

# DESC

DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito FACAMP

VOLUME 3 | Nº 1 | Jan/Jun 2020



# EXPEDIENTE



## Revista DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea

Volume 3, número 1, jan/jun de 2020

ISSN: 2596-0318

Código DOI: <https://doi.org/10.33389/desc.v3n1.2020>

## PUBLICAÇÃO DAS FACULDADES DE CAMPINAS - FACAMP

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

Telefones: 0800 770 7872 / (19) 3754 8500

**João Manuel Cardoso de Mello**

Diretor Geral da FACAMP

## EDITORIA DA REVISTA DESC

**José Antonio Siqueira Pontes**

Editor-chefe

[jose.pontes@facamp.com.br](mailto:jose.pontes@facamp.com.br)

**Celso Naoto Kashiura Jr.**

Editor-chefe-adjunto

[celso.kashiura@facamp.com.br](mailto:celso.kashiura@facamp.com.br)

**Antonio Roberto Sanches Jr.**

Secretário executivo

[antonio.junior@facamp.com.br](mailto:antonio.junior@facamp.com.br)

## CONSELHO EXECUTIVO

**Alaôr Caffé Alves**

Faculdades de Campinas

**Angela Rita Franco Donaggio**

Faculdades de Campinas / FGV-SP

**Bernardina Ferreira Furtado Abrão**

Faculdades de Campinas

**Cristiano Pereira Garcia**

Faculdades de Campinas

**Fauzi Hassan Choukr**

Faculdades de Campinas

**Karin Klempp Franco**

Faculdades de Campinas

**Jânia Maria Lopes Saldanha**

Universidade Federal de Santa Maria

**Lígia Paula Pires Pinto Sica**

Faculdades de Campinas / FGV-SP

**Marcelo de Azevedo Granato**

Faculdades de Campinas

**Oswaldo Akamine Jr.**

Faculdades de Campinas

**Reinaldo de Francisco Fernandes**

Faculdades de Campinas

## DIAGRAMAÇÃO

Renata Zani | FACAMP

## CONSELHO EDITORIAL

*Alberto Levi*  
Università Degli Studi di Modena e Reggio Emilia/Itália

*Alessia Magliacane*  
Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales/França

*Alessandra Devulsky da Silva Tisescu*  
Université du Québec à Montréal/Canadá

*Anna Tzanaki*  
Lund University/Suécia

*Carlos Eduardo Adriano Japiassú*  
Universidade Estácio de Sá/RJ

*Fabricio Bertini Pasquot Polido*  
Universidade Federal de Minas Gerais/MG

*Felipe Calderón Valencia*  
Universidad de Medellín/Colômbia

*Francesco Pallante*  
Università degli Studi di Torino/Itália

*Francesco Rubino*  
Université Paris Nanterre/França

*James Cavallaro*  
Stanford Law School/EUA

*Jan Kleinheisterkamp*  
London School of Economics/Reino Unido

*Jan Peter Schmidt*  
Max Planck Institut/Alemanha

*Juan Luis Gomes Colomer*  
Universidad Jaume I/Espanha

*Lucila de Almeida*  
University of Helsinki/Finlândia,  
European University Institute/Itália

*Luigi Ferrajoli*  
Università degli Studi Roma Tre/Italia

*Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo*  
Faculdades de Campinas/SP

*Manuel A. Gómez*  
Florida International University College of Law/EUA

*Michael Lowy*  
Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales/França

*Michelangelo Bovero*  
Università degli Studi di Torino/Itália

*Miguel Martínez Muñoz*  
Universidad Pontificia Comillas/Espanha

*Natalia Gaspar Pérez*  
Universidad Autonoma de Puebla BUAP/México

*Newton de Menezes Albuquerque*  
Universidade de Fortaleza/CE

*Pasquale Bronzo*  
Universidade La Sapienza/Itália

*Pierre Mousseron*  
Université de Montpellier/França

*Rui Cunha Martins*  
Universidade de Coimbra/Portugal

*Rui Dias*  
Universidade de Coimbra/Portugal

## FECHAMENTO DA EDIÇÃO:

23/09/2020

## PÁGINA WEB E CONTATO:

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

# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

### FOREWORD

---

## ENTREVISTA

### EM BUSCA DE UM DIREITO COMUM DA HUMANIDADE

Mireille Delmas-Marty

(tradução e revisão: Ana Cláudia Ferigato Choukr e Fauzi Hassan Choukr)

10

---

## ARTIGOS

### O BOOM DA PROPRIEDADE COMUM - OU: COMO APRENDI A COMEÇAR A ME PREOCUPAR E A AMAR O ANTITRUSTE

Anna Tzanaki

80

### A REGULAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS E ESCRAVIDÃO MODERNA NAS CADEIAS DE SUPRIMENTOS CORPORATIVAS:

### A DISCREPÂNCIA ENTRE A DUE DILIGENCE DOS DIREITOS HUMANOS E A AUDITORIA SOCIAL

Jolyon Ford e Justine Nolan

99

### ESTONIA'S SUCCESS AND CHILE'S FAILURE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF CRYPTOCURRENCY REGULATIONS AND THE IMPACT ON ANTI MONEY LAUNDERING IN ESTONIA AND CHILE

Monet Valdez

131

# APRESENTAÇÃO

O Conselho Editorial da **Revista DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da **FACAMP** apresenta seu *volume de 2020 com três* textos de impacto internacional traduzidos especialmente para a edição:

- *O boom da propriedade comum ou: como aprendi a começar a me preocupar e a amar o antitruste, de Anna Tzanaki.*
- *Estonia's success and Chile's failure: a comparative analysis of cryptocurrency regulations and the impact on anti money laundering in Estonia and Chile, de Monet Valdez.*
- *A regulação da transparência em direitos humanos e escravidão moderna nas cadeias de suprimentos corporativas: a discrepância entre a due diligence dos direitos humanos e a auditoria social, de Jolyon Ford e Justine Nolan*

A vocação da *Revista* para os temas jurídicos na sociedade contemporânea se confirma ao trazer textos sobre solução de conflitos internacionais, direito concorrencial na regulação de capitais, as tendências legais internacionais de proteção dos direitos humanos nas atividades empresariais e as vanguardas de controle da expansão de criptomoedas e os riscos de lavagem de dinheiro.

Além disso, publica a abrangente entrevista:

- *Em busca de um direito comum da humanidade, de Mireille Delmas-Marty.*

Essa entrevista merece algumas palavras a mais de apresentação, não só pelo volume, mas também pela complexidade dos temas enfrentados por essa jurista francesa que representa hoje uma das mais destacadas intelectuais em atividade, além do impactante simbolismo de ser uma mulher que, há décadas, quebrou a milenar barreira de gênero das carreiras jurídicas.

Ela foi inicialmente publicada como *Vers un droit commun de l'humanité (entretien avec Philippe Petit)* Textuel, (1996 et 2005), agora em versão traduzida por Ana Cláudia Ferigato Choukr e sob supervisão de Fauzi Hassan Choukr no contexto das traduções que este último havia feito das suas obras *Procédures pénales d'Europe* e *Trois défis pour un droit mondial*, obras já publicadas no Brasil (e esgotadas) e quando se iniciava a tradução de *Les forces imaginantes du droit - Le relatif et l'universel*, trabalho finalizado mas ainda sem publicação comercial no Brasil.

O espírito humanista de Mireille Delmas-Marty perpassa toda sua análise do fenômeno social e, em particular, suas reflexões e pesquisas jurídicas<sup>1</sup>. Isto pode ser facilmente observado quando da sua trajetória acadêmica e política no campo penal, desde seu “Modelos e Movimentos de Política Criminal”<sup>2</sup> e sua participação como Presidenta da Comissão de Juristas criada para discutir a reforma do processo penal francês<sup>3</sup>, que acaba por ser consolidação da inarredável vinculação do sistema penal aos direitos humanos.<sup>4</sup>

1 Como pode ser consultado em suas obras anteriores às especificamente voltadas para o campo penal e, muito mais tarde, ao universalismo dos direitos humanos e ao cosmopolitanismo: *Le mariage et le divorce*, PUF, coll. Que sais-je?, 1971 ; 2e éd. (avec C. Labrusse- Riou), 1979 ; 3e éd. 1989; *Le droit de la famille*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1976 (aussi en version espagnole) ; 2e éd. (avec J-P. Branlard), 1980.

2 *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983: Mas, antes, *Les chemins de la répression, lectures du code pénal*, PUF, 1980.

3 DELMAS-MARTY, Mireille. *La mise en état des affaires pénales*. La Documentation française, 1991.

4 Como exemplo, *Procès pénal et droits de l'homme - Vers une conscience européenne*, PUF, 1992

A entrevista logo revela temas atuais como o papel das novas mídias e as ilusões de representatividade que elas poderiam causar; os dilemas do estado laico entre as questões próprias da teologia e os da ciência para a evolução dos biodireitos, como as pesquisas com tecidos humanos; a questão da igualdade feminina e da união civil de pessoas do mesmo sexo; sempre citando intelectuais dos clássicos aos contemporâneos entre Weber e Kant, Hannah Arendt e Paul Ricoer, **Mireille Delmas-Marty** enfrenta o próprio conceito de direito contemporâneo, leitura obrigatória para quem vê nos processos de interpretação do direito e suas dinâmicas entre o global e o local um caminho para erradicar o a desigualdade social gritante e persistente, tema que não lhe foge à análise na entrevista.

Mesmo captada em 1995, essa entrevista é histórica porque estava ainda próxima de marcos ocidentais importantes, como a queda do muro de Berlim, assim como da gênese de importantes conceitos de direitos humanos em afirmação até a instituição do tribunal penal internacional. É um importante registro do conceito de “direito comum” na história e nos potenciais contemporâneos desse termo defendido pela autora, sempre atenta para que a afirmação universal e comum de direitos se harmonize com a tolerância pluralista e com as realidades locais.

Mas, é igualmente presente na sua Obra, desde sua consolidação, a constatação da dificuldade do manejo do “jurídico”, do “legal” que se apresenta pelo emprego de uma palavra em francês aparentemente simples, mas de rara dificuldade de tradução que absorva a complexidade de análise da Autora: *le flou*<sup>5</sup>.

E, dessa “maleabilidade”, “ductibilidade” ou “amorfismo” floresce uma riqueza e densidade ímpares de sua lavra ao longo da sua trajetória acadêmica no *Collège de France: Les forces imaginantes du droit* onde se mescla a profunda reflexão sobre o universalismo dos direitos humanos e o cosmopolitanismo como realidade sócio-jurídica-econômica e, talvez, também política.

A entrevista possui, por que não dizer, caráter em alguns momentos intimista e revelador de traços da história pessoal da autora, estão alinhavados conceitos-chave de toda sua produção que, ao final, se resume no Humano, na preocupação com a vida em sua forma plena, podendo ser exemplificada em um trecho de *Trois Défis...* na forma como traduzido para o português: “Não se pode mais – e não se deve mais – criar um estatuto do pobre como existe um estatuto do desempregado e como reclamam alguns, o estatuto do imigrante. Além do que, os pobres “não são”, como diz Rilke em seu *Le livre de la pauvreté et de la mort*, “eles não são senão privados dos bens essenciais e deixados à sua sorte, sem força e sem vontade”. Sejam claros: não se trata de assistência, mas de integração à sociedade, com um estatuto de cidadania. Não se trata de sobreviver, mas de viver plenamente, com os outros Homens, e reconhecido como seu semelhante.” (p. 61).

Setembro de 2020.

#### **Dr. Fauzi Hassan Choukr**

Editor-associado da Revista DESC. Professor e Coordenador do P.P.G.D do curso de direito das Faculdades de Campinas - FACAMP

#### **Dr. José Antonio Siqueira Pontes**

Editor-chefe da Revista DESC. Professor no curso de direito das Faculdades de Campinas - FACAMP

# FOREWORD

The editorial team of the **DESC Review - Law, Economics and Contemporary Society**, the **FACAMP** Postgraduate Program in Law gives to the public his 2020 edition with three high impact international works that, due to associated editors collaboration, were especially translated to portuguese for the current volume. The articles are:

- *O boom da propriedade comum ou: como aprendi a começar a me preocupar e a amar o antitruste, from Anna Tzanaki.*
- *Estonia's success and Chile's failure: a comparative analysis of cryptocurrency regulations and the impact on anti money laundering in Estonia and Chile, from Monet Valdez.*
- *A regulação da transparência em direitos humanos e escravidão moderna nas cadeias de suprimentos corporativas: a discrepância entre a due diligence dos direitos humanos e a auditoria social, from Jolyon Ford and Justine Nolan*

The Journal's vocation for legal issues in contemporary society is confirmed by bringing texts on the solution of international conflicts, competition law in capital regulation, international legal trends in the protection of human rights in business activities and the vanguards of controlling the cryptocurrency expansion and its risks of money laundering.

Besides, the first title of the current edition is the following interview:

- *Em busca de um direito comum da humanidade, with Mireille Delmas-Marty*

Professor **Delmas-Marty's** interview deserves a few more words of remarks, not only for its size, but also for the complexity of the themes faced by a French jurist who represents today one of the most prominent intellectuals in activity, besides the impactful symbolism of being a woman who, decades ago, broke the millenary gender barrier of legal careers.

This interview was initially published as *Vers un droit commun de l'humanité (entretien avec Philippe Petit)* Textuel, (1996 et 2005), now in portuguese translation by Ana Cláudia Ferigato Choukr with Fauzi Hassan Choukr's supervision in the context of the translations - made by the latter - of **Delmas-Marty's** *Procédures pénales d'Europe and Trois défis pour un droit mondial*, both already published in Brazil (and sold out) besides *Les forces imaginantes du droit - Le relatif et l'universel*, work still unpublished in Brazil.

The humanist spirit of **Mireille Delmas-Marty** permeates all of her analysis of the social phenomenon and, in particular, her reflections and legal research<sup>6</sup>. This can be easily seen in her academic and political career in the criminal field, since his *Models and Movements of Criminal Policy*<sup>7</sup> and his participation as President of the Commission of Jurists created to discuss the reform of the French criminal procedure law<sup>8</sup>, which ends up consolidating the unavoidable link between the criminal system and human rights.<sup>9</sup>

6 As one may observe in her earlier works before those related to criminal law field and, much later, to human rights universalism and cosmopolitanism: *Le mariage et le divorce*, PUF, coll. Que sais-je?, 1971 ; 2e éd. (avec C. Labrusse- Riou), 1979 ; 3e éd. 1989; *Le droit de la famille*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1976 2e éd. (avec J-P. Branlard), 1980.

7 *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983: Mas, antes, *Les chemins de la répression, lectures du code pénal*, PUF, 1980.

8 DELMAS-MARTY, Mireille. La mise en état des affaires pénales. La Documentation française, 1991.

9 Como exemplo, *Procès pénal et droits de l'homme - Vers une conscience européenne*, PUF, 1992

Its reading soon reveals up-to-date topics such as the role of new media and the lack of representativeness they could cause; the dilemmas of the secular state between the issues of theology while science fosters the biorights evolution, such as human tissues research regulations; or women's equality and same sex marriage. Always citing intellectuals from the classics to the contemporaries like Weber and Kant, Hannah Arendt and Paul Ricoer, **Mireille Delmas-Marty** faces the very concept of contemporary law, a mandatory reading for those who see in law interpretation and its dynamics between the global and local forces a way to eradicate the glaring and persistent social inequality, a theme that does not escape her analysis in the interview.

Given in 1995, this interview is historic because still close to important Western turnpoints, such as the fall of the Berlin Wall, as well as the genesis of important human rights concepts under affirmation until the establishment of the International Criminal Court, for instance. It is an important record of the concept of “truly common law” in history and its contemporary potentials defended by her, always attentive so that the universal and common affirmation of rights is harmonized with pluralistic tolerance and local realities.

But it is also present in her work, since its consolidation, the perception of the hardships to manage the “juridical”, the “legal” presented by the use of a word in French apparently simple, but very hard to translate that could absorb the complexity of her analysis: *le flou*<sup>10</sup>.

And from this “malleability”, “ductility” or “amorphism” flourishes a wealth and density unique of her work throughout its academic trajectory at *Collège de France: Les forces imaginantes du droit* where the reflection on the universalism of human rights deepens, combining with the cosmopolitanism as a socio-legal-economic reality and also political perhaps.

The interview has, why not say, in some moments intimate and revealing traits of the author's personal history, key concepts of all her production which, in the end, are summed up in the *human concept*, in the concern with life and with its full sense, that can be exemplified in a section of *Trois Défis* ... here translated: “*It is no longer possible - and one ought no more - to create a poor's statute as there is an unemployed statute and, as some claim, an immigrant statute. Furthermore, the poor 'are not', as Rilke says in his Le livre de la pauvreté et de la mort, 'they are nothing but deprived of essential goods and left to their fate, without strength and without will'. Let us be clear: it is not about assistance, but about integration into society, with a citizenship statute. It is not a question of surviving, but of living fully, with other men, and being recognized as one of his own kind.*” (p. 61).

September, 2020.

**Fauzi Hassan Choukr, Phd.**

Professor at Faculdades de Campinas-Facamp Law School. Coordinator of FACAMP Postgraduate Program. DESC Review Associate-editor.

**José Antonio Siqueira Pontes, Phd.**

Professor at Faculdades de Campinas-Facamp Law School. DESC Review publisher.

