Code de droit international privé a été remis au Garde des Sceaux le 31 mars 2022 et que la réflexion se poursuit sur l'opportunité de codifier la matière : chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/rapport_code_DIP_mars_2022%20.pdf

⁴ On songe aux nombreuses conventions internationales qui ont été adoptées par la France. On peut citer à titre d'exemple la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

⁵ Cf. infra.

⁶ L'Union européenne et, avant elle, la Communauté européenne dispose d'une compétence d'attribution. Cela signifie qu'elle ne peut agir que dans les limites des compétences qui lui ont été conférées par les États membres et qui ont été posées dans les traités (Article 2 à 6 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)). Ainsi, toutes les compétences qui ne sont pas attribuées à l'Union européenne appartiennent intégralement aux États membres.

⁷ Le 25 mars 1957 est signé à Rome deux Traités, l'un créant la Communauté économique européenne (CEE), l'autre instaurant la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA ou Euratom).

⁸ JO L 299 du 31.12.1972, pp. 32-42.

⁹ JO L 266 du 9.10.1980, pp. 1-19.

¹⁰ Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes – Sommaire, du 2 octobre 1997 : JO C 340 du 10.11.1997, pp. S1-S6.

¹¹ Règlement (UE) no 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 351 du 20.12.2012, p. 1).

¹² JO L 178 du 02.07.2019, p. 1

¹³ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177 du 04.07.2008, p. 6.

en règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁴. On dénombre également le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles¹⁴ ou bien encore le règlement successions du 4 juillet 2012¹⁵.

Au sein de cette matière se côtoient un modèle dualiste et un modèle moniste des rapports entre les ordres juridiques européen et nationaux. Les rapports sont dits dualistes lorsque l'ordre juridique européen est parfaitement délimité et distinct des ordres juridiques nationaux¹⁶. L'Union européenne est alors perçue comme un ordre juridique à part entière. Elle dispose d'institutions qui lui sont propres – la Commission européenne, le Parlement, le Conseil – d'un pouvoir normatif et d'un pouvoir de sanction. De leur côté, les États membres, bien qu'ayant volontairement adhéré à l'Union européenne, conservent également leur autonomie. Elle se traduit, par exemple, par la possibilité pour chaque État membre de se retirer de l'Union européenne¹⁷. Le choix du Royaume-Uni de quitter l'Europe le confirme et illustre le modèle pluraliste. Au contraire, les rapports entre les ordres juridiques européen et nationaux sont dits monistes lorsque les barrières qui séparent le premier des seconds sont abaissées et qu'une immixtion entre eux est envisageable. Dans cette conception, l'ordre juridique européen se rapproche d'un ordre juridique interne, c'est-à-dire d'un État.

Alors qu'il existe un dualisme des rapports, on constate bien souvent que la conception moniste est occultée – consciemment ou inconsciemment – par la doctrine mais également par les États membres qui perçoivent majoritairement les interactions selon une lecture dualiste. Une telle analyse biaise la perception du droit international privé européen et ne permet pas d'appréhender sa nature. En l'état actuel du processus d'intégration, les rapports monistes et dualistes cohabitent.

« Tant que l'Union ne se sera pas imposée comme structure fédérale, et inversement, que les États membres continueront de considérer et d'accepter, même avec réticence, cette dernière comme un centre de pouvoir distinct d'eux-mêmes »¹⁸, l'ambivalence des rapports persistera. Le but de l'étude consiste à analyser aussi bien les rapports monistes que dualistes, en droit international privé de source européenne, et à restituer à la conception moniste la place qui est la sienne. C'est ainsi que se dessinera une image exacte du droit international privé européen.

Afin de respecter le cadre limité de l'étude, il ne sera pas question de traiter de tous rapports monistes et dualistes, seuls les plus saillants feront l'objet de développements. Par ailleurs, les exemples porteront sur les deux branches du droit international privé (conflit de juridictions et conflit de lois) dans le domaine de la matière civile et commerciale.

L'étude des rapports dualistes (I) précédera celle de rapports monistes (II).

Les rapports dualistes

En droit international privé européen, l'analyse dualiste se dévoile dans la conception

¹⁴ Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (JO L 178, du 02.07.2019, p. 1)

¹⁵ Règlement (Union européenne) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (JO L 201 du 27.07.2012, p. 107).

¹⁶ La terminologie « modèle moniste » et « modèle dualiste » des rapports entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux est empruntée à Mme Jeuneau (A. Jeuneau, op. cit. p. 29, no 33).

¹⁷ A. Jeuneau, L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, essai de systématisation, LGDJ, 2018, p. 33, no 35.

¹⁸ A. Jeuneau, op. cit., pp. 32-34, no 35.

(A) et l'interprétation des règles de droit international privé (B).

A. La conception des règles de droit international privé

À titre liminaire, la plus flagrante manifestation des rapports dualistes est sans doute l'existence de la procédure de coopération renforcée¹⁹. Instaurée par le traité d'Amsterdam, « la coopération renforcée est une procédure par laquelle un minimum de neuf États membres de l'Union européenne sont autorisés à établir une intégration et une coopération accrues dans un domaine particulier lorsqu'il apparaît que l'ensemble des États membres ne peuvent parvenir à cette coopération dans un délai raisonnable »²⁰. Il s'agit de poursuivre l'intégration à des rythmes différents et de produire un effet d'entraînement des autres États membres de l'Union européenne en gageant d'un prochain ralliement. C'est ainsi qu'a été adopté le règlement Rome III du 20 décembre 2010 sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps²¹. Actuellement, dix-sept États membres ont adopté le texte sur les vingt-sept²². Plus récemment, en décembre 2022, la Commission a adopté un projet de règlement très ambitieux relatif à la filiation (compétence, loi applicable, reconnaissance des décisions et acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation)²³. Au regard des réticences que suscite ce texte au sein des États membres, le recours à la coopération renforcée est envisagé. L'emploi de la coopération renforcée, heureusement dans un nombre d'hypothèses limitées, est une manifestation explicite des rapports dualistes qu'entretiennent l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux. Au sein de cette procédure, certains États peuvent littéralement se désolidariser en refusant d'être partie. Les frontières internes s'élèvent entre certains membres ayant adopté le texte et les autres. Les règles de compétence issues du règlement Bruxelles I bis illustrent également l'ambivalence des rapports entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux. Ce règlement se structure notamment autour d'une règle de compétence générale posée à l'article 4 et de règles de compétence optionnelle. La règle générale octroie compétence aux juridictions de l'État membre du domicile du défendeur. À titre d'exemple, ce sont les juridictions françaises du lieu du domicile du défendeur qui sont compétentes (article 4 du règlement Bruxelles I bis). Il revient ensuite au droit interne de cet État de désigner spécifiquement la juridiction compétente. Dans l'illustration donnée, le juge français devra avoir recours à ses règles de procédure civile internes afin de déterminer, au sein de l'ordre juridique français, qui du juge de Caen, de Marseille ou de Nîmes sera compétent pour connaître spécifiquement du litige. En obligeant les juges nationaux à solliciter leurs propres règles internes de procédure, le législateur européen a une vision dualiste des rapports entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux. On a deux espaces distincts : l'espace européen et les espaces des États membres avec,

pour chacun, leurs propres règles applicables.