---

10 *Le flou du droit*, PUF, coll. Les voies du droit, 1986

ENTREVISTA

---

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

**ENTREVISTA**  
**MIREILLE DELMAS-MARTY**

---

EM BUSCA DE UM DIREITO COMUM DA HUMANIDADE

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# ENTREVISTA MIREILLE DELMAS-MARTY EM BUSCA DE UM DIREITO COMUM DA HUMANIDADE

---

Ana Cláudia Ferigato Choukr

Tradução

Fauzi Hassan Choukr

Supervisão da tradução

---

## SUMÁRIO

### 12 Prefácio

Uma célere competição é travada entre os Direitos do Homem e os Direitos do mercado.

### 16 Retrato

### 18 A democracia tomada pelo Direito

O declínio da política e a renovação do jurídico estão em pé de igualdade. Se os políticos deixam de ter visão, os juristas, segundo a Autora, deixam frequentemente de ter imaginação. A tendência destes é de instrumentalizar o Direito, o invés de fazê-lo uma referencia, uma reflexão comum.

### 35 O Sonho de um Direito comum

Como a Europa se tornou o laboratório do Direito comum? Do jus commune medieval à Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, os juristas não param de trabalhá-lo. A Autora propugna uma ordem jurídica pluralista capaz de dar corpo à idéia de uma humanidade em si plural.

### 52 A invenção da humanidade

Mais que a definição dos Direitos do Homem, o que convém hoje assinalar é sua função como princípios de Direito oponíveis aos Estados, e somos levados a aprender a invocá-los.

### 66 Rumo a um Direito dos Direitos

Da bioética ao estatuto dos estrangeiros, não há questão política de importância que não seja objeto de um mecanismo jurídico. Além disto, o Direito dos Direitos têm uma ambição mais elevada: a de se tornar uma espiritualidade laica rigorosa e aberta capaz de frear o desumano.

### 77 Notas

### 77 Bibliografia

## PREFÁCIO

### UMA CÉLERE COMPETIÇÃO É TRAVADA ENTRE OS DIREITOS DO HOMEM E OS DIREITOS DO MERCADO

---

Concebida como uma exploração dos mundos possíveis, a ambição de um Direito comum da humanidade foi capturada por um mundo real, com todas as contradições que isso implica. Do sonho à realidade, e desta ao pesadelo: por isto a utopia é mais que nunca necessária, não como refúgio quimérico, mas como comportamento crítico e de busca de um horizonte para entreabrir o caminho.

**O sonho tornou-se realidade** no sentido que a justiça penal internacional, limitada, há dez anos, quando da primeira edição desta obra, aos Tribunais para ex-Iugoslávia e Ruanda, alcançou escala mundial. Graças a uma extraordinária aceleração da História, a Convenção de Roma criou, em 1998, uma Corte Penal Internacional com caráter permanente, e o número de ratificações necessárias, rapidamente atendido, permitiu a entrada em vigor desta Corte em 2002. As primeiras perseguições foram ajuizadas e serão julgadas nos próximos anos. Simultaneamente, a idéia de julgar sistematicamente os autores de crimes “contra a humanidade”, faz seu papel mesmo entre os responsáveis políticos mais hostis a uma justiça *supranacional*, situada acima dos Estados. Donde a multiplicação de jurisdições mistas, compostas de juízes nacionais e internacionais que aplicam uma combinação do Direito interno e do Direito Internacional. O fenômeno é observado em diversas partes do mundo: no Kosovo, em Serra Leoa, no Timor Leste, no Camboja e, mais recentemente, no Iraque, com o Tribunal especial criado para julgar Saddam Hussein.

Mas a hostilidade declarada dos Estados Unidos, combinada à recusa de grandes países como a China e a Índia, assim como Israel e grande parte dos países do Islã, enfraquecem incontestavelmente o que tenderá a ser, no futuro, o verdadeiro “Direito Comum”, de modo que a Corte não poderá julgar todos os crimes. É necessário, então, concomitantemente, conseguir integrar a norma internacional aos códigos penais nacionais, a fim de favorecer a “mundialização dos juízes” que descubram o Direito internacional e deveriam aprender a servi-lo. O movimento, iniciado de forma emblemática pelo caso Pinochet (recordemo-nos da prisão do antigo ditador em seguida a uma decisão da Câmara dos Lordes, em 1998), suporia uma harmonização de procedimentos e uma melhora de status dos juízes para garantir sua independência e imparcialidade. À medida que nos aproximamos da realidade, as dificuldades concretas se revelam e descobrimos a amplitude do trabalho que resta a desempenhar. No mais, o Direito comum se constrói também através da abertura do mercado.

**O Direito do comércio mundial progride com grande rapidez, verdadeiro TGV<sup>1</sup> do Direito!** (algo que eu já escrevia há dez anos). Criada somente em 1994, a Organização Mundial do Comércio (OMC) dispõe de um Órgão de Regulamento das Diferenças (ORD) que se judícia e não hesita em processar os grandes países assim como os pequenos, impondo a estes e àqueles, importantes reformas para integrar a norma internacional ao Direito interno. É assim que a adesão da China a OMC (em dezembro de 2001) transformou o Direito chinês em um vasto canteiro, enquanto a ratificação do Pacto da ONU sobre os Direitos econômicos, sociais e culturais (PIDESC) pouco havia conseguido mudar o Direito em vigor.

**Tudo se passa como se uma célere competição fosse travada entre os diferentes processos de internacionalização do Direito.** No que se refere aos Direitos do Homem, o processo de internacionalização anunciado desde 1948 pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e revisado pelos pactos de 1966, caracterizou-se pela morosidade da evolução em escala mundial. Não há, ainda, a Corte Mundial dos Direitos do Homem e o afastamento se aprofundou entre os Direitos do mercado e o Direito dos Direitos do Homem, com risco de cercear a transposição, em escala mundial, de trocas recíprocas como as que são instituídas horizontalmente entre as duas Cortes europeias citadas neste trabalho (a Corte de Estrasburgo para os Direitos do Homem, e esta, de Luxemburgo, para a Comunidade e a União Europeia). O “laboratório europeu” poderia então, tornar-se, com efeito, a exceção europeia que evoca Philippe Petit em nossa conversa.

Mas a própria Europa está também vacilante como atestam as tensões crescentes entre a Comissão e o Parlamento, que se juntam às tensões internas reveladas na ocasião do projeto de Constituição ou do debate sobre a candidatura da Turquia.

**A realidade pode, ainda, tornar-se um pesadelo, não somente no nível europeu mas, também, em escala mundial, onde a liberação do mercado parece acompanhar uma progressão da pobreza,** revelada não somente pelo Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD) mas, também, pelos estudos de instituições financeiras como o Banco Mundial ou o Fundo Monetário Internacional. Por esta razão a questão dos Direitos econômicos, sociais e culturais tornou-se essencial, observado que ela não se limita mais à oponibilidade dos Direitos do Homem aos Estados. Como enfatiza um recente estudo da Sub-Comissão dos Direitos do Homem da ONU, a globalização chama, em face da elevada força dos atores econômicos, a adoção de “Princípios sobre a responsabilidade em matéria de Direitos do Homem para as sociedades transnacionais e outros empreendimentos”. A força das resistências, marcada pela decisão da Comissão dos Direitos do Homem (na sessão da primavera de 2004) para remeter o caso ao Alto Comissariado dos Direitos do Homem, mais que

<sup>1</sup> A Autora se refere com a sigla TGV aos trens franceses de grande velocidade. Na tradução manteve-se a sigla na língua francesa. NT

operacionalizá-la, mostra o que está em jogo para os próximos anos. Mas o pesadelo chegou também pela multiplicação dos atentados terroristas desde 11 de setembro de 2001.

**A discordância entre globalização e universalismo torna-se aqui tão forte que abala a própria idéia de universalismo.** Donde a confissão surpreendente (e quase emocionada) do filósofo alemão Jürgen Habermas, em sua conversa com Jacques Derrida: “desde os atentados de 11 de setembro, eu não paro de me indagar se, à vista de conceitos de tal violência, toda minha concepção de uma atividade orientada à compreensão – a que eu desenvolvo na *Teoria do agir comunicacional* – não está naufragando no ridículo”. Apesar das divergências passadas, os dois filósofos partilham do mesmo apego a um universalismo que adviria, para Habermas, de um diálogo construtivo e, para Derrida, de uma lenta desconstrução das relações entre o político e a religioso. Eles exprimiam a mesma inquietação diante deste acontecimento que, fazendo esvanecer a distinção entre o terrorismo e a guerra, parece desqualificar a idéia de valores comuns e de pertencimento à mesma comunidade humana (*Le concept du 11 septembre*, Galilée, 2004).

Eu não tenho certeza se encontraremos a resposta em um novo conceito. Ao menos as questões pertinentes estão, assim, abertamente postas e as respostas simplistas são aceitas menos facilmente, o que permite esperar uma concordância progressiva. O papel do Direito deveria ser o de facilitar esta maturação, pois pode oferecer, apesar de seu formalismo (ou graças a ele), uma linguagem comum e o início de uma gramática comum. Se a noção de crime contra a humanidade não constitui de uma só vez a resposta adequada a todos os crimes globalizados, ao menos oferece um quadro jurídico de análise e reflexão crítica que pode contribuir para constituir a humanidade como categoria jurídica. Primeiro, como vítima, depois como titular de um patrimônio ou de bens coletivos declarados “comuns”.

**No futuro, talvez, a emergência de um Direito comum da humanidade suponha um lento trabalho de ajustamento entre o relativo, o global e o universal.** O Direito comum não se situará em um só sistema, mas no cruzamento de vários sistemas, tratando-se de Direito interno ou internacional, de Direito regional ou mundial, geral ou especial. Se, no essencial, o percurso resta a ser traçado, ao menos ele poderia se inspirar em diversos processos (cooperação, harmonização, unificação pela hibridação) que, começando a se operacionalizar simultaneamente em escala regional e mundial, tenta ordenar o múltiplo sem o reduzir à extensão hegemônica de um sistema único.

Mas a eficácia já observável não basta para fundar uma legitimidade que suporia valores comuns, donde uma reflexão sobre o re-equilíbrio de poderes, entre o político, o jurídico e o econômico. Se os poderes econômicos se globalizam, os poderes políticos, que ainda estão identificados com os Estados, permanecem largamente impotentes para colocar limites em nome de um interesse geral que, verdadeiramente, não é representado por qualquer instância.

Nada de surpreendente, tendo-se em conta que a principal resposta à globalização é jurídica, a saber, ou um Direito internacional em plena expansão, mesmo fragmentado entre o mercado e os Direitos do Homem, ou o crescimento da autoridade dos juízes, cuja competência tende a se tornar universal, sendo-lhes, para tanto, atribuído critérios de independência e imparcialidade que são indispensáveis em todos os níveis (nacional, regional e mundial).

**Logo, a famosa “governança mundial” não se limitaria de forma duradoura ao binômio econômico-jurídico;** ela clamaria por uma transposição, na mesma escala, de conceitos políticos de democracia representativa e participativa. Mas, na falta de Parlamento mundial, a Assembléia Geral das Nações Unidas somente representaria os governantes dos Estados, nem todos verdadeiras democracias – aliás, longe de sê-lo –, o que reduz ainda mais a capacidade de resistência da ONU face ao risco de um Direito comum hegemônico, imposto de maneira unilateral pelo Estado mais forte. E os atentados de 11 de setembro, provocando a resposta unilateral que conhecemos têm, com efeito, demonstrado que a globalização poderia, paradoxalmente, favorecer o renascimento de um modelo imperial que esperávamos superar, com o risco de fazer perder de vista o horizonte de um Direito comum pluralista que está no âmago desta obra.

Assim, pois, temos necessidade de tal horizonte e, por isso, pode ser útil reler este livro dez anos depois. Não para recusar de maneira dogmática a globalização e a interdependência que dela resulta, mas para apoiar-se nelas, quer dizer, apoiar-se na força das coisas para encontrar respostas à incompletude das idéias e, ao inverso, nutrir-se da incompletude de idéias para não se submeter à força das coisas. Situando o horizonte “além do relativo e o universal”, construir o Direito mundial sobre o modelo do “pluralismo ordenado” pode ser a única via para evitar a dupla ameaça de uma ordem hegemônica e de uma desordem impotente.

---

**Mireille Delmas-Marty**

Professora no Collège de France

---

## RETRATO

“A ética não existe; não existe senão a ética-da (da política, do amor, da ciência, da arte).” Esta observação do filósofo Alain Badiou vale para o Direito? Recordemo-nos dos virulentos ataques de Péguy contra ela, do desdém com o qual ele a tratava em seus *Cadernos*, comparando-a a uma regra de compatibilidade social, estabelecida, sobretudo, para facilitar o cálculo das sanções. O Direito não existe senão demasiadamente, poderia dizer o autor de *Clio*, e a justiça não existe. O Direito nos veste de garantias nos seus códigos, como ele nos veste de uniformes em suas leis. O Direito existe, mas ele não é senão uma contrafação da justiça, ele reina soberano sobre os homens, mas ele zomba da humanidade dos pobres e dos desvalidos. Culpa das condições para o exercer, os Direitos “não são nada além senão os Direitos do membro da sociedade burguesa”, dizia Marx, como disse, após ele, Péguy. O Direito não existe senão sob certas condições, e na medida que realizam os princípios que o guiam, poderiam ter acrescentado estes dois turiferários da liberação social. É isto mesmo?

E porque o Direito não seria senão aquele do Estado de Direito? É forçoso reconhecer que a Segunda Guerra mundial teve suas causas. Não que os Direitos do Homem, os da Declaração Universal de 1789 e de 1948 estejam, enfim, se tornando o Direito de todos, mas eles alcançaram a maturidade; de abstratos que eram, tornaram-se, na seqüência da catástrofe européia, oponíveis ao Estado e ao poder. Eles estão se tornando Direitos concretos, ratificados pela Convenção européia de salvaguarda dos Direitos do Homem de 1950, reconhecida pelos pactos e convenções da ONU. Como? É o que tentamos compreender no diálogo com a jurista Mireille Delmas-Marty. Dar conta desta revolução não é fácil. E é necessário paciência para mensurar todos os efeitos.

A Autora de *Pour un droit commun*, a quem solicitamos esclarecer o nascimento deste Direito dos Direitos, destes Direitos fundamentais que são os Direitos do Homem, não está dentre os que reclamam da dimensão do esforço. Nós tentamos delimitar com ela a diversidade dos Direitos do Homem na Europa, a fim de elucidar sua função, que consiste “em colocar limites oponíveis a todos e em todos domínios”.

Nascida em Paris em 1941, caçula de uma família de seis filhos de origem cévenol<sup>2</sup> e de Poitou, batizada no Oratório do Louvre, Mireille Delmas-Marty pertence à tradição esclarecida do protestantismo francês. Ela combina uma sede de liberdade com um desejo de rigor de opinião. Leitora precoce de Mallarmé, apaixonada pela música contemporânea, ela que foi presidenta da Comissão de Justiça penal e Direitos do Homem entre os anos de 1988 a 1990, não se deixou jamais enclausurar no campo do Direito. Estudante, ela se sente requisitada pela medicina e o chinês antes de perambular pelos corredores da faculdade e passar com sucesso sua

graduação de Direito privado e ciências criminais em 1970. Docente, escreveu livros corajosos e cultivava sua paixão pela escultura em cimento e os quadros de Van Rogger e de Klee.

Experta, multiplica suas atividades de consultora jurídica junto ao Presidente da República, ao Ministério da Justiça e do Ensino Superior, bem como em diversas organizações internacionais (Conselho da Europa, União Européia, Nações Unidas). E sonha, à exemplo do Reitor Carbonnier, com um Direito “sinuoso, caprichoso, incerto...imóvel e se eclipsando, mudando mais ao acaso e muitas vezes recusando modificar o esperado...”

“A lei não contém mais todos os Direitos”, pois “nós sabemos que também o Direito é mortal”, escreveu com convicção Mireille Delmas-Marty na sua introdução aos *Libertes et droits fondamentaux*. Da Convenção Européia (1950) ao Tribunal Internacional de Haia (1993), passando pelos diferentes pactos da ONU, substituiu-se, com efeito, as “declarações de princípios, cuja importância é unicamente moral e filosófica, por princípios de Direito que podem ser invocados perante uma jurisdição nacional ou internacional”.

O princípio da dignidade da pessoa não é mais uma utopia e os cidadãos podem reclamá-lo. Esperando poder um dia acionar o Conselho constitucional, caso se julguem mal amparados, eles podem se dirigir à Corte Européia dos Direitos do Homem se forem vítimas de uma violação. É a prova que o Direito existe.

E é urgente dar conhecimento disto àqueles que se desesperam por não poder reinstalar a democracia. Contra os negociantes do Direito e outros operadores do Direito que usam a lei como um meio de pressão, é chegada a hora de “superar a oposição entre Direito natural e Direito positivo”, contra os libertários inconscientes e as ultra-liberais egoístas, o momento chegou de não mais ter a escolha, como dizia Camus, “entre minha mãe e a justiça”. Pois, antes de ser um meio, o Direito é um ideal, uma referência, uma instância de regulação a serviço da dignidade humana, e não um simples regulamento de co-propriedade como pensa o ministro Alain Madelin.

Tal é a lição que Mireille Delmas-Marty nos expõe nas páginas que seguem. Ela não é uma das ilusões líricas das quais nosso século foi pródigo, nem uma aventura sem amanhã, mas o prolongamento vivo dos sonhos visionários de René Cassin e dos primeiros inventores do Direito comum da humanidade. Uma maneira, em suma, de fazer frear o desumano.