Le même constat peut être posé à propos de l'interprétation des règles.

¹⁹ Art. 20 du Traité sur l'Union européenne et Titre III du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

²⁰ EUR-Lex : <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/glossary/enhanced-cooperation.html>

²¹ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JO L 343 du 29.12.2010, p. 10.

²² Il s'agit de la Belgique, de la Bulgarie, de l'Allemagne, de l'Estonie, de la Grèce, de l'Espagne, de la France, de l'Italie, de la Lettonie, de la Lituanie, de Luxembourg, de la Hongrie, de Malte, de l'Autriche, du Portugal, de la Roumanie et de la Slovaquie.

²³ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, COM(2022) 695 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0695>

B L'interprétation des règles

Il se peut que les juges nationaux aient un doute sur l'interprétation d'une norme européenne. Dans ce cas, ils peuvent - lorsqu'il s'agit de juridictions du fond - ou doivent - en présence de juridictions suprêmes - poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne qui interprétera la notion en question²⁴. Celle-ci peut parfois adopter une vision pluraliste des rapports. Les barrières entre l'ordre juridique européen et les États membres sont relevées, les systèmes sont autonomes et indépendants les uns des autres. Il en est ainsi lorsque les juges de Luxembourg abandonnent la délimitation d'une catégorie ou l'interprétation du rattachement à la loi du juge saisi ou à une loi étrangère désignée par la règle de conflit. Tel est le cas de l'emblématique arrêt *Tessili*²⁵. Dans cette affaire, la Cour de justice était interrogée sur la localisation du tribunal compétent en matière contractuelle au sens l'article 5 de la convention de Bruxelles²⁶. Cette disposition énonce qu'en matière contractuelle, le tribunal compétent est celui du lieu de l'État membre où l'obligation qui sert de base à la demande a ou doit être exécutée. Où devait-on concrètement localiser ce lieu? La Cour de justice confie à la *lex causae* le soin de localiser le rattachement. Concrètement, il revient à la loi du contrat de déterminer le lieu où l'obligation litigieuse a été ou doit être exécutée.

Le législateur européen peut, également, renvoyer à la loi du juge saisi l'interprétation d'un rattachement. Il en est ainsi de la notion de « domicile » visé à l'article 62 du règlement Bruxelles I bis. Cette notion est encadrée par la loi du for. La délimitation du « domicile », concept pourtant important dans le règlement Bruxelles I bis, est donc susceptible de varier selon le juge saisi. Rien ne garantit, en effet, que le juge bulgare et le juge danois, pour ne citer que ces deux États membres, aient la même conception de la notion de domicile.

En choisissant de déléguer l'opération de qualification à la loi interne, la Cour de justice ainsi que le législateur européen retiennent une perception pluraliste des rapports entre les différents ordres juridiques : il existe d'un côté l'ordre juridique européen et de l'autre les ordres juridiques nationaux qui, tout en étant des composantes de l'Union européenne, conservent également leur statut d'États indépendants²⁷.

À côté des rapports dualistes, se dessinent également des rapports monistes.

Les rapports monistes

L'analyse moniste s'incarne sur la conception (A), l'interprétation (B) ainsi que sur l'éviction des règles (C).

A La conception des règles

On rencontre un « modèle moniste des rapports »²⁸ entre les ordres juridiques nationaux et européen à propos des règles de compétence désignant spécialement le tribunal compétent. Tel est le cas des règles optionnelles de compétence²⁹, des règles de compétence protectrice de la partie

²⁴ Art. 267 TFUE.

²⁵ CJCE, 6 oct. 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, aff. 12/76, Rev. crit. DIP. 1977. 761, note P. Gothot et D. Holleaux ; JDI 1977. 702, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet.

²⁶ Actuel article 7.1 a. du règlement Bruxelles I bis.

²⁷ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Dalloz, 11e éd., 2018, p. 907, no 1572.

²⁸ A. Jeuneau, op. cit., p. 29, n° 33.

²⁹ Article 7 du règlement Bruxelles I bis, article 5 du règlement Bruxelles I et article 5 de la convention de Bruxelles.

faible³⁰ ou encore des fors de compétence exclusifs³¹. Ces dispositions désignent la juridiction *spécialement* compétente, un peu comme le ferait un ordre juridique étatique sur son propre territoire. Elles désignent, par exemple, directement le juge d'Athènes, de Rome ou de Marseille et non l'ordre juridique dans son ensemble : la Grèce ; l'Italie, la France à l'instar de la règle de compétence générale (article 4 du règlement Bruxelles I bis).

En adoptant ce genre de règles, les rédacteurs des textes de Bruxelles ont une vision moniste des rapports entre les ordres juridiques européen et nationaux. Cette analyse rapproche l'espace judiciaire européen d'un territoire unique. « *L'existence de ces règles spéciales crée l'impression d'une répartition purement interne des compétences territoriales* »³².

La vision moniste se rencontre, par ailleurs, à propos de l'interprétation des règles.

B L'interprétation des règles

Dans la grande majorité des cas, la Cour de justice de l'Union européenne interprète les notions européennes selon une méthode d'interprétation autonome. Il s'agit pour les juges de Luxembourg de dégager des qualifications qui sont indépendantes du droit interne d'un État membre. Ces notions autonomes s'imposent ensuite à tous les juges des États membres. Cette approche présente l'avantage d'appliquer de manière uniforme les normes européennes au sein de tous les États membres de l'Union européenne. À titre d'exemple, la Cour de justice a jugé que la « matière contractuelle » posée à l'article 5.1 de la convention de Bruxelles³³

« *ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre* »³⁴. De la même manière, elle a énoncé dans l'arrêt

*Kalfelis*³⁵ que relève de la « *matière délictuelle ou quasi délictuelle* », au sens de l'article 5.3 de la convention de Bruxelles³⁶, « *toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle* »³⁷.

En retenant des qualifications autonomes, la Cour de justice opte pour une perception moniste des liens entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux. Les juges nationaux statuent en tant que juge européen appliquant de manière uniforme les qualifications autonomes. Cette approche tend à gommer les frontières qui séparent traditionnellement les États membres et à faire du territoire de l'Union européenne un espace unique, que l'on pourrait assimiler, sous cet angle, à un espace interne.

Il arrive parfois que la loi désignée par la règle de conflit puisse être évincée.

C L'éviction des règles

³⁰ Il s'agit des règles de compétence en matière d'assurance (art. 10 à 18 du règlement Bruxelles I bis, art. 8 à 14 du règlement Bruxelles I et art. 7 à 12 bis de la convention de Bruxelles), en matière de contrat conclu par les consommateurs (art. 17 à 19 du règlement Bruxelles I bis, art. 15 à 17 du règlement Bruxelles I, art. 13 à 15 de la convention de Bruxelles) et de contrat de travail (art. 20 à 23 du règlement Bruxelles I bis, art. 18 à 21 du règlement Bruxelles I).

³¹ Art. 24 du règlement Bruxelles I bis.

³² H. Muir Watt et D. Bureau, *Droit international privé*, PUF, t.1, 5e éd., 2021, pp. 164-165, no 121.

³³ Actuel article 7.1 a. du règlement Bruxelles I bis.