---

**Philippe Petit**

---

## A DEMOCRACIA CONSTRUÍDA PELO DIREITO

**O interesse da Senhora pela música contemporânea não é um segredo. A Senhora está dentre os admiradores de Boulez. A Senhora tem gosto pela poesia, curiosidade para com a filosofia e o Direito. A Senhora, enquanto jurista, padeceria de aridez em sua disciplina? A Senhora teme se enclausurar no Direito?**

Eu receio, sobretudo, que o Direito se enclausure em si mesmo, no momento preciso em que dele mais precisamos. Impondo se adaptar a um mundo em transformação acelerada, ao Direito se supõe também contribuir com esta transformação, precedendo-a algumas vezes. O rigor técnico é mais que necessário, mas ele não é suficiente sem o esforço da imaginação, única via da inovação face aos novos desafios.

Para mim, a arte, quando ela é inovadora, não é um refúgio para escapar de uma vida marcada pela aridez do Direito, mas um verdadeiro alimento do espírito. Não que uma composição musical ou um poema – O senhor poderia agregar um quadro ou uma escultura – seja diretamente transportável para o Direito. Como na seara científica, a analogia vale tanto pelos obstáculos que ela une como pelas pontes que projeta de uma disciplina a outra. O que implica um conhecimento da obra se fazendo, o que é quase impossível na arte.

Em compensação, a obra de arte é acessível, senão mais facilmente ao menos de forma mais imediata. No lugar do lento encaminhamento pelas vias do saber científico, ela tem, às vezes, a fulgurância de uma revelação que, sem nada explicar, coloca todo o ser em enlevo. Um tríptico<sup>3</sup> de Soulages, uma natureza morta de Cathelin, como um poema de Elliot ou de Mallarmé criam uma tal emoção que no sentido próprio do termo põe em movimento as forças imaginantes do espírito. Estas forças sobre as quais Bachelard dizia terem aprofundamento e progresso, o mistério da germinação e o milagre do inesperado – o surgimento de uma flor.

É que o Direito não se deixa reduzir a uma aposta de poder. Ele é também a busca de uma sabedoria que passa pelo mistério do “*jurisdicional*”, que cada cultura tece ao fio do tempo, e torna possível, por fragmentos, o milagre de um Direito começando a ser linguagem comum, uma sabedoria comum.

**“A justiça está se tornando o lugar de eleições de paixões democráticas e o pretório, o último teatro de afrontamento político”, observa Antoine Garapon em *Les Gardien des promesses*. Esta crença exacerbada na autoridade da justiça lhe parece um sinal de boa saúde política ou a expressão de um declínio do ideal republicano? Tem-se o sentimento que o Direito vem ocupar um lugar desocupado pela política.**

<sup>3</sup> Do latim *triptychos*, que significa dobrado em três. No texto acima a Autora se refere a um quadro pintado sobre três panos ou tábuas que se podem dobrar. A tradução encontra significado na língua portuguesa. In [http://www.priberam.pt/dlpo/definir\\_resultados.aspx](http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx), acessado em 27 de setembro de 2005 às 10h30min. NT

Os dois fenômenos parecem, com efeito, ligados. É a um só e único movimento em que a sociedade se “despolitiza”<sup>4</sup> e se “judicializa”<sup>5</sup>. Eu não creio num ativismo dos juízes. À exceção, talvez, de uma minoria, os juízes não estão procurando tomar o poder. Como escreveu Paul Ricoeur em seu prefácio ao livro de Garapon: “Encontra-se [...] não um juiz triunfante, mas um juiz perplexo, incumbido de reabilitar uma instancia política a qual ele deveria ser apenas o garantidor”.

Eu desejo acrescentar que o poder político reage de modo assaz mal a este fenômeno. No fundo, os responsáveis políticos contribuem muito frequentemente, quando se recusam a tomar posições claras, para colocar os juízes em primeiro plano. Quando uma questão é difícil, quando ela é “sensível”, eles não legislam. Aqui um exemplo: a bioética. O anteprojeto preparado por um grupo de trabalho do Conselho de Estado, sob a presidência de Guy Braibant, está pronto desde 1989. A idéia seria de promulgar uma grande lei no campo dos Direitos fundamentais da pessoa à ocasião do Bicentenário. Bem, foi necessário esperar até 1994 para que o texto fosse votado. Ele foi, aliás, trinchado em três leis, para confiar a diferentes ministérios uma parte do texto sem atribuir a nenhum a responsabilidade pelo todo. Uma lei vem do Ministério da Pesquisa, uma outra do Ministério da Saúde e a última do ministério da Justiça. Nesse meio tempo, os juízes foram confrontados por problemas concretos. Seria melhor que eles julgassem para preencher o vazio deixado pelo Parlamento. E descobre-se hoje que o destino dos embriões excedentes está apenas parcialmente regulado por lei.

### **Há uma relação de causa e efeito entre a evolução do Direito penal econômico e o número de empresários investigados?**

Não verdadeiramente. A corrupção que se confunde com a concussão em nosso antigo Direito é incriminada desde o primeiro código penal de 1791 e o abuso de bens públicos desde 1935. Quanto ao novo Código Penal, votado em 1992, ele não prevê o Direito penal das empresas, que permanece, essencialmente, dividido em diversos códigos e leis, como o código do trabalho ou dos impostos, o código do consumidor ou as leis sobre as sociedades. Se o número de empresários investigados aumentou – dificilmente poderia diminuir em matérias onde a não aplicação da lei penal atingisse recordes -, é que as infrações são denunciadas e perseguidas mais frequentemente que antes. O que traduz uma evolução de opinião pública e de práticas judiciárias.

4 A palavra não tem tradução para o português, mas a Autora quis se referir ao ato de se afastar da política para se tornar mais “judicial”. NT

5 No mesmo sentido da palavra *despolitiza*, que não encontra tradução para o português, a Autora se refere ao fato da sociedade passar a ter mais influência e atuação judicial do que política -. NT

**A Senhora quer de dizer, em suma, que os “políticos” não conduzem...**

Eles conduzem ocasionalmente, no corpo a corpo, mas não são levados a se antecipar por uma visão mais global, mesmo quando ela foi precedida por uma reflexão longamente amadurecida. Assim, a Comissão de Revisão do Código Penal da qual eu fazia parte na época, previu disposições novas sobre a responsabilidade penal do diretor da empresa e mais amplamente, daquele que se encontra em posição de decidir, o decisor. Este texto seria o fruto de uma análise aprofundada dos dados atuais. A sua fonte residia na vontade de não deixar uma matéria tão importante do Direito penal somente à apreciação dos juízes. Mas se tratava de um tema extremamente delicado e conflituoso. Também o texto proposto pela Comissão havia desaparecido no projeto depositado pelo governo (tanto o projeto depositado em 1986 por Robert Badinter quanto aquele novamente depositado em 1989 por Pierre Arpaillange). Havia sido re-introduzido no curso dos debates parlamentares pela Assembléia Nacional – é necessário dizer que vários membros da Comissão de Revisão tinham sido ouvidos pela Comissão das leis, pela Assembléia e Senado. Não obstante, em razão de um desacordo do Senado, a Assembléia Nacional que, juridicamente, teria podido ter a última palavra, finalmente cedeu em nome do consenso e da urgência – queria-se que o código fosse votado antes do fim da legislatura. E é por isso que no novo Código Penal um dos aspectos mais modernos da responsabilidade penal passou em silêncio. Existe um texto inovador sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas nada sobre a responsabilidade penal do “decisor”. É assim que, por um indubitável abandono do Parlamento, os responsáveis políticos colocam os juízes em primeiro plano, pois é necessário julgar esta espécie de problema. A contradição é espantosa, pois ao mesmo tempo, observa-se uma desconfiança exacerbada do poder político com relação aos juízes.

**Assistimos nos Estados Unidos e na Europa um aumento de processos. A Senhora não receia que a sociedade civil se transforme em uma sociedade de litigantes? O apelo à justiça não se transformaria em uma maneira de se desresponsabilizar?**

É necessário distinguir a situação dos Estados Unidos daquela da Europa. Nos Estados Unidos, é verdade, o aumento do número de processos, que faz a fortuna dos advogados americanos, é um dado importante. As corporações de advogados – esta elite profissional que representa, ao mesmo tempo, os banqueiros, a aristocracia econômica, a aristocracia empresarial – estão ligadas a uma concepção do Direito puramente instrumental. Num artigo escrito por sociólogos americanos e franceses, foi citada esta descrição do recrutamento ideal para um grande escritório econômico americano. “Não se exige capacidades intelectuais demasiadas brilhantes. Imaginação demais, espírito demais, um excesso de habilidades, se não são compensados por um sólido senso de medidas, podem se revelar tanto um obstáculo

quanto um trunfo”. Dito de outro modo, busca-se juristas sem imaginação para um Direito submisso à economia.

Na Europa, eu tenho a impressão que a questão é um pouco mais complexa. O advogado tradicional, ao mesmo tempo artesão e notável, que amava pensar que sua profissão seria semelhante ao sacerdócio, não desapareceu ainda, ao menos nos domínios do Direito das pessoas. A reforma francesa de assistência judiciária, votada em 1991, tenta manter esta concepção, e mesmo reforçá-la, na medida em que a lei de 1991 tende a facilitar o acesso ao Direito dos mais desfavorecidos, compreendendo os estrangeiros em caso de processos administrativos. É verdade que, pouco antes, em dezembro de 1990, a lei de fusão das profissões de advocacia e do conselheiro jurídico<sup>6</sup>, vai ao cerne da concepção americana dos “supermercados” do Direito e permite nestas profissões, todavia liberais, o recrutamento de advogados assalariados. Se é difícil de fugir desta tendência de instrumentalização do Direito, eu penso que a situação, em um país como a França, não se reduz à aparição de “mercadores do Direito”.

### **E ao nível europeu, a Senhora diria a mesma coisa?**

No Direito europeu, o acesso à justiça é atualmente consagrado como uma garantia imposta pela Corte Européia dos Direitos do Homem, sob o fundamento do artigo 6º da Convenção que estabelece as condições de um justo processo. A racionalidade é interessante, pois combina os Direitos civis e políticos com os Direitos econômicos e sociais: A Corte considera que alguém sujeito à jurisdição não foi beneficiado pelo Direito a um justo processo se não teve ao menos o Direito de recorrer a um advogado para sua defesa. Vários países, notadamente a Grã-Bretanha, foram condenados por não terem respeitado este princípio.

### **E a “advocatura”, para falar como Daniel Soulez-Larivière, o que se tornou? Os escritórios de advocacia não estão cada vez mais inclinados a se assemelhar a uma associação de advogados?**

A própria concepção da profissão da advocacia agora se encontra como objeto de debates, tanto no seio da União Européia quanto do Conselho da Europa. Eu citaria, por exemplo, um julgado de 1994, da Corte Européia dos Direitos do Homem, “Casado Coca contra Espanha”. Tratava-se de publicidade (os advogados começaram na Europa a utilizar a publicidade, sob influência justamente da concepção americana dos grandes escritórios). O requerimento tinha sido entregue por um advogado espanhol, sancionado pela Ordem dos Advogados para publicar encartes publicitários. Ela se fundamentava na violação do Direito à liberdade de expressão garantida pela Convenção Européia dos Direitos do Homem – existe, com efeito,

---

6 A distinção entre advogado e conselheiro jurídico não existe no Direito interno brasileiro. NT

uma jurisprudência da Corte Européia que compreende liberdade de expressão na mensagem publicitária, mesmo quando ela é paga. A questão era de se saber se no âmago deontológico da profissão se poderia justificar tal limitação à liberdade de expressão. Esta limitação foi admitida pela Corte Européia que então não condenou a Espanha.

Naquela ocasião, o julgado analisou a evolução da profissão: “A maioria dos Estados contratantes, dentre os quais a Espanha conheceu, há pouco tempo, uma evolução rumo a uma moderação da deontologia em razão das mudanças em suas sociedades, respectiva e notadamente, do papel crescente das mídias.” Os juízes europeus fizeram referência a um Código Deontológico dos Advogados da Comunidade Européia que data de 1988 e as conclusões da Conferência das grandes Ordens dos Advogados da Europa, adotadas em 1991. Segundo a Corte Européia, estes textos, embora todos tenham mantido o princípio da proibição da publicidade, autorizaram os advogados a se exprimir nas mídias, a se fazer conhecer e a participar de debates públicos. Entretanto, o julgado conclui sublinhando a extrema diversidade de tendências atuais: “Este grande leque de regulamentações e os diferentes ritmos dos Estados membros mostram a complexidade do problema”. A consequência é reconhecer uma tão grande “margem nacional de apreciação”. Ao menos as bases de uma reflexão comum e estão colocadas.

### **Isto não impede o fato de que um número cada vez maior de pessoas recorra a advogados...**

Quando se fala de uma inflação do número de processos, é necessário distinguir o Direito das pessoas e o Direito das coisas. No Direito das pessoas, atrás do litigante se tem sempre o “descontente”. Eu faço referência ao livro do sociólogo Jean-François Laé, *L’Instance de la plainte*: “Os litígios deslocaram os sofrimentos pela erosão da culpa individual, instalando-os no campo da previsibilidade e da decodificação, da afinidade e do domínio coletivo. Eles organizam espaços de confrontos que ampliam as questões sobre a hierarquia e as dependências”. É necessário não esquecer isto quando se fala de “sociedade de litigantes”. Há o litigante astucioso do Direito econômico, mas também o litigante sofredor do Direito das pessoas. Não se pode colocá-los num mesmo nível.

### **Todas vítimas! É uma palavra de ordem desesperante...**

É verdade que o movimento atual em favor das vítimas tende ao que Ricoeur chama de “uma reestruturação das responsabilidades”. O cuidado de restaurar o dano suportado pela vítima conduz progressivamente a um enfraquecimento da noção de culpa. É uma mudança dos próprios fundamentos do Direito, quer se trate do Direito civil ou do Direito penal. No Direito civil, esta inversão tende a privilegiar o risco sobre a culpa e a desenvolver, ao lado de uma

reparação individual assegurada pelo culpado, uma indenização garantida pela coletividade. Paralelamente, em matéria penal, esta inversão conduz ao deslocamento da culpabilidade em sentido à periculosidade. Esta evolução pode preocupar na medida em se passa também de uma concepção onde o Direito fixa limites e não intervém senão em matéria claramente delimitada – a culpa distinta da ausência de culpa, a responsabilidade oposta à irresponsabilidade – a uma concepção quase ilimitada. O “risco zero” não existe, a “periculosidade zero” menos ainda.

### **Como a Senhora explica o excesso de justiça a que se assiste hoje?**

Eu não creio que se trate sempre de um “excesso”. Em certos casos, o desenvolvimento do processo me parece corresponder a “mais” justiça. No Direito penal econômico, o desenvolvimento das perseguições significa que o ambiente dos negócios, e, em casos limites, os ambientes políticos não estão “acima das leis”. No Direito do trabalho, o aumento dos recursos significa que os assalariados são levados a fazerem valer seus Direitos para não estarem “abaixo das leis”.

Ao mesmo tempo, é verdade que a reorganização da idéia de responsabilidade poderia tornar o Direito um espaço em expansão contínua. No Direito civil, eu evocaria o deslocamento da culpa, “imputada” a uma pessoa, ao risco, “implicado” por uma coisa. Assim, no caso de um acidente automobilístico, o responsável é o proprietário do veículo “implicado” no acidente. E, em Direito do consumidor, uma diretiva europeia de 1985 põe em causa a responsabilidade daquele que fabrica ou vende um produto “defeituoso”.

**A palavra “responsabilidade”, que significava a divisão da causa verdadeira de uma ação, está perdendo este sentido inicial. Como dizia Paul Ricoeur: “Ser responsável é ser capaz de indenizar, é responder, não a uma questão, mas à demanda indenizatória”.**

O liame jurídico-moral entre a responsabilidade e a culpa é, com efeito, criação recente. No Direito Romano, o *sponsor* é o responsável pela sua própria dívida, e o *responsor* caucionante da dívida de outrem. E sob a influência da moral cristã, exprimida notadamente pelo juriconsulto Domat no século XVII, que seria progressivamente instituído um liame entre a culpa e a obrigação de respondê-la, o que conduz à separação da resposta civil (obrigação de reparar) da resposta penal (obrigação de suportar uma punição). Esta concepção seria consagrada pela codificação napoleônica, mas a palavra “responsabilidade” apareceu somente em 1798 no *Dictionnaire de l’Académie*, não figurando nem no Código Civil de 1804 nem no Código Penal de 1810. Distinguir novamente a responsabilidade da culpa não seria senão em suma um retorno ao Direito romano.

### **O Parlamento francês não fez prova da imaginação sobre a questão da responsabilidade...**

A resignação do Parlamento francês sob o problema da responsabilidade do “decididor” é um tanto mais lamentável que uma convenção européia, adotada em 1995 e concernente à repressão da fraude em matéria orçamentária da Comunidade, atribui muito claramente a responsabilidade penal ao empresário ou a toda pessoa detentora do poder de decisão ou de controle do seio de uma empresa. O debate sobre a responsabilidade está então longe de ser encerrado e nosso Parlamento deverá se manifestar novamente um dia ou o outro. No estado atual de evolução, há superposição de conceitos mais precisamente que substituição, mesmo no Direito civil onde os tribunais redescobriram as virtudes morais da culpa, conciliando algumas vezes prejuízos-interesses sobrevalorizados (*dissuasive damages* no Direito anglo-americano). Eu não creio que a solução seja escolher uma via única, por exemplo, um retorno à única combinação culpabilidade-responsabilidade. Uma responsabilidade sem solidariedade leva frequentemente a uma sociedade injusta. Da mesma forma que uma sociedade sem segurança, caso se negligencie a periculosidade pode tornar-se uma sociedade de violência. Poder-se-ia tentar a alternativa consistente no abandono da idéia de responsabilidade por culpa em benefício de um sistema exclusivamente fundado no risco e na periculosidade. Isto parece ainda mais inquietante porque os conceitos de culpa e de responsabilidade parecem necessários para manter uma sociedade em movimento. A solidariedade sem a responsabilidade é uma sociedade assistida. O pior me parece ser a segurança sem a responsabilidade, o que conduziria a uma sociedade imóvel, completamente petrificada. Trata-se, portanto, de escolher a sociedade que se quer.