³⁴ CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA.*, aff. C-26/91, pt. 15, D. somm. 1993. 214, obs. J. Kulmann ; Rev. crit. DIP. 1992. 726, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1993. 469, note J.-M. Bischoff ; JCP G 1992. II. 21927, obs. Ch. Larroumet ; RTD eur. 1992. 712, note P. de Vareilles-Sommières.

³⁵ CJCE, 27 sept. 1988, *Kalfelis c. Schröder e.a.*, aff. C-189/87, D. somm. 1989. 254, obs. B. Audit ; Rev. crit. DIP. 1989. 117, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1989. 457, note A. Huet.

³⁶ Actuel article 7.2 du règlement Bruxelles I bis

³⁷ CJCE, 27 sept. 1988, *Kalfelis*, préc., pt. 17.

L'adoption de lois de police européennes et la création d'un ordre public européen illustrent les rapports monistes l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux.

Une loi de police est une disposition substantielle qui s'applique immédiatement à toute situation internationale entrant dans ses champs d'application matériel et spatial. Plus précisément, il s'agit d' « une disposition nationale dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci »³⁸. Avec le développement des normes européennes, s'est posée la question de l'existence de lois de police européennes. Dans l'arrêt *Ingmar*, la Cour de justice a répondu par la positive³⁹. En l'espèce, un contrat a été conclu entre une entreprise basée aux États-Unis et un agent commercial établi dans l'Union européenne et exerçant son activité dans l'Union européenne. Le contrat contenait une clause de choix de loi en faveur de la loi californienne. Dans cette affaire, la Cour de justice était saisie de l'interprétation de la directive du 18 décembre 1986 relative à la coordination des États membres concernant les agents commerciaux indépendants⁴⁰. Cette directive prévoit des mesures protectrices de l'agent commercial en cas de cessation de son contrat. La Cour retient que la directive a pour objectif d'assurer la protection de Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1993. 469, note J.-M. Bischoff ; *JCP G* 1992. II. 21927, obs. Ch. Larroumet ; *RTD eur.* 1992. 712, note P. de Vareilles-Sommières.

L'agent mais également de protéger la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée sur le territoire de l'Union européenne. Elle en déduit que les articles 17 et 19 doivent être analysés comme étant des lois de police européennes. De la même manière, émerge à côté de l'ordre public international, un ordre public international de source européenne. Pour rappel, s'agissant de la régularité d'un jugement étranger, le déclenchement de l'exception d'ordre public international permet de priver d'effet, sur le territoire français, une décision étrangère qui serait contraire à des valeurs fondamentales pour l'ordre juridique de l'État requis. À titre d'exemple, lorsque l'épouse est domiciliée en France, la répudiation unilatérale prononcée à l'étranger ne pourra produire d'effet sur le territoire français car elle est contraire à l'ordre public international. La répudiation unilatérale ne respecte pas le principe d'égalité des époux⁴¹.

Il arrive que les règlements européens de droit international privé fixent eux-mêmes, sur certains points, des éléments d'un ordre public européen⁴². Il s'agit de valeurs directement promues par l'Union européenne et qui vont s'intégrer dans l'ordre public international des États membres. L'ordre public international européen vient ainsi « compléter » la catégorie ordre public international de chaque État membre⁴³. Tel est le cas de l'article 45.1 b) du règlement Bruxelles I bis⁴⁴. Cette disposition prive d'effet une décision qui aurait été rendue par défaut s'il est établi

³⁸ CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, aff. 369-96, Rev. crit. DIP. 2000. 710, note M. Fallon ; *JDI* 2000. 493, note M. Luby. Par la suite, le législateur européen s'est inspiré de cette définition pour rédiger l'article 9 du règlement Rome I relatif aux lois de police.

³⁹ CJUE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. 381-98, Rev. crit. DIP. 2001. 107, note L. Idot ; *JDI* 2001. 511, note J.-M. Jacquet.

⁴⁰ JO L 382 du 31.12.1986, p. 17.

⁴¹ Cass. civ. 1re, 17 févr. 2004 (5 arrêts), Rev. crit. DIP 2004. 423, note P. Hammje ; *JDI* 2004.1200, note L. Gannagé ; *JCP G* 2004. II. 10128, note H. Fulchiron.

⁴² P. de Vareilles-Sommières et S. Laval, *Droit international privé*, Dalloz, 11e éd., 2023, p. 600-601, n°791.

⁴³ *Ibid.*, p. 561, n° 740.

⁴⁴ Art. 45 « 1. À la demande de toute partie intéressée, la reconnaissance d'une décision est refusée : [...]

b. dans le cas où la décision a été rendue par défaut, si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été notifié ou signifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire ; »

que la notification de l'acte introductif d'instance au défendeur n'a pas eu lieu en temps utile. Un tel article peut être présenté comme alimentant un ordre public international européen. La protection du défendeur a été posée *directement* dans le règlement, sans être à la discrétion des États membres. Il s'agit donc bien d'un véritable ordre public international de source européenne.

Dans les deux situations – ordre public international européen et loi de police européenne – on constate que l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux entretiennent des rapports monistes. Les frontières se sont affaissées. Des valeurs d'origine européenne se dégagent pour s'appliquer à l'ensemble des États membres, à l'instar d'un ordre juridique interne.

Si en l'état actuel du processus d'intégration, l'ambivalence des rapports doit être gardée à l'esprit, il serait désormais opportun, notamment lors de la prochaine refonte du règlement Bruxelles I bis de développer davantage les rapports monistes. Dans le contexte plus global de tensions que nous connaissons actuellement, le développement d'un ordre fédéral européen doit être davantage réfléchi et le droit international privé doit y participer.



QUEL ENCADREMENT POUR LES CRYPTOMONNAIES ? PRÉSENTATION DU CADRE EUROPÉEN

Pauline Pailler^{1*}

RÉSUMÉ

Cet article analyse le cadre juridique des cryptomonnaies en mettant l'accent sur la réglementation européenne, tout en établissant des parallèles avec les systèmes brésilien et américain. Il convient de souligner deux caractéristiques majeures des cryptomonnaies : leur inscription sur une blockchain et leur fonction monétaire non souveraine. Elle exclut de cette catégorie les monnaies numériques de banque centrale (telles que le Drex au Brésil ou le projet d'euro numérique), qui demeurent des monnaies officielles souveraines en vertu du principe de neutralité technologique. L'étude distingue ensuite deux grandes catégories : les actifs décentralisés (comme le Bitcoin), dont l'absence d'émetteur identifié ne permet qu'une régulation indirecte, et les stablecoins, encadrés dans l'Union européenne par le règlement MiCA sous la forme de jetons se référant à un actif (ART) ou de jetons de monnaie électronique (EMT). Enfin, l'article souligne une concurrence réglementaire internationale où le modèle d'encadrement strict de l'UE et du Brésil s'oppose à l'approche américaine, qui favorise les stablecoins privés tout en rejetant l'émission d'une monnaie publique numérique.

MOTS-CLÉS : Cryptomonnaies ; Règlement MiCA ; Souveraineté monétaire ; Monnaies numériques de banque centrale ; Stablecoins.

QUAL A REGULAMENTAÇÃO PARA AS CRIPTOMOEDAS? APRESENTAÇÃO DO QUADRO EUROPEU

RESUMO

O artigo analisa o enquadramento jurídico das criptomoedas com foco no modelo europeu, contrastando-o com as abordagens brasileira e norte-americana. Destacam-se as duas características definidoras das criptomoedas: a inscrição em tecnologia de registros distribuídos (blockchain) e a sua função monetária não soberana. O texto diferencia as moedas digitais de bancos centrais (como o Drex no Brasil e o Euro Digital), que mantêm o caráter de moeda legal soberana com base no princípio da neutralidade tecnológica. Em seguida, o artigo examina as duas principais categorias de criptomoedas: os ativos totalmente descentralizados (como o Bitcoin), de regulação direta inviável pela falta de emissor central, e as criptomoedas estáveis (stablecoins), reguladas na União Europeia pelo Regulamento MiCA através das figuras de Asset-Referenced Tokens (ARTs) e E-Money Tokens (EMTs). Por fim, aponta-se para uma concorrência regulatória global, na qual a regulação rigorosa da UE e a proposta brasileira contrastam com a postura dos EUA de incentivo às stablecoins privadas em detrimento de uma moeda digital soberana.

PALAVRAS-CHAVE: Criptomoedas; Regulamento MiCA; Soberania Monetária; Moedas Digitais de Banco Central; Stablecoins.

^{1*} Professeur de droit privé à l'Université Paris Cité. Directrice du Centre de Droit des Affaires et de Gestion -CEDAG. Membre de l'Institut Universitaire de France (IUF). <https://orcid.org/0000-0001-8737-8521>

Bitcoin, Ether, Solana, USDT, USDC, DAI... mais encore *BRL1* ou *BRZ*, qui sont des stablecoins sur reals. Les monnaies virtuelles (ou cryptomonnaies) se multiplient, et peuvent soulever des enjeux de compétitivité, d'attractivité, mais aussi de souveraineté, en particulier de souveraineté monétaire.

Pour commencer, qu'est-ce qu'une cryptomonnaie ? Il n'existe pas de définition juridique unique de ce qu'est une cryptomonnaie, car les cryptomonnaies ou les monnaies virtuelles recouvrent en réalité des manifestations très diverses. Il peut ainsi s'agir de « monnaies » complètement décentralisées, sans émetteur à proprement parler, comme le *bitcoin*, bien connu. Mais la catégorie des cryptomonnaies peut également concerner des monnaies émises par une entité privée comme Circle, avec l'USD Coin, ou Transfero, avec le BRZ token. La question de la nature juridique de la monnaie digitale de banque centrale, autrement dit le real ou l'euro inscrit en blockchain par la banque centrale, peut également être soulevée ; toutefois, si la qualification de monnaie virtuelle pourrait être envisagée, elle doit en réalité être écartée.

L'absence de définition juridique unique de ce qu'est une cryptomonnaie ne signifie pas qu'il n'en existe pas de caractéristiques communes. On peut en identifier deux principales.

D'abord, les monnaies virtuelles ou cryptomonnaies ont pour point commun d'être inscrites dans une blockchain : elles appartiennent à ce titre à la catégorie plus vaste des crypto-actifs. En droit de l'Union européenne, le législateur a adopté un règlement pour encadrer les marchés de crypto-actifs : il s'agit du règlement dit MiCA du 31 mai 2023². Ce règlement donne une définition formelle du crypto-actif : le crypto-actif est ainsi « une représentation numérique d'une valeur ou d'un droit pouvant être transférée et stockée de manière électronique, au moyen de la technologie des registres distribués ou d'une technologie similaire »³. Le critère du crypto-actif tient donc à son mode de représentation numérique dans une blockchain, la blockchain constituant une technique de stockage et de transmission des informations sans recours à un administrateur central, par le procédé du « minage »⁴. Plus précisément, la blockchain relève de la technologie des registres distribués (DLT pour Distributed Ledger Technology), que le législateur européen définit comme « une technologie qui permet l'exploitation et l'utilisation de registres distribués »⁵. Le registre distribué se définit comme « un répertoire d'informations qui conserve un enregistrement des transactions et qui est partagé et synchronisé au sein d'un ensemble de nœuds de réseau DLT, au moyen d'un mécanisme de consensus »⁶. L'intérêt de cette technologie est qu'elle permet de conserver l'historique de tous les échanges concernant un actif : « un ensemble de transactions (« block »), validé par l'appareillage d'une

² Règlement (UE) 2023/1114 du 31 mai 2023 sur les marchés de crypto-actifs, dit Règlement MiCA.

³ Règl. MiCA, art. 3, §1, 5).

⁴ V., Vocabulaire de l'informatique (liste de termes, expressions et définitions adoptés), JORF n°0121 du 23 mai 2017, n°20, v° Chaîne de blocs : « Mode d'enregistrement de données produites en continu, sous forme de blocs liés les uns aux autres dans l'ordre chronologique de leur validation, chacun des blocs et leur séquence étant protégés contre toute modification. Note : La chaîne de blocs est notamment utilisée dans le domaine de la cybermonnaie, où elle remplit la fonction de registre public des transactions ». - v° Minage : « Validation de bloc donnant lieu à la création de nouvelles unités de compte au profit du participant dont le bloc a été retenu par le réseau. Note : Le minage est utilisé dans certains systèmes de paiement tels que Bitcoin et Ethereum ».

⁵ Règl. (UE) 2022/858 du 30 mai 2022 sur un régime pilote pour les infrastructures de marché reposant sur la technologie des registres distribués, dit Règlement Pilote, art. 2. – Règl. (UE) 2023/1114 du 31 mai 2023 sur les marchés de crypto-actifs, dit Règlement MiCA, art. 3, §1, 1). V., sur le règlement MiCA, D. Legeais, « La régulation européenne des crypto-actifs », Jcl Droit commercial, Fasc. 536, 1^{er} janv. 2024 ; T. Bonneau, « MiCA », Jcl. Europe Traité, 1^{er} sept. 2023. Adde, « Dossier – Le règlement MiCA : les nouvelles règles du jeu en matière de crypto-actifs », dir. N. Martial-Braz, D. Legeais, RD bancaire et fin. 2023, Dossier 26. V., également, sur l'ordonnance de mise en application du règlement MiCA en droit français, Ord. n°2024-936 du 15 octobre 2024 : « Le droit français se met en conformité avec le Règlement MiCA », dir. par D. Legeais et P. Pailler, RD bancaire et fin. 2025, Dossier 7 à 12.

⁶ Règl. MiCA, art. 3, §1, 2).

clef informatique publique et d'une clef informatique privée des participants, s'ajoute à l'historique (« chain ») »⁷. Dès lors que les cryptomonnaies sont des crypto-actifs, elles sont soumises par principe au règlement MiCA. La définition retenue en droit de l'Union européenne ne semble pas, à cet égard, fondamentalement différente de celle consacrée en droit brésilien. La loi n°14.478/22 du 21 décembre 2022 ne donne pas non plus de définition substantielle, via l'identification d'un critère juridique unique, de ce qu'est un crypto-actif (ou actif virtuel, selon la terminologie privilégiée par le législateur brésilien) : l'article 3 de la loi dispose qu'« Aux fins de la présente loi, on entend par actif virtuel la représentation numérique d'une valeur qui peut être négociée ou transférée par des moyens électroniques et utilisée pour effectuer des paiements ou à des fins d'investissement »⁸. Si le législateur brésilien prend en compte la finalité de l'actif virtuel, ce qui est distinct de l'approche européenne, il ne définit pas substantiellement la notion.