### **Falar da incerteza da norma, do desaparecimento do mundo comum, da crise das instituições estruturantes, da crise de valores, do desaparecimento de símbolos sociais, como fez Garapon, não é finalmente ratificar o fracasso do Estado, sua incapacidade de assegurar o liame social?**

Na enumeração feita, eu não colocaria tudo sob o mesmo plano. Quando Garapon fala de “crises das instituições estruturantes” e do “Desaparecimento de símbolos sociais”, ele levanta uma questão particularmente importante na sociedade atual: o papel das mídias. Ele considera que “as mídias despertam a ilusão da democracia direta”, isto é, “o sonho de um acesso a uma verdade liberada de toda mediação procedimental”. O paradoxo seria que as mídias suprimiriam a mediação no sentido institucional do termo. Donde, o risco de regresso a mecanismos muito arcaicos, tais como o “bode expiatório”, o linchamento. Ao mesmo tempo, o acontecimento das mídias marca a passagem à cultura da desconfiança. É um ponto que me tem surpreendido muito em sua análise. Efetivamente, as mídias têm uma função de crítica, de contestação, de

desestabilização. Neste sentido, elas revelam uma cultura da desconfiança com relação às pessoas detentoras de um papel público, como com relação às instituições. É aquele um papel útil, e até mesmo indispensável à democracia; exceto se as mídias venham a se substituir às instituições porque o papel destas últimas é, ao contrário, o de instituir o liame social. Como instituir o liame social sob a desconfiança? A análise de Garapon mostra que a justiça é ocasionalmente o objeto desta desconfiança, ao risco de perder toda credibilidade, na medida em que instrumento desta desconfiança, por um tipo de cumplicidade entre justiça e imprensa contra o poder político (executivo e legislativo), o que não ajuda muito. A irrupção das mídias toca então, de perto, a formação do liame social. O jogo me parece ser não somente um jogo de poder, mais ainda, quando se trata da justiça, um jogo de sentido, de significação da justiça.

### **Qual é a natureza deste poder?**

A questão que se começa a colocar, mais ainda pela televisão e pela imprensa escrita, é de saber se, além de um exercício de contra-poder pela crítica e a contestação das instituições, não se assiste a uma verdadeira transferência de poder de julgar. Um processo midiaticizado, antes ou durante seu desenvolvimento perante as instituições judiciárias, é necessariamente acompanhado de um efeito de subordinação, no sentido de que o julgamento será realizado sob influência das mídias, no qual os juízes se submetem à sua pressão ou resistem ao seu encontro. Donde, a expressão “autoridade de fato” pode indicar, ao lado de instituições judiciárias, apenas autoridade do Direito, esta transmissão de poder.

### **E a confusão de sentidos, de onde vem ?**

Ela surge também da midiaticização dos processos, vindo, lá também, mais do audiovisual do que da imprensa escrita. Eu gostaria de mencionar o trabalho de Pierre Legendre em *Le Crime du caporal Lortie*. Ele analisa, em uma “nota sobre uma função ritual da imprensa”, a gravação em vídeo de um crime cometido de maneira simbólica nas dependências da Assembléia Nacional de Quebec: “Toda cena de crime colocada de forma midiática (o que seria o caso, pois o crime foi filmado) é uma apresentação do princípio da causalidade, que pode facilitar o trabalho de reconstrução pelo qual o processo revive o crime simbolicamente.” O processo tem por função, e a apresentação midiática pode contribuir para isto, reintegrar a transgressão em palavras, de lhe dar um sentido. Neste ponto de vista, pode-se então considerar que as mídias ocasionam um acréscimo de sentido; mas Legendre sublinha também um tipo de precipitação das mídias sobre fatos diversos. Não é novo, mas com a televisão o fenômeno está se tornando mais violento. “O risco é, diz-se, de abrir as comportas de uma ritualização selvagem que terminaria por incinerar os tempos sociais, privatizando o discurso sobre a causalidade e ao mesmo tempo desqualificando o conjunto da justiça”. Volta-se a esta crise de instituições estruturantes que o senhor referia.

Quanto aos outros fenômenos – a incerteza da norma, o desaparecimento de símbolos sociais, a crise de valores – eu os vejo menos como fracasso do Estado que a dificuldade que nós temos em pensar o múltiplo e a pluralidade, como a pensar o indeterminado. A pluralidade faz desordem. É um desafio para o Estado, reforçando as trocas entre as instituições e a sociedade civil, de conseguir pensar e em ordenar o múltiplo. Esta pesquisa de um Direito “comum”, concebida como um pluralismo ordenado, está no âmago de meus trabalhos.

**A Senhora está de acordo com François Ewald, quando afirma no *L'État providence*: “Quanto mais o Direito é incerto, mais a sociedade é constrangida a se tornar jurídica” ?**

Tudo depende do que se entende pela palavra “Direito”. Uma outra fórmula de Ewald explica: “O regime democrático que se tem imaginado vivo no Direito como um elemento natural, se revela particularmente equivocado”, e ele acrescenta que “o Direito poderia muito bem morrer de democracia, para democracia e a golpes de leis”. Dito de outro modo, se se faz referência à inflação de leis, e mais largamente de normas, pode-se, com efeito, estar de acordo com Ewald.

**E a Senhora, que sentido emprega à palavra “Direito”?**

Eu gostaria de iniciar pela distinção entre “Direito-instrumento” e “Direito-referência”. É verdade que o desenvolvimento de um Direito puramente instrumental, forjado em leis, forjado em decretos ou diretivas e de regulamentos europeus reflete, ao mesmo tempo, a tendência judicante da sociedade e o enfraquecimento do Direito. Nesse sentido, “mais” textos querem dizer “menos” Direito. Mas a noção de Direito comum assinala, conforme digo, uma outra orientação, rumo a um Direito referência comum, localizado acima das leis e mesmo acima dos Estados, e vindo, por ele próprio, limitar, em última análise, a inflação legislativa. Nesta perspectiva de uma referência comum tendo valor supra-legislativo e supranacional, aparece uma judicialização de um tipo novo. Uma judicialização que se exprime, não por uma inflação legislativa, mas pelo estabelecimento de limites à lei e de fronteiras ao Estado.

**Este Direito acima das leis não tem significado semelhante à lei moral de Kant?**

Com esta diferença que a moral se incorpora de hoje em diante ao Direito “positivo”, o que significa que se pode alegá-lo diante de um tribunal e que as sanções juridicamente ordenadas podem, se a ocasião permitir, ser aplicadas. Esta transformação remonta essencialmente ao pós-guerra. Os princípios morais estão se tornando princípios de Direito sob um nome um pouco vago de “Direitos e liberdades fundamentais”. Para tentar definir esta espécie de mosaico de textos provenientes de períodos diferentes, eu parafraseei uma fórmula de Portalis, segundo o qual “as

leis penais são menos uma espécie particular de lei que a sanção de todas as outras“. O que se pode transpor assim: as liberdades e Direitos fundamentais são menos uma espécie particular de Direito que os limites indicados a todos (compreendendo os Estados e os legisladores) e em todas as matérias (Direito das pessoas, Direito dos bens...) limites para não transpor e, às vezes, a direção para qual se deve voltar.

Nós acabamos de ver que não há uma concepção única de Direito. Também não há uma causa única a este entusiasmo pelo Direito, que se funda inicialmente em escolhas políticas. Assim, a corrente liberal quer, sobretudo em matéria econômica, mas também, por extensão, em Direito das pessoas, desenvolver o Direito, apresentado como superior a todos os poderes. Mas se trata de um Direito concebido conforme o modelo americano: não todo um Direito referência, mas um Direito instrumentalizado ao serviço de uma estrutura mais contratual que institucional. Notei uma fórmula significativa de Alain Madelin, em uma entrevista publicada pelo *Le Monde* com o título “O Direito é superior a todos os poderes”. Conforme o antigo ministro, os Direitos do Homem “são nosso regulamento de co-propriedade”. Tomado ao pé da letra, tal fórmula conduziria à uma temível instrumentalização do Direito, aqui compreendido os Direitos do Homem!

Mas existem outras causas que as políticas. Assim, no que concerne à reestruturação da idéia de responsabilidade a qual falamos, surgem causas estruturais, voltadas às vezes a dar atenção à demanda das vítimas e a dificuldade que existe em situar o poder no seio de dispositivos de tomada de decisão muito complexas. Pode-se acrescentar causas culturais: o enfraquecimento do tecido social, o desaparecimento de solidariedades locais, a laicização da sociedade. Tudo isto, por certo, faz do Direito o único recurso e da litigância na justiça o único meio de exprimir um sofrimento. Finalmente, o processo se tornou o único local onde se pode dar novamente sentido a este sofrimento.

**No *Le Figaro* de 9 de maio de 1996, consagrado ao mal-estar na justiça, Alain-Gerard Slama dizia, em suma, que a questão que se coloca hoje face à escalada do juridismo é a seguinte: “quem, legislador ou juiz, deve ser a fonte principal do Direito?” E complementava, que a tradição republicana francesa tinha investido nesta função o legislador e que a concepção anglo-saxã era responsável pelo juiz. A Senhora pensa, como ele, que este último exerce uma pressão sobre nossa justiça a ponto de justificar o mal-estar atual que ela atravessa?**

Não se pode esquecer que a República efetuou a arrematamento de magistrados que poderiam se justificar no contexto da época (1848, 1879, 1883), mas isto não serviria de modelo para hoje ou para o futuro. Para sair do mal-estar atual, mais que tradição republicana, seria

melhor falar de democracia, ou de “democracia renovada”, conforme a fórmula de Garapon. Pois bem, os pilares da democracia, ou se preferimos, os pilares do Estado de Direito, não devem ser definidos como a lei *ou* o juiz, mas a lei *e* o juiz. É a concepção da Convenção Européia dos Direitos do Homem, que consagra ao mesmo tempo o princípio da legalidade e este da garantia judiciária. É verdade que, tradicionalmente, num país de Direito escrito como a França, admitia-se mais importância à lei; por outro lado a concepção anglo-saxã privilegiava o juiz. Mas, é necessário ter em conta o fato que uma evolução se produz nos dois lados da Mancha<sup>7</sup>. Na Inglaterra, o juiz tem o poder, e ele também o tem na Escócia, de criar infrações penais, infrações ditas da *common law*, que não são votadas pelo Parlamento nem inscritas num texto de Direito escrito, mas são pura criação jurisprudencial. Mas o juiz inglês perdeu este poder. Se restam as antigas infrações antigas da *common law*, doravante para as novas infrações, criadas por textos denominados *estatutos*, o juiz inglês tem os mesmos poderes de interpretação que o juiz francês. No continente, em particular na França, permanece-se mais próximo ao princípio da legalidade, mas o juiz atua um papel cada vez mais importante como intérprete da norma escrita. Em certas matérias, como o Direito administrativo ou o Direito constitucional, os juízes tem poderes criadores muito próximos daqueles dos juizes anglo-saxões tradicionais. Mas este fenômeno, já antigo, não é um desvio da democracia. É, ao contrário, desta forma desde que foi construído o Estado de Direito, o Conselho de Estado resgatando do Direito não escrito os “Princípios gerais do Direito”, postos como limites à extensão dos poderes do governante.

Atualmente, nós estamos caminhando rumo a uma síntese que é, entre outros, indicada pela Corte Européia dos Direitos do Homem quando diz que “não se teria razão em forçar a distinção entre países da *common law* e países continentais. A lei escrita é revestida de importância nestes; vice versa, a jurisprudência atua tradicionalmente um papel considerável naqueles”. E a Corte conclui por esta fórmula de síntese: “Em matéria prevista pelo Direito escrito, a lei é o texto em vigor a qual as jurisdições competentes interpretarão”. Esta combinação dos dois princípios, legalidade e garantia judiciária, reúne, além do mais, a metáfora de Ronald Dworkin descrevendo o Direito como uma história escrita a várias mãos. O que é importante num Estado de Direito, numa democracia, não é, pois, saber qual é o pilar a consolidar, mas consolidar os dois pilares.

### **O que é que definiria então a exceção francesa em matéria de Direito?**

Não sei se ainda se pode falar em exceção francesa. Eu creio verdadeiramente na emergência progressiva de uma concepção européia da democracia e de Estado de Direito, fundado sob estes dois pilares que são, de um lado, a lei e de outro a garantia judiciária. Com conseqüências muito concretas. Cada vez que há exceção ou restrição às liberdades ou a

<sup>7</sup> A Autora se refere ao Canal da Mancha que divide geograficamente a Inglaterra e a França, no norte da Europa. NT

Direitos fundamentais, estas exceções e restrições devem ser previstas por um texto da lei. Mas é necessário também que este texto de lei seja aplicado sob o controle de um juiz.

Para voltar a sua questão, não vejo mais tal diferença entre a tradição republicana francesa e aquela das outras democracias. A herança republicana é a da legalidade e é necessário manter esta herança; mas a conquista da democracia é a submissão desta legalidade a princípios superiores. Tanto que uma instância como o Conselho Constitucional, ao não ver reconhecido o poder de censurar as leis, demonstrou que a eficácia destes princípios permaneceu vulnerável. Na História francesa, a República, sobretudo, trouxe consigo a idéia da garantia pela lei. Durante dois séculos, estivemos contentes com esta garantia, a soberania da lei. Atualmente a lei não contém mais todos os Direitos. Ela deve respeitar princípios de valores supra-legislativos que são os mesmos da democracia.

### **A clivagem da qual fala Slama é, portanto, bem real.**

Com a condição de não se constituir uma alternativa. No lugar de opor o legislador ao juiz, é necessário reforçar cada uma das duas garantias. A clivagem fica talvez inscrita na memória coletiva, mas é hoje ultrapassada. Em nosso país, a democracia começou pela lei, materializada pela soberania do Parlamento. Mais recentemente pudemos assistir a certa consolidação do princípio da legalidade através da idéia de “qualidade” da lei. Durante muito tempo, um texto votado pelo Parlamento satisfazia, mesmo se fosse totalmente vago de tal forma que não pudesse ser possível sua interpretação pelo juiz, o que conferia ao juiz um poder criador. O progresso foi imposto tanto pelo Conselho Constitucional quanto pela Corte Européia dos Direitos do Homem. De hoje em diante não é suficiente uma lei no sentido formal de um texto votado pelo Parlamento. É necessário que este texto respeite as condições de qualidade, que são a precisão, a acessibilidade e a previsibilidade. Contudo, outros progressos ainda hão de ser feitos no tocante à elaboração do Direito no seio da União Européia. O Direito europeu não foi votado pelo Parlamento europeu. É um Direito originado dos tratados, quer dizer, das negociações conduzidas entre Estados ou “derivado” dos tratados pelo conjunto de regulamentos e de diretivas adotadas pelo Executivo (a Comissão e o Conselho). O famoso “déficit da democracia” deverá ser corrigido por um re-equilíbrio de poderes.

Quanto ao juiz, se nos inquietamos quanto ao poder que lhe é dado, antes de acusar sua origem anglo-saxônica, seria melhor aprimorar também suas próprias qualidades. A medida em que se desenvolvem os poderes dos juizes para controlar a aplicação da lei, é necessário se preocupar, como nos preocupa as condições do voto da lei, condições de designação de juizes. Dois grandes princípios são colocados pela Convenção Européia dos Direitos do Homem e aplicados pela Corte: a independência e a imparcialidade. Talvez não tenhamos bastante, na tradição francesa, refletido a cerca de sua operacionalização.

Para completar minha resposta, eu insisto ainda sob a necessidade de ter em conta a evolução em curso. Esta evolução é favorecida pela construção de uma Europa que não se limita aos quinze Estados membros da União Européia, mas constitui também uma Europa dos Direitos do Homem para os trinta e três países signatários da Convenção Européia dos Direitos do Homem. Assim que os Direitos do Homem tornaram-se oponíveis aos Estados, a “cultura estatal” que caracterizava a concepção republicana, está enfraquecida ao ponto de um Estado poder ser condenado em nome da regra de Direito. Dito de outra forma, existe um divórcio parcial entre o Direito e o Estado. Na medida em que o Direito não se identifica mais necessariamente com o Estado. Há, ainda, uma diferença maior com os Estados Unidos, que ao conhecem este divórcio.

### **Poderia a Senhora dar um exemplo recente de um Direito oponível ao Estado?**

Tomemos o exemplo do Direito com respeito à vida privada, oponível ao Estado que se obriga a regulamentar as escutas telefônicas, como ele conduziu, em todas as outras matérias, para limitar os poderes de persecução do fisco ou das alfândegas. De forma mais ampla, todos os Direitos e liberdades consagrados pela Convenção Européia dos Direitos do Homem e pela Declaração de 1789, integrada no “bloco de constitucionalidade” são oponíveis ao Estado sob certas condições. Da liberdade de ir e vir à liberdade de expressão, passando pelo Direito ao respeito à vida familiar, exceções e restrições devem ser fundadas sob uma base legal e estabelecidas sob o controle de um juiz.