Ensuite, l'autre caractéristique commune à toutes les cryptomonnaies ou monnaies virtuelles est qu'elles poursuivent une fonction monétaire, dès lors qu'elles constituent un moyen d'échange, sans être pour autant des monnaies officielles. Elles sont donc dénuées de souveraineté monétaire, car elles ne sont pas émises par la puissance publique, mais elles se définissent par référence (ou plus justement par différence) avec la monnaie légale, la monnaie officielle. L'absence d'émission par une autorité publique joue en quelque sorte comme un critère négatif : la cryptomonnaie, c'est un instrument qui peut avoir une fonction monétaire, mais qui n'est pas émise ou garantie par une banque centrale ou une autorité publique. A cet égard, les cryptomonnaies relèvent davantage de la seconde catégorie d'actifs virtuels au sens du droit brésilien, autrement dit aux actifs virtuels qui ont pour finalité d'effectuer des paiements même si certaines cryptomonnaies, comme le Bitcoin, poursuivent également une finalité d'investissement.

Ce constat de l'autonomie des cryptomonnaies par rapports aux monnaies officielles permet d'écarter de la catégorie des cryptomonnaies les monnaies numériques de banques centrales. Pourquoi ? Car les monnaies numériques de banque centrale (ou central bank digital currencies) utilisent la technologie des registres distribués, mais sont bien des monnaies officielles, émises ou garanties par une banque centrale. La seule différence avec la monnaie officielle classique tient dans la technologie utilisée : la blockchain. L'Etat reprend ainsi à son compte la technologie DLT pour créer une monnaie digitale de banque centrale qui a pour caractéristique de reposer sur une technologie numérique⁹. Ce souhait, de la part des banques centrales, de créer leur propre

⁷ T. Cremers, « La blockchain et les titres financiers : retour vers le futur », Bull. Joly Bourse 2016, §114j7, p. 271. V., aussi, E. Caprioli, « La blockchain ou la confiance dans une technologie », JCP E 2016, 672 : cette technologie se fonde pour les échanges « sur l'utilisation de clés cryptographiques asymétriques et d'algorithmes de hachage. Ces procédés permettent d'assurer l'intégrité et l'authentification des transactions. En effet, c'est avec la clé publique correspondant à la clé privée ayant servi à signer la transaction que l'on vérifie la fiabilité de l'opération. Ainsi, chaque utilisateur peut vérifier la validité des transactions sur un registre numérique public, anonyme et sécurisé qui contient une base de données distribuée et hébergé dans un réseau de relais informatique sécurisés (un relais est un full-node). L'historique de tous les échanges est conservé dans cette base et partagé par les utilisateurs. La traçabilité des transactions est assurée par des procédés d'horodatage électronique. Chaque bloc contenant un ensemble de transactions est lié à un autre bloc ; chaque transaction est vérifiée de façon chronologique puis elle est intégrée dans la version N+1 du bloc suivant ».

⁸ V., Lei 14.478/22, art. 3 : « Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento ». Concernant les limites de la définition des actifs virtuels retenue par le législateur brésilien : LIMA JUNIOR, João Manoel de; SILVA, Priscilla Menezes da. Criptoativos e Regulação: uma crítica ao marco legal e suas implicações para o futuro das finanças digitais no Brasil. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, n. 35, p. 53-72, jul./dez. 2024.

⁹ T. Bonneau, « The Digital Euro Package of June 2023 », in *How to best regulate crypto-assets? The EU and UAE perspectives* (dir. P. Pailler), Larcier/Bruylant, à paraître. – J. Hardman, « CBDCs in Emerging Markets and the UAE's Digital Dirham example », ibid. Adde, C. Kleiner, « BCE – Le paiement en monnaies numériques banque centrale », RD bancaire et fin. 2023, Dossier 12. – F. Guiader, « Monnaie digitales de Banques centrales - Les empires contre-attaquent », CDE 2021, dossier 43.

monnaie numérique de banque centrale (MNBC), se développe de plus en plus. La Banque centrale européenne travaille sur un projet d'euro numérique. C'est aussi le cas de la Banque centrale brésilienne, qui travaille sur l'émission d'une monnaie digitale brésilienne désignée sous le terme de Drex, développée depuis 2020¹⁰ et qui est en phase de test depuis mars 2023¹¹. Cette volonté de la part des Etats se justifie par la volonté de participer à l'engouement suscité par les cryptoactifs, d'être modernes, mais aussi par le souhait de conserver le contrôle de la masse monétaire, qui pourrait être mis à mal par le développement de monnaies digitales de banque centrale d'Etats tiers ou de stablecoins rattachés à des monnaies officielles étrangères (en particulier le dollar), qui pourraient venir concurrencer la monnaie officielle locale.

La monnaie digitale de banque centrale n'est pas une cryptomonnaie, mais une monnaie officielle classique, qui a simplement pour particularité d'être inscrite en blockchain. On applique ici un principe important du règlement européen MiCA de 2023 : le principe de neutralité technologique¹², qui signifie pour résumer que peu importe la technique, peu importe le mode de représentation, c'est la substance de l'actif qui est importante. Selon ce principe, la qualification de « monnaie virtuelle » ou cryptomonnaie n'est donc pas pertinente dans ce cas, car elle ne se fonderait que sur la technique utilisée, quand la monnaie digitale de banque centrale, émise par la puissance publique, est bien dotée de la souveraineté monétaire et constitue donc bien une monnaie légale. Comme le souligne le règlement MiCA sur le fondement du principe de neutralité technologique, quand une banque centrale, agissant en qualité d'autorité monétaire, choisit d'utiliser la technologie des registres distribués pour représenter la monnaie qu'elle émet, cette monnaie est toujours de la monnaie souveraine, cela ne change pas sa nature, donc c'est le régime de la monnaie qui doit lui être appliqué, et pas celui des crypto-actifs¹³. La substance l'emporte sur la forme, sur le mode de représentation¹⁴.

Pour résumer, les cryptomonnaies ou monnaies virtuelles, qui ne sont pas de la monnaie officielle, sont : soit les crypto-actifs totalement décentralisés, comme le bitcoin ; soit les cryptoactifs émis par des entités privées, que sont les stablecoins. L'examen de ces deux catégories permet d'envisager les enjeux particuliers attachés à ces deux types de cryptomonnaies.

I) LE BITCOIN ET AUTRES ALTCOINS

La première catégorie vise donc la « monnaie virtuelle » historique, le *bitcoin*, qui a pour particularité d'être décentralisée, ainsi que ses équivalents, qu'on peut désigner sous le terme de *altcoins* (pour alternative au *bitcoin*)¹⁵ – *Ethereum*, *Tezos*, *Monero*, *Litecoin*... Ces *alternative*

¹⁰ https://www.bcb.gov.br/en/financialstability/drex_en.