### **A Senhora concorda com o Direito dos Homossexuais ao casamento? A Senhora é favorável ao contrato de união social?**

Eu acredito que, apesar de sua aparência progressista, havia qualquer coisa de conservador nesta postulação, porque tal contrato teria por efeito consolidar as situações, mais do que contribuir às evoluções desejáveis. Juridicamente, o Direito ao casamento é consagrado pelo artigo 12 da Convenção Européia dos Direitos do Homem como pelo artigo 16 da Declaração Universal, mas somente entre homem e mulher. Pode-se reivindicar uma extensão deste Direito, em nome do princípio da não-discriminação, ele próprio inscrito na Convenção Européia e nos textos internacionais? Este princípio da não discriminação com fundamento nos costumes, permitiu a despenalização da homossexualidade. Isto foi uma etapa importante, visto que vários países europeus, dos quais a Inglaterra e Irlanda incriminavam penalmente o simples fato de ter relações do tipo homossexuais. Em nome do princípio da não-discriminação, e, sobretudo pela referência ao respeito da vida privada, a Corte Européia estimou que houvesse uma violação da Convenção, o que não pode ser aprovado. Mas, despenalizar não é instituir. São duas questões

profundamente distintas. A despenalização rendeu aos homossexuais uma liberdade de ordem privada que deveria lhes permitir, assim como aos heterossexuais, viver em união livre ou concubinato, conforme sua escolha.

### **Certas associações reclamam o Direito ao concubinato, independentemente da identidade sexual dos concubinos. O que a Senhora pensa?**

A união livre, pela definição, é a escolha decorrente de uma total liberdade, sem nenhuns deveres nem Direitos respectivos. O concubinato implica etimologicamente a coabitação, logo certa comunhão de vida, podendo desencadear Direitos patrimoniais com respeito a terceiros (fiador da moradia comum ou autor de um acidente que causou danos), tornando-se notório, pela sua estabilidade e duração.

### **Michel Foucault refletira sobre a situação de ser cônjuge e se perguntava por que, em nossa sociedade, todos são unidos por um liame sexual, o liame afetivo e o contrato matrimonial.**

A grande diferença entre o casamento e o concubinato é que o casamento procede de uma escolha que não é somente individual, mas social. É de sua própria essência comportar obrigações, tanto entre os cônjuges quanto ao respeito aos seus filhos, que não provém mais a vontade de cada parceiro, mas são impostas pela lei, em nome do interesse social. E isto não tem uma concepção cultural particular, mas é geral através das variantes das diversas civilizações. Tanto a Declaração Universal quanto a Convenção Européia associam expressamente o Direito ao casamento a este de fundar uma família.

As proposições recentemente avançadas sob denominações diversas (na França, contrato de união civil, depois contrato de união social) são provas essencialmente de uma aceitação de reconhecimento social da parte de alguns homossexuais. Uma parte das disposições propostas, tendentes em conceder aos concubinos homossexuais os Direitos patrimoniais reconhecidos aos heterossexuais com relação a terceiros, provém da aplicação normal do princípio da não-discriminação. Mas o projeto no seu todo tem a marca de um compromisso entre tendências perseguidoras de objetivos diferentes. Não se poderia alcançar a resolução dos problemas mais fundamentais que dizem respeito à evolução dos costumes, senão colocando em debate não apenas a liberdade de união entre as pessoas, qualquer que seja seu sexo, mas também o Direito de fundar uma família no sentido dos textos internacionais os quais eu já mencionei. Todo avanço neste campo deverá também levar em consideração a nova concepção dos Direitos da Infância, resultantes das recentes convenções internacionais (Convenção da ONU de 1989, Convenção européia de 1995).

### **A Senhora é partidária da igualdade em matéria de Direitos políticos para as mulheres?**

É verdade que uma lei de 1992 assimila a discriminação em razão dos costumes, à discriminação em razão do sexo. Mas, com exceção do risco da discriminação, as duas situações são totalmente diferentes.

A pertinência à categoria “mulher” tem, em princípio, um caráter definitivo, com reserva do transexualismo que permanece uma exceção. Ao contrário, a pertinência à categoria “homossexual” ou “heterossexual”, pode ser evolutiva e apresentar multi-pertinências.

Isto dito, o princípio da não-discriminação deveria ser aplicado de maneira neutra, quer dizer, em termos de paridade entre os sexos. É necessário, aliás, pensar que no horizonte do próximo século talvez o problema se coloque no âmbito da discriminação em relação aos homens.

Um segundo ponto me parece importante em matéria de Direitos políticos, é que o princípio da não-discriminação deve permanecer flexível em sua aplicação, para ser compatível com outras exigências. O fato de pertencer a tal ou qual sexo é um elemento de escolha política, mas também de outros elementos intervenientes, como a competência, a idade, a categoria socio-profissional ou sócio-econômica. Tantos fatores que podem se revelar essenciais quando se trata de escolher um representante numa instância política. Não se pode reduzir a escolha somente a variável do sexo.

Em suma, é necessário assegurar uma não-discriminação em razão do sexo, mas esta não-discriminação deve ser neutra e flexível: qualquer coisa como uma paridade limitada a 30% ou 40% para cada sexo, o que deixa margem para ter em conta as outras variáveis.

Resta saber se a paridade deve ser imposta pela regra de Direito. Eu preferiria um auto-engajamento dos partidos políticos. Mas se o bloqueio é tal que exclui esta solução deveria necessariamente utilizar a regra do Direito.

### **A Senhora não concorda com Elisabeth Badinter, que afirmou no *Le Monde* de 12 de junho de 1996, que existe sobre esta questão um confronto entre a filosofia universalista republicana francesa e a filosofia da democracia americana.**

Eu me filio, preferentemente, à resposta de Sylvianne Agacinski Jospin, observando que não se pode ignorar absolutamente a diferença sexual, quer dizer, a mistura do gênero humano. O universalismo não tem a intenção de ser uma identidade absoluta de todos os seres humanos, mas a aplicabilidade a todos, dos mesmos Direitos. Em compensação, eu repito que o princípio da paridade deve ser exprimido de maneira neutra. Nesta condição, não deveria causar problema constitucional. Mas, ainda uma vez, uma paridade muito rígida arriscaria reduzir gravemente a escolha de representantes políticos.

### **A Senhora não receia, a exemplo de Max Weber, uma standardização da vida social, e até da vida privada, pelo Direito?**

O risco existe, mas eu não tenho certeza que ele se situa onde Weber o colocava. Weber aludia o risco do nivelamento dos governos no prolongamento da racionalização do Direito e do formalismo jurídico: “O formalismo jurídico permite funcionar o aparelho judiciário como uma máquina tecnicamente racional”. Ele descrevia uma imagem comovente do juiz “reduzido à interpretação de parágrafos e contratos, trabalhando como um autômato, sobre o qual se arremessam os fatos e os custos da justiça, e que entorna a decisão e seus motivos”. Pois esta não é a tendência atual. Nós acabamos, ao contrário, de falar por várias vezes do temor da arbitrariedade de um juiz muito poderoso. O nivelamento por um excesso de racionalidade e de formalismo do Direito não parece atual.

Em compensação, o risco se situa no trabalho de interpretação e de aplicação da norma. Há duas deriváveis da palavra norma: “normativo” que remete ao dever-ser, e “normalidade”, que implica a medida de comportamentos. A norma jurídica é normativa: ela estabelece um dever-ser. Mas, na margem de interpretação, reivindicada pela escola da “livre pesquisa científica do Direito” (com François Gény) e desde então, a normalidade se coloca como elemento de aplicação da norma. Identifica-se assim o risco da standardização ou de nivelamento pelo Direito, mas não pelas razões indicadas por Max Weber. O que eu retenho, sobretudo de Max Weber, é sua reflexão sobre o materialismo e o desencantamento do Direito. A isto sou particularmente sensível porque este desencantamento não é somente desmobilizador no plano nacional, mas também desestabilizador no plano internacional. Numa pesquisa muito vasta realizada sobre o Direito comum, nós encontramos as famílias jurídicas mais afastadas do Direito ocidental, notadamente a China e os países do Islã. É difícil para certos representantes destes últimos, aceitar a idéia de que uma espiritualidade possa ser compatível com um Direito laico. Não é por acaso se esta dificuldade surgir agora. Com efeito, o que é mais bem descrito por Pierre Bouretz, em seu estudo sobre Weber, é esta perda de espiritualidade dos Direitos ocidentais. Pois, o acordo sobre um Direito comum pode revelar senão uma visão não materialista, ou então será um Direito comum puramente instrumental, concebido sobre o modelo dos contratos americanos. Se o objetivo é construir um Direito comum como um Direito referência, é necessário encontrar a espiritualidade através de um Direito necessariamente laico, visto que em escala internacional, mais ainda do que num plano nacional, uma religião ou, mais largamente, uma cultura, não pode-se sobrepor às outros.

Este debate está no âmago da discussão travada com os países do Islã. Nossa equipe que ora se constitui compreende os Egípcios, os Iranianos, os Magrebinos, Senegaleses – no Senegal, os habitantes são 90% muçulmanos, mas a Constituição afirma o princípio da laicidade. Assim,

o jovem professor senegalês da equipe teria lido a seu pai, nossos documentos de trabalho sobre a dignidade da pessoa, tema sobre o qual nos queremos trabalhar em Direito comparado. Este homem, que é profundamente religioso, admirou-se de ter sentido uma espiritualidade nos textos, todavia laicos. De onde nossa esperança de conseguir abranger estes que identificam ainda laicidade e materialismo.

### **Para além do Direito, o que é que poderia ajudar o nascimento de uma democracia laica espiritual ?**

Pode-se primeiro notar que “espiritualidade” tem uma afinidade semântica com “espiritismo”. No momento em que a religiosidade se degrada em seitas de todo gênero, isto deve fazer com que se atente para o risco de suscitar o retorno, sob o manto da espiritualidade laica, de um dogmatismo estreito, anti-religioso e anti-científico. A resposta não pode consistir em projetar de maneira maniqueísta laicos contra crentes. Ela se denomina, para todos, confiança e respeito.

Confiança, e não fé cega – para vencer o medo que reduz o Homem à materialidade imediata. Respeito, se cada religião e cada ideologia renunciar em alegar possuir totalmente “a” verdade e se contentar de buscar em nome de uma “humanidade plural”. Eu gostaria de criticar aqui o texto recentemente publicado do *Rev.<sup>mo</sup> Claverie*, Bispo de Oran, assassinado em 1º de agosto de 1996 na Argélia: “Fala-se de tolerância, eu acho que é um mínimo e eu não gosto muito desta palavra, porque a tolerância supõe que houve um vencedor e um vencido, um dominante e um dominado, e que este que detém o poder tolera que os outros existam [...], mas eu prefiro falar do respeito ao outro. Se somente na crise argeliana, após a passagem pela violência e rupturas profundas da sociedade, mas também da religião e da identidade, conseguiu-se conceber que o outro tem o Direito de existir, que ele contém uma verdade e que ele é respeitável, então, os perigos aos quais nós nos expusemos agora não teriam sido transcorridos em vão”. O que poderia contribuir ao nascimento de uma democracia laica espiritual é, com efeito, o reconhecimento por todos, crentes ou descrentes, de que cada homem possui nele uma parte de verdade, a descobrir, a confrontar, a expandir.

## O SONHO DE UM DIREITO COMUM

### **A Senhora gosta de dizer que a Europa é um observatório e um laboratório do Direito comum. De quando é a origem desta sua convicção européia?**

Falar de “convicção européia” é um pouco ambíguo. Eu não tenho convicção total que a Europa tenha obtido um grau de perfeição que se torne modelo a seguir, para construir um Direito comum da humanidade.

Esta referência a Europa está ligada por mim a toda uma outra convicção, de que o Direito comum futuro não possa ser senão plural ou pluralista – é a idéia de um “pluralismo ordenado”. Pois, precisamente, a Europa está localizada, por suas raízes culturais e históricas, e como local geográfico, sob a marca do múltiplo.

A harmonia, mais que a unidade, é buscado para além de todas as divisões políticas, religiosas, lingüísticas, culturais, econômicas, que são entrecruzadas no curso da história. Porque, a outra característica da Europa é de não ter, apesar destas divisões, jamais renunciado ao sonho de um Direito comum que anima, particularmente desde o pós-guerra, a “construção européia”.

É assim que a Europa se torna um observatório, no sentido de que se pode nela observar fenômenos bem reais – abrangendo diversas perturbações – acompanhando a pesquisa de um Direito comum pluralista. Não somente um observatório, mas também um laboratório de estudos e análises, como dão testemunho o número de trabalhos universitários e de comitês de especialistas consagrados em Direito europeu; e ainda, laboratório de ensaios, se se sonha com um trabalho pioneiro – com todas as inexperiências e fracassos que isto comporta – dos juízes das duas cortes européias.

### **A Senhora falaria da exceção européia em matéria de Direito comum?**

Eu falaria, sobretudo, de uma especificidade européia, na medida em que o Direito comum, por razões históricas, já existe por fragmentos na Europa. A dificuldade é que na Europa se sobrepõem diversos dispositivos normativos, autônomos uns em relação aos outros, contendo cada um, fragmentos de Direito comum. Para simplificar, tomemos os dois grandes dispositivos aos quais nós temos já feito alusão. O primeiro é o Direito comunitário, originado de três tratados fundamentais (o Tratado CECA (carvão-aço) de 1951, depois, em 1957, o Tratado Euratom tratando da energia atômica e, enfim, o tratado instituindo a Comunidade Econômica Européia), complementados pelo Ato único, em 1986, e pelo Tratado de Maastricht, em 1992. Este conjunto representa, em suma, a Europa econômica, mas compreende normas jurídicas com os próprios tratados e o Direito “derivado” dos tratados (massa de regulamentos e de diretivas testemunhando uma forte tendência à uma inflação normativa). No mais, o Direito

comunitário contém um mecanismo de colocar em aplicação, com sanções, e o controle de uma Corte de Justiça das comunidades com sede em Luxemburgo. O segundo grande dispositivo é este da Convenção Européia dos Direitos do Homem, adotada no âmbito do Conselho da Europa e localizado sob o controle da Corte Européia dos Direitos do Homem com sede em Estrasburgo. Estes dois conjuntos cobrem uma Europa que, geograficamente, não é mais completamente a mesma. A Comunidade Européia congrega quinze países, que, desde a abertura do Leste Europeu, o Conselho da Europa computa mais de trinta. Esta diversidade estabelece um problema de coerência, em termos de harmonização e de unificação, no interior de cada grupo e de um grupo a outro. Se considerarmos os fragmentos do Direito comum que já existem, cada um dos dois grupos compreendem ao mesmo tempo normas unificadas e normas simplesmente harmonizadas. Quanto à relação entre os dois, a concepção mais simples seria de impor a subordinação, quer dizer, a ratificação da Convenção Européia dos Direitos do Homem pela Comunidade Européia. Esta questão tem sido objeto, em março de 1996, de um provimento negativo da Corte de Justiça, com base no fato da Comissão das Comunidades europeias não ter juridicamente competência para ratificar a Convenção europeia dos Direitos do Homem.

O problema é assim reenviado aos responsáveis políticos: seria necessário modificar o tratado caso se quisesse dar à Comissão, poderes necessários para ratificar a Convenção Européia dos Direitos do Homem. Para o momento, a subordinação está então afastada. Práticas empíricas de cooperação se instauram sob forma de trocas cruzadas entre as duas cortes, a de Luxemburgo e a de Estrasburgo. O tratado de Maastrich vai um pouco mais longe, pois faz explicitamente referência, por várias vezes, à Convenção Européia dos Direitos do Homem, mas não reconhece para tanto a competência da Corte Européia dos Direitos do Homem. Isso mostra a que ponto este Direito comum da Europa, que surge por fragmentos, parece complexo. Duas vias restam abertas: aquela de uma ordem jurídica europeia única ou esta, nova na história do Direito, de uma ordem jurídica a duas cabeças, compreendendo duas Cortes Supremas, não hierarquizadas uma em relação à outra.

É neste sentido que eu falei de laboratório de ensaio para referir à experimentação de diferentes possibilidades de um Direito comum. Esta experimentação tem o interesse de ser ao mesmo tempo possível e pertinente; possível porque, no quadro geográfico limitado da Europa, os problemas de línguas e culturas diferentes não são insuperáveis; e pertinente em razão da diversidade europeia, tanto nas tradições jurídicas nacionais, quanto nas estruturas supranacionais que foram atuadas. Enfim, a imagem do “laboratório” remete também ao modo pelo qual se pode utilizar os resultados desta experimentação. Se a Europa demonstra que ainda não está madura, que é possível construir uma ordem jurídica pluralista, um pluralismo ordenado, ela poderia contribuir para a elaboração de um Direito comum com tendências

planetárias. Tanto para seus fracassos quanto para seus sucessos, o Direito comum europeu poderia balizar o caminho para um Direito comum em escala planetária.

**A Senhora escreve no início de *Pour un droit commun* “Na Europa, chamam à *Direito comum*, norma de costumes locais, de Direito feudal, de Direito romano, de Direito canônico e de Direito comercial, acompanhadas do século XII ao XVI, a emergência dos Direitos nacionais...”. Qual é a idéia fundadora deste *Direito comum*?**

Eu não sei se é necessário falar da idéia fundadora, trata-se mais de um processo histórico que cobre toda a Europa – da Sicília à Islândia, de Portugal a Polônia – que vêm da Idade Média aos tempos modernos. Durante este período, a maior parte das universidades da Europa não ensinavam o Direito local, que é o Direito em vigor, mas um *jus commune* com vocação universal. É resultante do Direito romano e consubstancialmente ligado a outro Direito comum da cristandade, o Direito canônico, e este conjunto romano-canônico é ensinado como um método de racionalidade, uma espécie de guia para o intérprete. É necessário sublinhar que, por natureza, este *jus commune* é supranacional, enquanto o Direito aplicado é local, quer dizer, infra-nacional. Entre os dois, não há Direito nacional, salvo na Inglaterra, aonde vai se constituir rapidamente um Direito inglês em torno do *common law*, ou Direito comum do reino. Sem dúvida, porque o processo de recepção do Direito romano não funciona da mesma maneira na Inglaterra; ensina-se o Direito romano, mas a título histórico, sem integrá-lo aos métodos de racionalidade e sem referi-lo em caso de lacuna.