¹¹ https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/piloto-drex_en.

¹² P. Pailler, « Le principe de neutralité technologique en droit bancaire et financier », in *Mélanges AEDBF France IX*, dir. B. Bréhier, à paraître.

¹³ Règl. MiCA, cons. (13) : « Les actifs numériques émis par des banques centrales agissant en leur qualité d'autorité monétaire, y compris la monnaie de banque centrale sous forme numérique, ou les crypto-actifs émis par d'autres autorités publiques, y compris les administrations centrales, régionales et locales, ne devraient pas être soumis au cadre de l'Union applicable aux marchés de crypto-actifs. Les services connexes fournis par de telles banques centrales agissant en leur qualité d'autorité monétaire ou par d'autres autorités publiques ne devraient pas non plus être soumis à ce cadre de l'Union ». v., égal., art. 2, §2, c) : « Le présent règlement ne s'applique pas : (...) c) à la BCE, aux banques centrales des États membres lorsqu'elles agissent en leur capacité d'autorités monétaires, ou à d'autres autorités publiques des États membres ».

¹⁴ J. Mouchette, « De quoi les « cryptomonnaies d'Etat » sont-elles le nom ? », in *L'Etat au défi des blockchains – Régulation(s) et usages publics de la technologie de la blockchain*, dir. F. Macrez, J. Mouchette, R. Eckert, Revue Francophone de la Propriété Intellectuelle, n° spécial Blockchain, février 2021, p. 72.

¹⁵ D. Legeais, Blockchain et crypto-actifs, op. cit., n°246.

coins sont conçus sur le modèle du bitcoin, qui a été créé dans la défiance de l'Etat et du système monétaire officiel, au lendemain de la crise économique et financière des *subprimes* de 2008. Le bitcoin poursuivait alors un objectif essentiel de désintermédiation, au profit de modèles de pair à pair, dont la finalité était d'écarter le tiers dit de confiance, autrement dit les Etats ainsi que tous les institutionnels, comme les banques, afin de remettre à plat un système traditionnel qui avait montré ses limites avec la crise. Le bitcoin se caractérise par le fait qu'il est décentralisé et désintermédié et qu'il fonctionne à partir de la technologie blockchain.

Dès l'origine, la nature juridique du bitcoin a posé question¹⁶ ; en particulier, est-ce que le bitcoin a la nature d'une monnaie ? En principe, selon la définition économique de la monnaie, il faut que l'instrument réunisse trois fonctions économiques pour que la qualification de monnaie puisse être retenue : une unité de mesure des valeurs, c'est-à-dire une unité standardisée permettant de mesurer la valeur des flux et des stocks de biens, de services ou d'actifs ; un moyen d'échange ; un instrument de réserve de valeur, permettant de stocker une valeur pouvant être utilisée dans le futur¹⁷. Il est difficile de retrouver toutes ces caractéristiques dans le bitcoin ou les altcoins. En effet, le bitcoin n'a pas cours légal¹⁸ (sous réserve d'initiatives marginales qui n'ont pas perduré – comme le Salvador, qui a consacré le bitcoin comme monnaie officielle en 2021, avant de revenir sur ce choix sous la pression du FMI en décembre 2024), donc il ne constitue une unité d'échange que dans les cas où il a été conventionnellement doté d'un pouvoir libératoire ; en principe, le bitcoin peut tout à fait légitimement être refusée en paiement. Ce constat est renforcé par le fait qu'il ne permet pas l'évaluation des biens et des services en soi, mais uniquement par référence, le plus souvent, à une monnaie légale : la valeur de la monnaie virtuelle dépend de sa convertibilité en monnaie officielle, qui peut être extrêmement aléatoire. En outre, s'il peut constituer théoriquement une réserve de valeur, en pratique il est très volatile, cette caractéristique ne semble donc pas non plus caractérisée.

Le bitcoin, et certains de ses avatars, connaissent toutefois de nouveaux usages, inédits, qui les réintègrent dans le circuit traditionnel, même s'ils n'ont pas la nature d'une monnaie officielle. Certaines sociétés (*MicroStrategy*, *Coinbase*, *Tesla*, etc.¹⁹) investissent ainsi une part de plus en plus importante de leur trésorerie dans des bitcoins²⁰ et, aux Etats-Unis, la volonté affichée du Président américain d'investir dans une réserve stratégique de bitcoins, illustre les liens très forts que les cryptomonnaies ont avec l'économie réelle. Le développement des instruments financiers dont la valeur est indexée sur le bitcoin²¹ ou l'ether²² et qui viennent répliquer la performance de

¹⁶ Monnaie, instrument de paiement, instrument financier, bien divers, etc. V., Dossier « Le bitcoin, une monnaie ? », Banque et droit janv.-fév. 2015, n°159, p. 8 et s. ; Dossier « La monnaie virtuelle », RISF 2014/4, p. 7 et s. *Adde*, F. Drummond, « Bitcoin : du service de paiement au service d'investissement ? », Bull. Joly Bourse, §111j1, p. 249 ; L. Corbion-Condé, « De la défiance à l'égard des monnaies nationales au miroir du bitcoin », RD banc. et fin. 2014, dossier 13.

¹⁷ Banque de France, « Les dangers liés au développement des monnaie virtuelles : l'exemple du Bitcoin », Focus n° 10, 5 déc. 2013. – HCJP, Rapport sur l'évolution de la notion juridique de monnaie, op. cit., p. 4.

¹⁸ V., pour une définition du cours légal en droit de l'Union européenne, CJUE, Gde ch., 26 janvier 2021, Dietrich et Häring c/ Hessischer Rundfunk, C-422/19 et C-423/19, spéc. pts 44 à 56.

v., critiquant la confusion opérée par cette conception étatiste de la monnaie : V. R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Préface P. Mayer, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 225, 1992, n°60 et s.

¹⁹ V., <https://bitcointreasuries.net/>.

²⁰ D. Yaffe-Bellany, J. Rennison, « More companies are betting on Bitcoin », NY Times, 8 janv. 2025.

²¹ SEC, Statement on the approval of Spot Bitcoin Exchange-Traded Products, 10 janv. 2024 : <https://www.sec.gov/newsroom/speeches-statements/gensler-statement-spot-bitcoin-011023>.

²² D. Yaffe-Bellany, « US approves investment products tied to popular cryptocurrency Ether », NY Times, 23 mai 2024.

la cryptomonnaie sous-jacente au profit du détenteur – les *Exchange-Traded Funds* ou *Exchange-Traded Notes* – témoigne de l'imbrication croissante des systèmes décentralisés et désintermédiés et des systèmes bancaires et financiers traditionnels²³.

Pour terminer sur la présentation du bitcoin et des autres altcoins, ces cryptomonnaies décentralisées ne connaissent pas de réglementation propre. Le règlement MiCA, en droit de l'Union européenne, ne peut pas les soumettre à des règles d'ordre public, car ce sont des instruments totalement décentralisés. On ne connaît pas l'émetteur du bitcoin ; or, à partir du moment où on ne connaît pas l'émetteur de la cryptomonnaie, comment la réglementer ? Et quel système juridique lui appliquer ? Cette première catégorie de cryptomonnaie relève de ce qu'on appelle la DeFi, la Decentralised Finance ou Finance décentralisée. Le seul moyen pour un régulateur d'intervenir consiste à réguler les interactions de cette cryptomonnaie avec l'économie réelle : par exemple, les plateformes d'échange de bitcoin avec de la monnaie légale ou avec d'autres actifs, les instruments financiers régulés qui portent sur des bitcoins comme les ETF ou les ETN, etc. Mais, en soi, ce type d'actif ne peut être régulé qu'indirectement.

II) LES STABLECOINS

Pour pallier la grande volatilité des bitcoins et équivalents, la pratique a favorisé le développement de « monnaies virtuelles » ou cryptomonnaies dites « stables », dont la valeur est indexée sur des monnaies ayant cours légal, en particulier le dollar, ou sur des actifs sous-jacents dont leur valeur dérive. Ces nouvelles « monnaies » sont désignées sous le terme de stablecoins (jetons stables) ; par exemple, *USDT* émis par *Tether*, *USDC* par *Circle*, *EURC*, *EURCV*, *BRZ* par *Transfero*²⁴, etc. Elles sont en pratique surtout utilisées pour réaliser des transactions sur crypto-actifs²⁵, sans qu'il y ait de contraintes de frontières. Le stablecoin qui a suscité le plus de craintes était celui envisagé par Meta – le *Libra*, devenu le *Diem* – qui a finalement été abandonné²⁶.

Les stablecoins sont régulés dans l'Union européenne par le Règlement européen MiCA. Pour synthétiser la réglementation, le règlement MiCA identifie trois types de crypto-actifs²⁷, en précisant que l'énumération n'est pas limitative. D'abord, les jetons de monnaie électronique ou *E-money tokens* (EMT)²⁸, qui visent les crypto-actifs adossés à une monnaie ayant cours légal et fonctionnant sur le modèle de la monnaie électronique – comme la monnaie électronique, ces crypto-actifs constituent des substituts électroniques des pièces et des billets de banque et sont utilisés pour effectuer des paiements. Ensuite, les jetons se référant à un ou des actifs ou

²³ V., aux Etats-Unis, T. Siegel Bernard, « Trump removed crypto warnings from retirement plans. Will that affect 401(k)s ? », *NY Times*, 6 juin 2025.

²⁴ <https://transfero.com/stablecoins/brz/>. V, le Whitepaper, <https://transfero.com/wp-content/uploads/2024/12/daily-report.pdf>.

²⁵ Standard Chartered, Zodia markets, « Stablecoinns : the first killer app » : <https://av.sc.com/corp-en/nr/content/docs/sc-stablecoins-the-first-killer-app.pdf>.

²⁶ H. de Vauplane, « Les défis juridiques du Libra et plus généralement des cryptomonnaies », *RD bancaire et fin.* 2020, Etude 2. Adde, Dirk A. Zetsche, Ross P. Buckley, Douglas W. Arner, « Regulating Libra », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41, No. 1 (2021) pp. 80–113.

²⁷ Règl. MiCA, cons. (18).

²⁸ Règl. MiCA, art. 3, §1, 7) : « «jeton de monnaie électronique»: un type de crypto-actif qui vise à conserver une valeur stable en se référant à la valeur d'une monnaie officielle ».

Asset-Referenced Tokens (ART)²⁹, qui sont des crypto-actifs adossés à des combinaisons d'actifs (monnaies ayant cours légal, matières premières, crypto-actifs, panier d'actifs, etc.), et qui vont pouvoir être utilisés par leurs détenteurs comme des moyens de paiement et comme réserve de valeur. Ces deux premières catégories de crypto-actifs – EMT et ART – sont des stablecoins, car ils cherchent à stabiliser leur valeur par rapport à des monnaies légales ou d'autres actifs³⁰. Enfin, il existe une dernière catégorie résiduelle, qui ne relève pas des « monnaies virtuelles » et qui comprend les jetons autres que les précédents, lesquels, précise le Règlement MiCA, « englobent un large éventail de crypto-actifs, dont les jetons utilitaires »³¹ ou *utility tokens*.

Les stablecoins ne sont pas dépourvus de risque³², ce qui a pu justifier la mise en place en droit de l'Union européenne d'un encadrement spécifique des *stablecoins*, renforcé dès lors que ceux-ci ont une importance significative, « lorsqu'ils remplissent ou sont susceptibles de remplir certains critères, notamment une large clientèle, une capitalisation boursière élevée ou un grand nombre de transactions »³³. En droit brésilien, l'encadrement des stablecoins fait l'objet d'une proposition de loi déposée le 11 novembre 2024 par le député Aureo Ribeiro³⁴, actuellement en cours d'examen³⁵, qui devrait modifier l'actuelle loi 14.478/22.

En droit de l'Union européenne, un point spécifique pose difficulté, concernant les stablecoins ayant la nature de jetons de monnaie électronique. En effet, parmi les stablecoins, le Règlement MiCA distingue entre les jetons de monnaie électronique, qui sont indexés sur une monnaie officielle (EMT), et les jetons indexés sur un actif ou une combinaison d'actifs (ART). Chacun de ces stablecoins fait l'objet d'un encadrement propre, qui vise tant leur émission que leur commercialisation. Les jetons de monnaie électronique posent toutefois des questions spécifiques au regard de la souveraineté monétaire, dès lors qu'ils représentent, en la « jetonisant », une monnaie légale. Concrètement, le jeton de monnaie électronique a une nature duale : il s'agit non seulement d'un crypto-actif soumis au règlement MiCA, mais également d'une monnaie électronique soumise notamment à la directive sur la monnaie électronique³⁶ (mais aussi, comme elle relève de la qualification de « fonds », à la directive sur les services de paiement³⁷). Sur le fondement du principe de neutralité technologique, le législateur européen, dans le règlement

²⁹ Règl. MiCA, art. 3, §1, 6) : « *«jeton se référant à un ou des actifs»*: un type de crypto-actif qui n'est pas un jeton de monnaie électronique et qui vise à conserver une valeur stable en se référant à une autre valeur ou un autre droit ou à une combinaison de ceux-ci, y compris une ou plusieurs monnaies officielles ».

³⁰ Sur la confrontation à la monnaie légale, v. HCJP, Rapport sur l'évolution de la notion juridique de monnaie, dir. F. Martucci, 20 juin 2025 : https://globaluserfiles.com/media/262796_48fcdc9407b78d41ab9c9ba6726f0ed42d2aa8f8.pdf/o/rapport_69_f.pdf. – M. Lehmann, *Crypto-économie et droit international*, Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours, T. 438, Brill/Nijhoff, 2024, n°242 et s.

³¹ Règl. MiCA, cons. (18). Adde, art. 3, §1, 9) : « *«jeton utilitaire»*: un type de crypto-actif destiné uniquement à donner accès à un bien ou à un service fourni par son émetteur ».