Dito isto, sobre o próprio continente, o lugar do *jus commune* é evolutivo. Na Idade Média, ele é considerável em razão do duplo fundamento que lhe é reconhecido. Primeiro um fundamento político: o *imperium*, o caractere imperativo deste Direito que se incorpora também ao Direito positivo. O segundo fundamento é a *autoritas*, a autoridade que repousa sobre um valor, ao mesmo tempo técnico e moral, do Direito romano e do Direito canônico. Esta autoridade os coloca acima dos Direitos locais e Portalis, um dos grandes redatores do Código Civil, enfatizaria assim o valor do Direito romano: “É nesta época que nossos Tribunais tomam uma forma mais regular e que o terrível poder de julgar foi submisso aos princípios”. Ele utiliza para esta expressão uma linguagem quase religiosa: “A descoberta que nossos ancestrais fizeram da *Compilação* de Justiniano foi por eles uma espécie de revelação”. Da mesma maneira, para condenar aqueles que rejeitaram o Direito romano: aqueles que criticam “blasfemando o que eles ignoram”. Todavia, progressivamente a partir do século XIV, a doutrina francesa contestou o primeiro fundamento, o *imperium*, e lançou a fórmula que se tornaria célebre: “O rei da França é imperador em seu reino”. No século XVI, os juristas franceses (entre eles Du Moulin), refutaram ao Direito romano toda característica imperativa. Mas, conservaram

a inspiração científica do *jus commune* pelas razões que permaneceram as mesmas: seu valor técnico e moral. Donde esta fórmula, reprisada por vários autores: o *jus commune* se aplica *non ratione imperii sed imperio rationis*, quer dizer, não por sua característica imperativa, mas sob o império da razão.

### **Na Inglaterra, o que é a *common law* exatamente?**

A *common law* se forma, na Inglaterra, a partir da conquista normanda no século XI. É o Direito comum do reino, fonte da unidade por oposição aos costumes locais. A sua origem reside na vontade, para a criação de cortes reais e a extensão progressiva de sua competência, de evitar o esmigalho do sistema jurídico. Ao contrário, o Direito romano foi pouco admitido na Inglaterra: se a *common law* apresenta alguma obscuridade ou lacuna, os juízes não se reportam, como no continente, ao Direito romano, mas à sua consciência. Todavia, ele foi ensinado; não se pode então excluir toda inspiração da fonte romana na constituição do Direito inglês, mas não teve jamais o *imperium*, a característica imperativa, nem esta autoridade científica que tinha no continente.

### **Quando os tribunais apareceram pela primeira vez na Europa?**

Sem remontar à antiguidade greco-romana que já conheciam os tribunais, é necessário observar o fato de que o poder de julgar está desmembrado na Idade Média entre os senhores, a Igreja e o Rei, este último afirmando progressivamente seu monopólio. Em matéria penal, por exemplo, o procedimento é acusatório perante as cortes feudais, no sentido que a persecução pertence somente à parte lesada ou aos seus sucessores: o processo criminal não é senão uma discussão entre dois particulares, sendo raras as diferenças de detalhe o separam do processo civil. Pois, sob a influência do Direito canônico e do Direito real, o sistema inquisitorial, que confia a pesquisa das provas à autoridade pública, é introduzido: no século XVI aparece o Ministério Público, composto de procuradores e, em 1670, o grande regulamento sobre procedimento criminal de Luiz XIV reservará o monopólio das persecuções ao Ministério Público, representante do Rei.

### **A tradição francesa em matéria de justiça penal é, sobretudo, do tipo inquisitorial.**

No século XIII, perante as cortes feudais, o processo é ainda acusatório, no sentido de que eu venho falando. É entre os séculos XIII e XVII que o processo penal evolui rumo a um modelo inquisitório, tornando-se hoje sinônimo de processo continental, sob a dupla influência do Direito canônico e, sobretudo do poder real, que não quer deixar mais ao cidadão o monopólio da persecução, embora na Inglaterra o princípio acusatório seja oficialmente mantido. Ainda hoje, na Inglaterra, qualquer cidadão pode processar penalmente outro. Na prática, este tipo

de perseguição é excepcional. O mais freqüente é a polícia, suposta representante de todos os cidadãos, que inicia a perseguição penal e a exerce (auxiliada desde 1985, por um *Crown Prosecution Service*, ou Serviço de Perseguições), com a ficção da igualdade de armas entre o acusado e a polícia, composta de cidadãos como seus pares. Donde a aparição de desequilíbrios graves porque na realidade a polícia tem poderes bem superiores àqueles do cidadão comum e bem superiores aos do acusado.

### **Como se desenvolveu a história do Direito comum? Pode-se falar de um Direito comum do século XVIII?**

No ambiente do século XVI, que dizer, no momento onde juristas como Du Moulin elaboram um Direito “francês”, o *jus commune* serve também de referência, mas num um plano de igualdade com os costumes locais. E é desta combinação que vai surgir um Direito comum, nacional desta vez, e não mais europeu, que prepara a codificação – os futuros código civil, código penal, código do comércio. O primeiro código, o código penal, data de 1791, mas a conversão se situa bem antes, com a edição de San-German, em 1679, que nacionaliza o Direito: nesta data, o ensino do Direito francês é instituído nas Faculdades de Direito. A idéia de Direito universal se encontra enfraquecido em proveito de uma espécie de patriotismo cultural e jurídico que alcançará as grandes codificações napoleônicas do início do século XIX.

Entretanto, esta evolução não é linear. A idéia de Direito universal subsiste em certos autores. Ainda no século XVI, Bodin publica uma *Exposé du droit universel*. Ele faz referência ao Direito romano, mas para colocá-lo sobre o mesmo plano que as outras fontes do Direito: “Enquanto que as artes e as ciências são objetos universais, o Direito romano não é próprio senão de uma cidade”. Desde então, para construir um Direito universal, seria necessário partir de um Direito comparado. Bodin não emprega o termo, que não é ainda consagrada na época, mas entrevia uma comparação dos Direitos nacionais. No século seguinte, Leibniz forma um projeto de esboço do grande quadro evolutivo de toda a legislação do mundo, o *theatrum legale*. A idéia de Direito universal não desaparece então completamente. Mas o ele significa, na maioria da doutrina, é o patriotismo cultural e jurídico.

### **No século XVIII, fala-se de um Direito comum?**

No século XVIII, separa-se o Direito positivo, que é o Direito nacional, de seus fundamentos, tomados na “razão universal”. Esta razão universal conduzirá à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que proclama os Direitos “naturais, inalienáveis e sagrados” de todo Homem. Não esqueçamos que, à época, os Direitos do Homem não são ainda princípios de Direito. A Declaração não é diretamente aplicável pelos Tribunais. Ela se

tornará muito mais tarde, somente em 1971, quando o Conselho Constitucional a integrará ao “bloco de constitucionalidade” e começará aplicá-la para censurar as leis a ela contrárias. No século XVIII, o Direito comum está, então, afastado dos espíritos. O único vestígio, afora um *jus commune* muito enfraquecido, está ligado ao fato que os fundamentos do Direito positivo nacional remetem àquilo que chamamos agora por razão universal.

**A escola do Direito natural na qual Rousseau se inspirou vem da Alemanha. Existe uma junção entre esta escola do Direito natural e a razão universal?**

A junção encontra-se nos próprios textos: no prefácio da Declaração de 1789 – por esta proclamação de “Direitos naturais, inalienáveis e sagrados” – está inscrito a idéia de Direito natural. A encontramos no início do século XIX, no artigo primeiro do Livro preliminar do código civil: “existe um Direito universal e imutável, fonte de todos os Direitos positivos: ele não é senão a razão natural, aquela que governa todos os homens”. O Conselho de Estado teria, entretanto, considerado este texto como uma preleção filosófica, sem valor normativo, não tendo seu lugar num código. O Livro Preliminar, devido essencialmente a Portalis foi, então, afastado.

**Parece então que existe já uma separação entre a filosofia do Direito e o jurídico, propriamente falando...**

A separação é mesmo mais forte que hoje onde os Direitos do Homem, que são em várias espécies o prolongamento da idéia de Direito natural, penetraram no Direito positivo, após a Segunda Guerra mundial. É a consequência da “constitucionalização” do Direito e de sua “internacionalização” pelos textos como a Convenção Européia dos Direitos do Homem.

**Enquanto jurista, como a Senhora concilia a filosofia universalista do Direito, aquela de Kant ou de Fichte, por exemplo, com o Direito comum, que por definição tenta respeitar a pluralidade das normas, procurando suplantá-las? Como a Senhora faz para conciliar os princípios universalistas dos Direitos do Homem com a pluralidade das culturas jurídicas?**

É verdade que o pensamento dos Iluministas não resolve esta contradição. O imperativo categórico de Kant remete ao universalismo moral. Ele afirma que cada homem é um ser racional, elevado à condição de legislador à vista de toda comunidade humana. Fichte vai mais longe, na medida onde ele insiste sobre na necessidade do Estado. Ele o vê como meio de integrar na sua unidade, a multiplicidade dos indivíduos, mas reconhece que o Estado é uma totalidade limitada e considera que é necessário introduzir um Direito internacional. Ele antevê até um Tribunal Internacional, que seria necessário esperar até 1993 para que a ONU criasse um tribunal penal

realmente internacional – este que não seria o Tribunal de Nuremberg, constituído apenas pelos vencedores da Segunda Guerra Mundial. Se Fichte sobre este ponto vai além de Kant, ele não diz como conceber este Direito internacional. Ele não resolve, também, a contradição entre a idéia de um Direito comum universal e a realidade múltipla dos indivíduos, e, também, dos Estados, com suas tradições políticas, econômicas, culturais e jurídicas. Hoje, a dificuldade ainda não foi resolvida porque o múltiplo causa temor de sempre colocar em risco pensamento e Direito únicos. Assim escreveu Michel Serres: “o múltiplo propaga a angústia, e a unidade, tranqüilidade”. Como a unidade tranqüilizadora, tem-se sempre tendência a restabelecê-la, sendo a pluralidade assimilada à desordem e ao caos. Sendo isto, é necessário estar atento às novidades científicas anunciadas. Começa-se a descobrir, por exemplo na biologia, que certos componentes caóticos são uma propriedade intrínseca dos seres vivos. Isto se dá, nas variações dos números de glóbulos brancos. Na pessoa saudável, as variações são muito irregulares; em contrapartida, em certos casos de leucemia, as variações se tornam muito regulares e até mesmo periódicas. Assim, o caos pode ser sinônimo de um organismo são e a regularidade, sinal de uma patologia.

Mas eu acredito que é a arte que permite responder melhor a questão. Um quadro de Paul Klee é particularmente significativo: *Monument em pays fertile*. É um dos quadros mais rigorosos e severos. Ele parece extremamente estruturado, com linhas de construção muito visíveis, enquanto que Klee frequentemente as apaga. As variações nele são reduzidas ao mínimo. Mas a riqueza de algumas variações que Klee introduziu é que faz surgir uma poesia, tão forte quanto rigorosa é a estrutura. Eu adoraria citar, sobre este quadro, o comentário de Pierre Boulez, esclarecendo, para nele incluir uma reflexão sobre o Direito comum: “Se a estruturação torna-se excessivamente muito forte”, nos situamos “ao lado da infertilidade”. Ele sugere além do mais que o quadro poderia ter tido por título *À la limite du pays fertile*. Com efeito, estamos num ponto extremo: pendula-se em direção à infertilidade se a estruturação se torna muito rígida; em compensação encontramos um país fértil “se a estrutura força a imaginação a penetrar numa nova poética”. Daí a comparação que Pierre Boulez desenvolve em seguida com a obra musical.

### **Que relação há entre Boulez e o Direito comum?**

A comparação me parece transportável ao Direito comum. Para conciliar a unidade e o múltiplo, é necessário uma estrutura muito rigorosa, mas que não suprima toda capacidade de invenção, quer dizer, a possibilidade de exceção e mesmo de transgressão. O Direito comum não deve ser nem unificado ao ponto de excluir todas as exceções e todas as transgressões, nem reduzido à coexistência de conjuntos normativos totalmente autônomos e enclausurados. É o problema do pluralismo tal qual se manifesta, por exemplo, no *Les Sphères de justice*.

Temos a impressão que estas esferas, descritas pelo filósofo americano Michael Walzer, são simplesmente justapostas, sem coordenação entre elas. A fragilidade é dupla, pois a estrutura não é suficientemente rigorosa e, todavia, a combinação entre esferas é excluída por este enclausuramento. Também, a lição de Paul Klee é exemplar, quando ele ensina a seus alunos como coordenar um círculo e uma linha direta descrevendo três modos de agrupamento: por oposição, por justaposição ou por composição. A composição é, para mim, a melhor imagem do pluralismo ordenado tal como eu o imagino para o Direito comum. Klee sugere que caso se contente em justapor as linhas diretas e os círculos, o resultado não evocará outra coisa senão barras cilíndricas postas sobre caixas de conserva. Eu não posso me impedir de pensar que é necessário efetivamente evitar que o Direito comum pareça com barras cilíndricas empilhadas ordenadamente sobre caixas de ervilhas. Isto supõe todo um trabalho preparatório.

Este trabalho passa primeiro pela sistematização do Direito comparado, quer dizer, o aparamento das convergências, divergências e lacunas entre os diversos sistemas de Direito; depois, num segundo momento, por uma tipologia do Direito comum, consistente em distinguir o que permite a unificação – pelo conjunto de normas idênticas – e o que é denotador de uma simples harmonização, forte ou fraca – por uma aproximação de normas, sem, com isso, fazer com que elas se tornem idênticas. Enfim, intervém o modo de racionalidade. A racionalidade jurídica é muito seduzida por uma lógica unitária, supondo regras muito precisas e a obrigação, para cada sistema, de ser idêntico a estas regras. Caso contrário haverá constatação de não-conformidade. Esta lógica unitária, que corresponde perfeitamente ao processo de unificação, é uma tentação porque o pensamento jurídico se constrói sobre este modelo. Mas, em certos casos é necessário precisamente sair por uma lógica pluralista que conduza à harmonização substituindo o binômio “identidade-conformidade” por “proximidade-compatibilidade”. Basta então que as normas sejam suficientemente próximas do princípio de referência para serem julgadas compatíveis. Juridicamente, a harmonização é mais difícil que a unificação, pois é necessário definir critérios de proximidade e fixar um limiar de compatibilidade para que uma decisão seja possível. Caso contrário permaneceremos num universo “indeterminável”, com riscos de arbitrariedade que isto comporta ao proveito do juiz. Mais difícil juridicamente, a harmonização é não obstante a única maneira de evitar politicamente um Direito comum que seja sinônimo de Direito único.

**Como a Europa seria portadora do sonho de um Direito comum? Como este sonho se perpetua no curso do nosso terrível século XX, que Patocka chamava de “século das guerras”?**

É um sonho com eclipse. Da idade média aos tempos modernos, o *jus commune* está carregado pela ambição política do Santo Império romano germânico, pela ambição cultural

da cristandade e pelos fatores econômicos – é necessário não esquecer que o *jus commune* integra a *lex mercatoria*, a lei dos mercadores. Em seguida, vem o período de reserva, dos séculos XVI ao XIX, com as codificações nacionais. No entanto, no prolongamento do espírito cosmopolita do século XVIII, as codificações puderam exprimir a busca de um Direito comum. Ocasões são apresentadas. Por exemplo, Frederico II da Prússia submeteu o *Land Recht*<sup>8</sup> de 1794 a grandes discussões internacionais e Bonaparte criaria em 1800, no Ministério da Justiça, para contribuir com a elaboração do Código civil, uma secretaria das legislações estrangeiras suprimidas em 1804 quando este foi adotado. Com efeito, esta oportunidade de fazer progredir o Direito comum na ocasião do movimento de codificação não teve verdadeiramente seqüência. Ao contrário, passamos do relativismo geográfico de Montesquieu ao positivismo jurídico da escola histórica alemã cujo fundador, Savigny, considera o Direito como o resultado necessário de organização interna própria de cada nação. Não obstante este efeito de clausura, o sonho vai, todavia, renascer, pois a separação própria dos Direitos nacionais conduz a aparição, tal qual disciplina jurídica, do Direito comparado. Nós estamos então no meio do século XIX. Há razões comerciais, o comércio não se detém mais às fronteiras, e razões científicas, como a influência da anatomia comparada, com Cuvier, ou da literatura comparada, com Sainte-Beuve. No Collège de France, uma cadeira de história geral e filosofia das legislações comparadas, foi criada em 1831. Lerminier foi o primeiro titular, depois Laboulaye. Mais, nos manuais, o ato de criação do Direito comparado é datado de 1869. Naquela data, Laboulaye cria, em Paris, uma sociedade de legislação comparada, enquanto Oxford instituiu a primeira cadeira de Direito comparado. O Direito comparado progride então, com um grande momento em 1900. O sonho de um Direito comum novamente toma forma e ultrapassa até mesmo a Europa, depois que um congresso de Direito comparado reuniu juristas do mundo inteiro por ocasião da Exposição Universal. Os organizadores, dos quais Saleilles, o definem com um programa muito ambicioso: diferenciar do conjunto de instituições particulares, um fundo comum ou, ao menos, pontos de aproximação suscetíveis de fazer aparecer, sob a diversidade aparente de formas, a unidade funcional da via jurídica universal. O objetivo é elaborar um “Direito comum da humanidade civilizada”. Assim, o Direito comparado vai tomar seu impulso no início do século XX. Criou-se em Lyon o primeiro Instituto de Direito Comparado em 1914, a partir do qual se desenvolve ao redor de Édouard Lambert uma escola lyonesa de Direito comparado muito dinâmica. Em Paris, o Instituto de Direito Comparado criado em 1932 por Lévy Ullman, que busca por seu turno construir o Direito mundial do século XX. Se o Direito comparado é ainda na época assaz teórico, a perspectiva imediata é também muito prática: um código franco-italiano das obrigações, seara muito técnica do Direito, é publicado e discutido em 1929.