³² BIS Working Papers n°905, « Stablecoins : risks, potential and regulation », by D. Arner, R. Auer, J. Frost, nov. 2020. – Règl. MiCA, cons. (5) : « De taille encore modeste, les marchés de crypto-actifs ne constituent pas à l'heure actuelle une menace pour la stabilité financière. Il est toutefois possible que des types de crypto-actifs qui visent à stabiliser leur prix par rapport à un actif spécifique ou un panier d'actifs puissent être massivement adoptés à l'avenir par les détenteurs de détail et une telle évolution pourrait poser des défis supplémentaires en matière de stabilité financière, de bon fonctionnement des systèmes de paiement, de transmission de la politique monétaire ou de souveraineté monétaire ».

³³ Règl. MiCA, cons. (59).

³⁴ Projeto de Lei 4308/2024.

³⁵ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2467716>.

³⁶ Dir. (UE) 2009/110/CE du 16 septembre 2009, préc.

³⁷ Dir. (UE) 2015/2366 du 25 novembre 2015, préc.

MiCA, dispose en ce sens que les jetons de monnaie électronique sont réputés être de la monnaie électronique³⁸. La loi brésilienne 14.478/22 procède différemment dès lors qu'elle exclut clairement de la catégorie des actifs virtuels la monnaie électronique dans son article 3, III³⁹.

Si le jeton de monnaie électronique est aussi de la monnaie électronique, il convient de définir ce dont il s'agit. La monnaie électronique est un mode de représentation de la monnaie officielle. Celle-ci peut être représentée par des billets ou des espèces, par une inscription en compte ou via une inscription électronique. L'idée est la suivante, vous pouvez avoir des espèces, vous les remettez à un distributeur de monnaie électronique (qui n'est pas forcément une banque, mais qui peut être par exemple un vendeur de journaux, un buraliste) : en contrepartie de la remise d'espèces ou d'un virement de votre compte en banque, il vous remet de la monnaie électronique. Cette monnaie électronique donne un droit au remboursement auprès de l'émetteur, à tout moment et à parité, en monnaie officielle. Le même raisonnement s'applique en matière de jetons de monnaie électronique, autrement dit de stablecoins portant sur une monnaie officielle : un stablecoin qui représente x dollars donne droit à tout moment, à parité, à un remboursement en dollars⁴⁰. Dès lors, les débats attachés à la qualification de la monnaie électronique (nouvelle monnaie ou nouveau mode de représentation de la monnaie officielle) sont réactivés. Le jeton de monnaie électronique ne serait rien d'autre qu'un nouveau mode de circulation de la monnaie légale. Une autre difficulté liée à la précédente tient à ce que la qualification de monnaie électronique entraîne la qualification de « fonds » au sens de la directive sur les services de paiement 2⁴¹ : le transfert de jetons de monnaie électronique devrait donc être soumis au régime du transfert de fonds au sens de la directive sur les services de paiement 2⁴². Le prestataire devrait alors se conformer à deux corpus de règles – celui de prestataire de services sur crypto-actifs et de prestataire de services de paiement⁴³. Le lien est donc fort entre la monnaie légale et le jeton de monnaie électronique, ce dernier pouvant s'analyser comme un moyen de paiement, justifiant qu'il doive être émis par un établissement régulé.

Pour conclure, il est intéressant d'évoquer la régulation en cours d'adoption aux Etats-unis, avec le GENIUS Act (pour *Guiding and Establishing National Innovation for U.S. Stablecoins*),

³⁸ Règl. MiCA, art. 48, §2.

³⁹ V., Lei 14.478/22, art. 3 : « Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento, não incluídos: I - moeda nacional e moedas estrangeiras; II - moeda eletrônica, nos termos da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013; III - instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos e recompensas de programas de fidelidade; e IV - representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros ».

⁴⁰ Règl. MiCA, art. 49.

⁴¹ Dir. (UE) 2015/2366 du 25 novembre 2015, préc., art. 4, 25).

Dans la proposition de règlement sur les services de paiement 3, le considérant (16) précise expressément à cet égard que « Le règlement (UE) 2023/1114 du 31 mai 2023 sur les marchés de crypto-actifs prévoit que les jetons de monnaie électronique sont réputés être de la monnaie électronique. Ces jetons sont donc inclus, en tant que monnaie électronique, dans la définition de « fonds » figurant dans le présent règlement ».

⁴² Règl. MiCA, cons. (93) : « De nombreux prestataires de services sur crypto-actifs proposent également un type de service de transfert de crypto-actifs dans le cadre, par exemple, du service de conservation et d'administration de crypto-actifs pour le compte de clients, de l'échange de crypto-actifs contre des fonds ou d'autres crypto-actifs, ou de l'exécution d'ordres sur crypto-actifs pour le compte de clients. En fonction des caractéristiques précises des services associés au transfert de jetons de monnaie électronique, ces services pourraient relever de la définition des services de paiement figurant dans la directive (UE) 2015/2366. Dans de tels cas, ces transferts devraient être effectués par une entité autorisée à fournir ces services de paiement conformément à ladite directive ».

⁴³ En faveur d'une application allégée de la règle de cumul : EBA, Opinion on the interplay between PSD2 and MiCA in relation to crypto-asset service providers that transact electronic money tokens, EBA/Op/2025/08, 10 juin 2025.

adopté le 18 juillet dernier⁴⁴, et le projet Anti-CBDC Surveillance State Act. Alors que le législateur européen encadre les stablecoins et s'oriente vers la reconnaissance d'un euro numérique, les Etats-Unis prennent le contre-pied, privilégiant l'option de la désintermédiation. D'abord, le GENIUS Act tend à favoriser l'émission des stablecoins, y voyant une aubaine pour le dollar. Les émetteurs autorisés de stablecoins de paiement, dont la définition est large⁴⁵, sont tenus de détenir une réserve garantissant le stablecoin à un ratio de 1 pour 1, ils peuvent à cette fin se fonder sur le dollar, y compris les billets de la Réserve Fédérale, mais encore sur les fonds détenus sous forme de dépôts à vue ou les bons, obligations, billets du Trésor américain⁴⁶, finançant indirectement la dette américaine. Ensuite, le projet de loi *Anti-CBDC Surveillance State Act*⁴⁷ refuse aux banques centrales la possibilité d'émettre de la monnaie numérique, les mettant dès lors hors jeu.

L'avenir des « monnaies virtuelles » est ainsi encore incertain et questionne en creux celui de la monnaie officielle. La difficulté tient en particulier à la concurrence des régulations : favorisés aux Etats-Unis, encadrés dans l'Union européenne et bientôt au Brésil... ils deviennent un enjeu d'attractivité.

⁴⁴ Congress, S. 1582 GENIUS Act, Engrossed in Senate 06/17/2025 : <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/senate-bill/1582/text>.

⁴⁵ Ibid., Sec. 2, Definitions (23).

⁴⁶ Ibid., Sec. 5, A). v., M. Angrand, J. Cassotti, B. Martinez, « L'essor spectaculaire des stablecoins, ces répliques numériques des monnaies qui contournent les banques », Le Monde, 27 juin 2025 : « En 2024, Tether a été le septième acheteur mondial de treasuries, devant des Etats comme le Canada, le Mexique ou la Norvège. En mai 2025, il détenait un portefeuille de 115 milliards de dollars de treasuries, plus important que ceux de l'Allemagne ou des Emirats arabes unis ».

⁴⁷ Congress, H.R. 1919 Anti-CBDC Surveillance State Act : <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/house-bill/1919/text>.