8 Na expressão alemã, *Direito local*. NT

### **Não se falava à época do Direito internacional?**

Dizemos antes de tudo que se separa o Direito internacional (público ou privado conforme ele rege relações entre Estados ou relações privadas de características internacionais) do Direito comparado. Se o Direito comparado tem por ambição descobrir o Direito mundial oculto, a realização de tal projeto não está na ordem do dia, e os idealizadores do projeto permanecem limitados sobre a comparação dos Direitos nacionais, a ponto de cegar muitos juristas. Na véspera da guerra em 1938, Boucaud, comparatista da escola lyonesa, crê ainda no Direito mundial que, escreve ele, “se unirá ao Direito positivo como a alma ao corpo [...], como o pensamento ideal do artista é inseparável do mármore, da cor e do som, para constituir sua obra de arte”. Num clima quase lírico, a guerra será vivida como um despertar brutal. A humanidade dita “civilizada” produziu devastações que o Direito não soube impedir e que até mesmo legitimou em certos casos, por um programa de degradação e de destruição sistemática da pessoa humana: eu penso nas leis raciais. O despertar é verdadeiramente brutal.

Você me pergunta como o despertar se perpetua no curso deste terrível “século das guerras”. A resposta se encontra em Patocka, que cita Heráclito e esta fórmula de duplo sentido, “*ton polemon eonta zunon*”, pela qual Heráclito parece dizer que a guerra é comum, no sentido de universal, mas também – pela interpretação de Paul Ricoeur – que “da guerra, pode surgir qualquer coisa em comum”. Em seus comentários *Essais hérétiques*, Ricoeur escreve: “Heráclito, tal qual percebe Patocka, não é o pensador da existência selvagem ou da ação terrorista, mas o que imaginou o nascimento de todo um liame a partir da comoção mais extrema”. Em suma, é necessário compreender a vida, “não do ponto de vista do dia, que dizer, da vida admitida, mas da noite, que dizer, de *polemos*. A resposta a sua questão poderia estar lá. Após a comoção mais extrema da guerra, o sonho de um Direito comum renasce, sob a urgência e num ambiente trágico, o que pode explicar que ele tome uma forma mais política que jurídica. A urgência é de construir a Europa para evitar o retorno à barbárie, como uma maneira de dizer: “isto jamais”. É o papel dos pioneiros visionários como René Cassin ou Jean Monnet. A Europa política começa com o estatuto do Conselho da Europa, em 1949, berço da Convenção Européia dos Direitos do Homem (assinada em 1950). Muito rápido, o projeto político afunda e a Europa econômica chega a tomar lugar com os três tratados já citados (CECA, em 1951, depois Euratom e CEE, em 1957). Mas o sonho de um Direito comum não se limita à Europa. René Cassin será também um dos redatores da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

### **Este sonho de um Direito comum que a Senhora chama de sua aspiração não é uma máquina de guerra contra o universalismo ingênuo?**

Tudo depende de qual ingenuidade se trata. Há verdadeiras ingenuidades, mas há as falsas.

A falsa ingenuidade consiste em preconizar um universalismo que prepararia o acontecimento de um Direito único. É uma maneira de camuflar a hegemonia de um sistema sobre os outros, quer dizer, um imperialismo. Em relação a este universalismo, sim, o que eu proponho é uma máquina de guerra, para evitar, além de tudo, a guerra que se seguiria quase inevitavelmente.

E mais, há as verdadeiras ingenuidades: o universalismo dos bons sentimentos, das idéias generosas, mas pouco fecundas, consistente em acreditar que bastariam quaisquer declarações solenes para criar um Direito comum. É o que denuncia Gilles Deleuze e Félix Guattari, muito desconfiado com respeito aos conceitos universais: Os conceitos mais universais, estes que apresentamos como valores eternos são os mais esqueléticos e menos interessantes. Evitar esta ingenuidade supõe uma luta para dar lugar e consistência ao esqueleto e transformar os Direitos do Homem em princípios de Direito diretamente operacionais. Mais que uma máquina de guerra, é um trabalho de ir ao fundo da questão, de aprofundamento e de construção. Começamos a perceber a diferença quando comparamos o clima no qual cerca de sessenta Estados adotaram a Declaração Universal, em 1948 e aquele da Conferência Inter-governamental de Viena, em 1993, onde a característica universal da Declaração foi fortemente contestada pelos representantes de tradições jurídicas muito afastadas da tradição ocidental. Finalmente, os pouco mais de cento e oitenta Estados presentes em Viena mantiveram o princípio de uma Declaração “Universal”, mas enriquecidos após um vivo debate criticando precisamente o universalismo ingênuo de 1948.

### **Direito comum e pluralismo jurídico são então compatíveis na opinião da Senhora?**

Eu creio não apenas que são compatíveis, mas que devem ser indissociáveis, pois um Direito comum concebido como um Direito único me parece extremamente perigoso. Melhor querer renunciar à própria idéia de Direito comum.

### **A Senhora falava de Cassin e de Monnet pela obra econômica. Nos anos cinqüenta, quais foram os homens que trabalharam para fazer avançar o Direito comparado?**

O Direito comparado se encontra em crise, após a guerra, por causas primeiramente políticas: a constituição dos blocos Leste e Oeste na Europa. Mais que continuar a comparar, como anteriormente, o Direito continental e o Direito anglo-americano, começou-se a comparar o Direito ocidental e o Direito dito “socialista”, que exprimia a rejeição do Direito dito “burguês”, comparação maquiada pelo medo de ver, sob a capa do Direito comparado, se instaurar um imperialismo de um ou de outro. A esta primeira causa, se mescla uma causa teórica, uma explicando a outra. Do ponto de vista da teoria do Direito comparado, toda corrente crítica contesta, com efeito, a idéia de uma ciência do Direito comparado para retornar a uma concepção mais positivista: mais que comparar as grandes estruturas, comparar o Direito vivo.

Por exemplo, René David escreveu em 1960 um *Traité élémentaire du droit civil comparé* e sobretudo *Les Grands Systèmes de droit contemporains*, publicado em 1964 e regularmente reeditado desde então. Ele rejeita a idéia de uma ciência autônoma e adota uma concepção muito pragmática do Direito comparado. Nele, um tal debate foi sem dúvida fecundo. Mas a renovação atual do Direito comparado, porque está ligado ao renascimento do *jus commune*, é atribuído também aos promotores do Direito internacional europeu, notadamente René Cassin e Jean Monnet.

### **Para querer demais sistematizar práticas jurídicas heterogênicas, a Senhora não teme aniquilá-las?**

A sistematização não suprime a heterogeneidade, porque o Direito comparado não se sustenta somente sobre convergências, mas também sobre divergências e lacunas. Seguramente as convergências facilitam a unificação. Por exemplo, nos quinze países membros da Comunidade europeia, a pena de morte não é mais aplicada. Sobre este ponto, poder-se-ia unificar legislações, assinalando assim a especificidade europeia em relação aos Estados Unidos. Em compensação, quando há divergências, é necessário imaginar um Direito comum de síntese, que dizer, um Direito harmonizado mais que um Direito unificado. Eu mencionei mais acima a separação entre o procedimento acusatório e o procedimento inquisitório. As duas tradições permanecem fortes na Europa. É então difícil de unificar o procedimento penal europeu, mas poder-se-ia tentar uma síntese.

Há também lacunas, domínios onde o Direito comum pode vir a completar o Direito nacional que não tem resolvido tal ou qual problema. Pode-se dar o exemplo do Direito de ser julgado num prazo razoável. Inscrito na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigos 5 e 6), este princípio, que comanda a duração da prisão temporária e da prisão provisória bem como a duração do processo, não foi inserido no Direito interno. Contudo, releva sem dúvida advir de um Direito comum europeu que se constitui precisamente para completar esta lacuna do Direito interno.

### **Pode-se falar em progresso do Direito europeu?**

É necessário primeiramente ter definidos os critérios de evolução. Um progresso do Direito europeu significa que este consiga corrigir o que é considerado como insuficiente no Direito interno. Isto repercute num sistema de valores: progresso em relação a que? Implicitamente, o sistema de valores tal qual o conhecemos nos tempos atuais para a Europa é aquele definido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem que garante, sobretudo os Direitos civis e políticos. Em relação aos tais Direitos, os progressos são indiscutíveis, não obstante uma lentidão

enfadonha: é necessário, algumas vezes, várias condenações pela Corte de Estrasburgo para que um Estado modifique a legislação ou melhore suas práticas. Em compensação, a proteção dos Direitos econômicos e sociais permanece muito insuficiente. Existe uma Carta europeia dos Direitos Econômicos e Sociais, mas sua aplicação não é diretamente controlada. Cada vez mais, os juristas começam a integrá-la à sua racionalidade. Por exemplo, um caso de exclusão ligada a uma situação de muita pobreza foi objeto de petição a Estrasburgo, sob o fundamento de “tratamento desumano ou degradante”, vedado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Mas, o requerimento foi rejeitado. Resta então, a tarefa de ampliar a passagem dos Direitos civis e políticos em direção aos Direitos econômicos e sociais.

### **Caminharia a Senhora até reconhecer um progresso geral da civilização?**

Seria presunçoso falar de “progresso da civilização”, face à violência que se alastra por todos os cantos do mundo. Na medida em que as diferenças econômicas não cessam de se aprofundar, quer se trate de indivíduos ou de Estados, entre ricos e pobres. Se há progresso, está circunscrito a certos campos.

No Direito, o progresso me parece se encontrar na superação da oposição entre Direito natural e Direito positivo. A concepção tradicional do Direito natural foi, sobretudo, orientada na busca de um conteúdo comum, uma espécie de moral universal, puramente incitativa e sem força de constrição. Na sequência do pós-guerra, mecanismos de controle têm atuado e começam a desempenhar a função teoricamente atribuída ao Direito natural, mas que não teria jamais sido desempenhada efetivamente: uma função de colocar limites ao Direito positivo. Isto é inegavelmente um progresso.

**Após a queda do muro de Berlim, a Europa do Estado de Direito teve que dar um passo suplementar. Certos países do Leste se inspiraram em nosso Direito político. Robert Badinter, por exemplo, trabalhou sobre a nova Constituição romena. Como se passou a transição para estes países?**

Dos tempos em que o soviétismo dominava este que chamamos a “legalidade socialista”, quer dizer, na realidade a negação do que podemos considerar como um Estado de Direito, o Estado estava então acima do Direito e não limitado pelo Direito. O Direito soviético conheceu diversas fases. Uma primeira fase durante a qual o Direito desapareceu enquanto tal (conhecemos as críticas do marxismo considerando o Direito como uma forma de luta de classes, uma arma inventada pelos poderosos para dominar os fracos); vem em seguida a fase na qual aparece um Direito soviético, com uma Constituição que é um verdadeiro engodo, na medida em que a maior parte dos Direitos fundamentais são reconhecidos, mas sem nenhum mecanismo permitindo

censurar as práticas contrárias. Um Direito penal se instaura assim, conforme “fundamentos” comuns às diferentes repúblicas socialistas, repousando sobre incriminações freqüentemente muito vagas, incluindo delitos de opinião. É isto que permitirá condenar os dissidentes. Tanto que a definição do estado de demência está tão ampla que facilita a utilização de tratamentos psiquiátricos. Estes tratamentos seriam, além do que, dispensados, não em hospitais mantidos pelo Ministério da Saúde, mas em hospitais vinculados ao Ministério do Interior, o que marca bem qual seria o objetivo.

Atualmente a influência da Europa é sensível pois, pouco a pouco, o Conselho da Europa se abre ao Leste Europeu, sob o risco de enfraquecer, digamos, aos poucos, a “cultura democrática”, no seio de suas instituições. Há, desde então, um juiz romeno na Convenção Européia dos Direitos do Homem, como há um juiz polonês, um juiz tcheco. Mas a evolução não vem somente do Direito, ela diz respeito também à política econômica: é mais ou menos admitido hoje que, para entrar na União Européia e se beneficiar de suas vantagens econômicas, é necessário ter aderido ao Conselho da Europa e ratificar a Convenção Européia dos Direitos do Homem.

### **Que balanço a Senhora faria dos anos que se seguiram à queda do muro?**

Na Europa, podemos observar ainda muitos insucessos – eu penso no conflito na ex-Iugoslávia: o Direito não soube impedir práticas tão inaceitáveis quanto a “purificação étnica”. E, fora a Europa, a constatação da violência confirma uma certa impotência do Direito. Entretanto, surgem pouco a pouco fragmentos do Direito comum. A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estruturas regionais são criadas, derivadas da Convenção Americana dos Direitos do Homem ou da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos povos. É ainda difícil de lhes mensurar o impacto. Igualmente, em escala mundial, com os pactos da ONU que acabam de entrar em aplicação – pacto sobre os Direitos civis e políticos, pacto sobre os Direitos econômicos, culturais e sociais. Mais recentemente também, o Tribunal Penal Internacional de Haia (criado em 1993) acaba de adotar, sob o título um pouco duro de *Règlement de procédure et de preuve*, um texto de cerca de cento e cinquenta artigos que é um verdadeiro código de processo penal comum ao conjunto das tradições jurídicas. Este tribunal, composto por juízes de cinco continentes, proferiu em abril de 1996 uma decisão processual, interessante para ler sob este ponto de vista, pois ela busca a solução a partir de um tipo de síntese de sistemas nacionais, sempre referindo-se ao Direito romano. Encontra-se aí o *jus commune* da Idade Média, mas em perspectiva mundial!

### **Não se pode acusar a Senhora de ser eurocêntrica?**

O risco existe sempre, pois sempre a análise é conduzida a partir de um certo lugar e num certo momento. Consciente deste risco, eu iniciei há três anos a pesquisa que mencionei, com as

outras famílias jurídicas. Primeiramente com a China, em matéria circunscrita ao Direito penal econômico, de um lado, e à proteção da dignidade da pessoa – notadamente contra os maus tratamentos nos campos, nas prisões, nas delegacias -, de outro. Pouco depois, uma réplica desta pesquisa, acerca dos mesmos temas, inicia com certos países do Islã. Como encontramos também o Islã na Europa, a comparação entre a Europa e os países Islâmicos se mostra particularmente difícil. O objetivo é de sair do eurocentrismo, mas nosso trabalho permanece ainda explorador. Trata-se, sobretudo, de mensurar obstáculos à edificação de um Direito comum pluralista em escala mundial. Isto tomaria, sem dúvida, muito tempo e energia, levando-se em conta os mal entendidos possíveis, como aqueles ligados à terminologia e aos problemas de tradução. Há um ano, eu tenho lições de chinês, nem tanto para falar correntemente, mas para me fazer explicar as escolhas terminológicas e ter uma idéia do modo de pensar de meus interlocutores, tendo como objetivo último evitar a armadilha do universalismo ingênuo. Por exemplo, é útil analisar de perto a maneira de traduzir “Direitos do Homem”. Os textos oficiais chineses utilizam caracteres *ren quan:gen*, quer dizer “o homem”, e *quan* (ou *quan li*), que significa “poder do Estado”. Uma outra tradução, escolhidas por alguns juristas chineses, admite a expressão *ren shen quan li*, que, não obstante a homonímia, repercute a um caractere diferente, evocando a noção de vantagem ou de “interesse”. Se a primeira tradução é incompatível com a própria idéia de um Direito oponível ao Estado, em compensação, a segunda, pela noção de “interesse do homem”, permite aparecer uma tal possibilidade.

**Imagina a Senhora que suas idéias sobre o Direito comum seriam percebidas pelo cidadão? Na época onde procuramos colocar mais civismo na sociedade, porque estas idéias não são mais vulgarizadas? O Direito comum do qual a Senhora fala não seria uma maneira de restabelecer um pouco do civismo na sociedade e de restituir um conteúdo ao projeto europeu, que é freqüentemente tido pelos Franceses como uma proposição vazia de sentido?**

O problema reside primeiramente na extrema complexidade dos dispositivos normativos que se apresentam, em escala europeia e, *a fortiori*, em escala planetária. No mais, as responsabilidades políticas, elas mesmas apresentam geralmente a Europa de maneira muito simplista. Isto me tem tocado no momento dos debates preparatórios do referendun sobre o tratado de Maastricht: da comunidade europeia, apenas os países europeus que o fim sendo de integram a comunidade Europeia foram chamados. Apenas uma vez, foi assinalado o vínculo existente, justamente sobre plano jurídico, com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Esta visão muito compartimentada da Europa parece presa ao fato que os responsáveis políticos, como os cidadãos, conhecem melhor a Comunidade e a União Europeia que o Conselho da

Europa. Muitos entre eles se inquietam, além do mais, com a da inflação normativa que tem sua fonte em Bruxelas – os parlamentos nacionais descobriram um pouco tardiamente que uma parte de sua soberania lhe escapou. Isto posto, a imprensa começa a falar um pouco da Convenção Européia dos Direitos do Homem, mas muitas pessoas ainda não conseguem distinguir bem a diferença com a outra Europa. Eu guardo em meu espírito o quase-silêncio das mídias quando da primeira condenação da França pela Corte Européia dos Direitos do Homem, em 1986, pela violação do Direito à liberdade e à segurança, em razão de um procedimento de expulsão que não seria na realidade se não uma extradição dissimulada. A França, país dos Direitos do Homem, condenada em razão de um pedido formulado por um estrangeiro, ele mesmo condenado penalmente por assassinato em seu próprio país! Este momento histórico não mereceu mais que dez linhas, entre dois acontecimentos já esquecidos. Após quatro ou cinco anos, a situação evoluiu um pouco: cada vez que a França fosse condenada em Estrasburgo, os comentários seriam publicados. Mas, permanece difícil compreender o funcionamento e a estruturação no seu conjunto. O cidadão tem uma vaga idéia do dispositivo comunitário, uma idéia ainda mais vaga da Convenção Européia dos Direitos do Homem e absolutamente nenhuma idéia da maneira pela qual o conjunto se estrutura. Esta ignorância vêm possivelmente em parte do fato que não existe um “espaço público europeu”, no sentido definido por Dominique Wolton, de um “espaço simbólico, no sei do qual se trocam discursos, na maior parte contraditórios, dos diferentes atores sociais, religiosos, culturais ou científicos, que compõem uma sociedade”. Esta ausência de “espaço público europeu” é uma das dificuldades, não somente para explicar e fazer conhecer estes fragmentos de Direito comum, mas também para construir este Direito comum de maneira democrática.

### **Sem considerar que existem campos muito conflituosos ainda na Europa.**

Sim, por exemplo, no que concerne ao aborto, onde a legislação vai de pesadas sanções penais como na Irlanda à uma larga despenalização como na França, passando por concepções intermediárias como a concepção alemã. Outro exemplo menos conhecido: em certos países europeus (a Áustria ou Irlanda notadamente), existe ainda um delito penal da blasfêmia, muitas vezes até mesmo imposto pela Constituição, enquanto outros países, como a França, proclamam, ao contrário, a laicidade. Nessas zonas extremamente heterogêneas, o Direito comum não se pode fazer sem um “espaço público”, onde a informação e o debate poderiam contribuir à maturação de um consenso que não seria um compromisso medíocre. Um tal consenso não se decreta – atende-se aqui o limite do voluntarismo. Em compensação, procura-se, e certas instituições poderiam ser mais desenvolvidas neste sentido. O Tratado de Maastricht criou um cargo de mediador europeu, que poderia ser uma via a explorar. Da mesma

maneira que um debate de idéias começa a se instalar no Parlamento europeu e no seio da Assembléia parlamentar do Conselho da Europa. Um imenso trabalho resta a desempenhar, de informações, mas também de formações de idéia de Comunidade, no sentido pleno, implicando um sentimento de pertencer a comunidade, uma vontade de viver em conjunto.

**Em uma passagem do *Qu'est-ce que la philosophie?*. Deleuze cita Primo Levi, que diz em resumo: todo aquele que não experimentou a vergonha de ser um homem não é digno. E Gilles Deleuze assinala que os Direitos do Homem em nossas democracias se tornaram uma espécie de tabu que nos impede de provar esta vergonha. O que pensa a Senhora?**

Mas Deleuze raciocina sobre uma imagem muito global dos Direitos do Homem. Quando estudamos, juridicamente, a jurisprudência criada a partir, seja da Declaração dos Direitos do Homem – Conselho Constitucional -, seja da Convenção Européia dos Direitos do Homem – Corte Européia -, a análise é, por sua vez, mais precisa e com mias nuances. Em certas matérias, as práticas permanecem muito aquém do que seria desejável, mas observa-se, também, evoluções promissoras. O setor da polícia dos estrangeiros, por exemplo, teve progresso em Estrasburgo, sob a base de um princípio que poderia parecer vago e impreciso, o Direito ao respeito de uma vida familiar. Todavia, é aplicando este princípio que o Conselho de Estado anula as expulsões, mesmo em caso de estrangeiros condenados por infrações graves, se todas as suas raízes familiares estão na França.

E, além dos Direitos do “homem”, se coloca de hoje em diante a questão da construção jurídica da idéia de humanidade, ao ardil de noções como o crime contra a humanidade ou mesmo a dignidade humana, muito tempo circunscrita à pessoa, enquanto que as biotecnologias concernem hoje, à humanidade ou inteira: as manipulações genéticas, por exemplo, podem colocar em discussão a integridade da espécie humana, do ponto de vista não somente físico, mas de qualquer espécie metafísico. Michel Foucault assinalou que “o homem é uma invenção recente”, remontando ao século XIX com o acontecimento das ciências humanas. A humanidade, de surgimento ainda mais recente, permanece em grande parte a inventar. E o Direito poderia abrir o caminho.

## A INVENÇÃO DA HUMANIDADE

**Haverá em 1997<sup>9</sup>, um encontro em Bruxelas, entre teólogos, juristas e filósofos do Direito, sobre a construção jurídica do conceito de humanidade. Veremos um dia a humanidade se constituir como parte civil<sup>10</sup>?**

Este encontro é organizado pela Escola das ciências filosóficas e religiosas das faculdades universitárias de Saint-Louis, que reúne a cada ano filósofos, teólogos e pesquisadores em ciências humanas em torno de um tema. O chamamento de juristas, desta vez, sobre o tema “Humanidade – Humanitária”, incita, com efeito, a refletir sobre a emergência da humanidade como nova categoria jurídica. Parte civil? É bem necessário, desde que o crime “contra a humanidade” atinja a humanidade através dos indivíduos e seus familiares, que podem exercer a ação civil perante os Tribunais nacionais. No plano internacional, quando a Corte permanente estiver enfim criada, o procurador terá atribuição para representar a comunidade humana como um todo, aí compreendidas as gerações futuras. Mas, a humanidade se constrói num duplo movimento: proibir o crime contra a humanidade e impor, além dos Direitos individuais do “homem”, o respeito dos Direitos coletivos da “humanidade”.

**A Senhora escreveu em *Pour un droit commun* que “A ambição de um verdadeiro Direito dos Direitos não é somente racionalizar a razão do Estado, ela é também de lhe opor limites intransponíveis e de estabelecer assim este que poderíamos chamar o “irreduzível humano” para designar este núcleo duro e tão frágil dos Direitos que instituem a humanidade humana”. Quais são estes Direitos e qual sentido a Senhora dá a esta última expressão?**

Regressemos primeiro à noção de limites intransponíveis. Entre os diferentes Direitos garantidos pelos textos relativos aos Direitos do Homem, pode-se observar uma hierarquia implícita.

Alguns Direitos são “de proteção absoluta” e colocam, com efeito, limites intransponíveis, pois que nenhuma exceção, restrição ou derrogação é admitida, mesmo em caso de guerra ou de “outro perigo público ameaçando a vida da nação”, conforme a fórmula do artigo 15 da Convenção Européia dos Direitos do Homem que enumera os Direitos “inderrogáveis”.

Porquanto se possa espontaneamente colocar a vida no ápice desta hierarquia, ela não aparece como Direito à proteção absoluta pela boa razão que todos os textos sobre os Direitos do Homem admitem exceções com respeito à vida. Primeiro com a pena de morte, que foi

9 A tradução deste livro empregou a edição francesa publicada no ano de 2005 e, na obra, não houve atualização em relação ao encontro mencionado no texto. NT.

10 Mantém-se a tradução literal da terminologia jurídica francesa no corpo do texto. Numa adaptação à terminologia jurídica brasileira, poder-se-ia empregar o termo “Autora”, no sentido de parte litigiosa num processo. NT.

abolida por um protocolo “adicional” à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mas não nela própria. E este protocolo, como o protocolo adicional ao Pacto da ONU, reserva o caso de guerra. Adiciona-se a exceção da legítima defesa. O homicídio voluntário é então admitido em caso de guerra, como em caso de agressão individual.

Existe então, mais preciosidade que a vida, um valor que os textos não ousam nomear senão para defendê-la: proibir a tortura e os tratamentos inumanos ou degradantes, proibir a escravidão, proibições estas que não podem jamais ser transgredidas. Em caso de guerra, um Estado pode reintroduzir a pena de morte, mas não pode empregar tortura nem reduzir seus inimigos à situação de escravos.

Ao contrário destas proibições, pode-se ler o valor exprimido como o respeito da dignidade inerente à pessoa, dignidade num sentido extremamente forte, sinônimo de “irredutível humano”, que Boutros Boutros-Ghali definia, durante a Conferência inter-governamental de Viena, sobre os Direitos do Homem, em 1993, como “a quinta-essência dos valores pelos quais nós afirmamos juntamente que nós somos uma só comunidade humana”. É verdadeiramente a humanidade humana.

### **Estes são, então, os Direitos à proteção absoluta que fundamenta o irredutível humano?**

Não somente. A outra face do “irredutível humano” é o crime imprescritível. A noção de limite “intransponível” se traduz juridicamente pelos dois conceitos: os Direitos “inderrogáveis” e os crimes “imprescritíveis”, estes que violam a proibição suprema do crime contra a humanidade. Em *Le Refus du sens*, José Santuret escreveu: “O crime contra a humanidade é mais que um crime perfeito: o ato perfeitamente criminal”. O limite deve ser intransponível porque tal crime marca a refutação de todo sentido, a destruição da ordem simbólica que permite justamente construir a humanidade humana. O filósofo belga Jean Ladrière já tinha proposto, com relação à tortura, uma análise que pode se estender às diversas formas de crime contra a humanidade: “Reduzir o corpo à pura passividade de um sofrimento desintegrante, é tentar dissolver a consciência na carne, é literalmente querer uma destruição metafísica”. Dito de outra maneira, mais grave que a destruição física é a destruição metafísica, e ela é inaceitável, porque “ela significa a destruição da ordem humana inteira, a negação do próprio esforço pelo qual existe a humanidade humana. Não se pode, aliás, justificá-la sem contradição, porque toda justificação se refere a um sentido a construir, e este sentido não pode ser senão a realização do humano, qualquer que seja a maneira pela qual o concebemos”.

**A Senhora escreveu que “Foi preciso a Segunda Guerra mundial para descobrir que as nações ditas civilizadas poderiam produzir um Direito diretamente contrário aos Direitos do Homem [...], mas a novidade – verdadeira ruptura epistemológica – foi de transformar os Direitos do Homem em princípios de Direito, que dizer, em princípios que se possa diretamente invocar judicialmente”. Como a Senhora explica que seria necessário tanto tempo, e uma guerra, para elaborar tais princípios?**

Historicamente, com efeito, é um processo muito lento, feito de sedimentações sucessivas, um pouco como camadas geológicas. A evolução não foi linear nem o progresso contínuo; ela está ainda inacabada e falta muito progresso a fazer, notadamente, como já disse anteriormente, para os Direitos econômicos, culturais e sociais.

As primeiras etapas remontam ao século XVII, com o *Bill of habeas corpus* e o *bill of rights*, na Inglaterra, e, no século XVIII, com a Declaração Americana depois a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França. O ritmo se acelerou, no século XX, depois da Segunda Guerra mundial, com a Declaração Universal de 1948, a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem, em 1950, os dois pactos da ONU sobre os Direitos civis e políticos e sobre os Direitos econômicos, culturais e sociais, em 1966. Como vimos, o processo regional se desenvolveu fora da Europa com a Convenção Americana dos Direitos do Homem, em 1969, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos povos, em 1981.

Juridicamente, a ruptura epistemológica se produziu no momento quando passamos das Declarações de Princípios, cuja envergadura era unicamente moral e filosófica para os princípios de Direito, que podem ser diretamente invocados perante uma jurisdição, nacional ou internacional: invocados contra uma lei, em razão do controle de constitucionalidade das leis, e mesmo contra um Estado, pelo ajuizamento de ações perante a Corte Européia dos Direitos do Homem ou do Comitê dos pactos da ONU. Se colocamos à parte o controle de constitucionalidade das leis criadas nos Estados Unidos desde o século XIX, é, com efeito, após a Segunda Guerra mundial que se situa, para o essencial, esta ruptura, sem dúvida impensável, sem o choque criado pela guerra.

### **A Senhora advoga então pela continuidade?**

Reunindo-se todos estes textos, temos efetivamente a impressão, para além das rupturas da história, de uma certa continuidade. Uma continuidade no sentido da extensão da lista de Direitos protegidos e de sua efetividade, a partir do momento quando mecanismos de controle são postos e começam a funcionar.

**Em 1964 foi votada uma lei visando estabelecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Poderia a Senhora recordar as circunstâncias desta votação? O que significa para um Direito ter um valor inalterável?**

A prescrição é a regra em nome da qual a ação processual ajuizada expira, passado um certo prazo. Ela expira porque o tempo cria o esquecimento. É a idéia do perdão, mas há também uma razão mais pragmática: com o tempo, as provas se apagam e se torna muito mais difícil ter um processo. Mas a prescrição não é admitida em todos os lugares. Um país como a Inglaterra, por exemplo, exclui a prescrição para as infrações graves, os tribunais podem, entretanto, impedir as perseguições, passado um certo prazo, aplicando a teoria do abuso do processo. Quanto aos outros países europeus, eles, em sua maioria, fixam prazos prescricionais, genericamente mais longos que na França – indigna-se da jurisprudência que adia o termo inicial do prazo prescricional, em princípio de três anos, pelo abuso de bens sociais, mas na Alemanha ou na Espanha, os prazos são muito mais longos para infrações semelhantes.

O senhor me pergunta porque a lei de 1964 introduziu o princípio da imprescritibilidade para os crimes contra a humanidade, princípio inscrito depois nas Convenções da ONU (1968) e do Conselho da Europa (1974) que a estende aos crimes de guerra. Parece que, nos anos sessenta, a Alemanha tinha preparado uma lei sobre a imprescritibilidade dos crimes cometidos durante a guerra. É isto que teria conduzido a França, depois a comunidade internacional, a consagrar, por escrito, o princípio da imprescritibilidade que já havia surgido no Direito consuetudinário internacional. Mas a lei francesa limita este princípio aos crimes contra a humanidade, excluindo os crimes de guerra, porque à época a França estava envolvida nas guerras de colonização. O problema da prescrição é então, às vezes, mais jurídico e mais político.

### **Podemos fazer a genealogia do crime contra a humanidade?**

A noção de crime contra a humanidade não surgiu brutalmente por ocasião da Segunda Guerra mundial. Sua origem pode já ser revelada no século XVIII, mas, à época, o sentimento é ainda separado da razão. Beccaria emprega, em relação à tortura, termos de indignação como “barbárie”, “hábito digno de canibais”, mas quando ele argumenta para convencer da necessidade de suprimir uma tão abominável pragmática, é unicamente baseado na sua inutilidade. O humanismo é um humanismo de sentimento que não é considerado como um argumento por si só. Para convencer, Beccaria prefere insistir no fundamento utilitário do Direito: a tortura arrisca fazer confessar “o inocente que treme”, enquanto que o criminoso ferrenho, mais resistente, escapará a perseguição.

É após a Segunda Guerra mundial que a noção de crime contra a humanidade tomou forma jurídica e que um conteúdo jurídico foi dado aos atos de barbárie. Sem ir até uma definição

geral, diversas práticas são a partir de então qualificadas como crimes contra a humanidade. A lista vai progressivamente se alongando. O estatuto do Tribunal de Nuremberg já definia como crime contra a humanidade toda uma série de atos: “o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação, e todos outros atos inumanos cometidos contra todas as populações civis antes ou durante a guerra, ou também, as perseguições por motivos étnicos, raciais ou religiosos, logo que estes atos ou perseguições [...] tenham sido cometidos na sequência de todo crime de competência do tribunal, ou em conexão com ele”. É a primeira tentativa para dar um conteúdo ao crime contra a humanidade.

Mas, haverá outras, em Direito internacional e em Direito francês. No Direito internacional, os textos importantes são as duas convenções já citadas, que estabelecem a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e, ao mesmo tempo, dos crimes de guerra: a Convenção da ONU e aquela do Conselho da Europa.

### **E os outros textos, quando foram votados?**

Dizendo propriamente, eles não são votados em Direito internacional, somente no Direito interno. Em 1968, no momento de declarar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra, os Estados agregaram, na Convenção da ONU, uma referência ao genocídio. Em 1973, a lista se estende ao apartheid. O último texto internacional é a resolução da ONU de 1993 que criou o Tribunal Penal incumbido de julgar os crimes cometidos sobre o território da ex-Iugoslávia e dá competência a este tribunal para quatro tipos de crimes, dentre os quais o crime contra a humanidade. Esta resolução contém uma nova definição dos crimes contra a humanidade. No outro caso citado anteriormente, aparecem as formas descritas no relatório do Secretário Geral da ONU, “da limpeza étnica, estupros generalizados sistemáticos, e outras formas de violência sexual, incluindo a prostituição forçada”. No Direito francês, a lei de 1964 “constata” a imprescritibilidade, esta que subentende que a imprescritibilidade, que não tinha sido ainda afirmada por escrito, já fazia parte do Direito consuetudinário internacional. Este texto vai permitir julgar Barbie e Touvier. Outra etapa importante: o novo código penal, votado em 1992 e que entrou em vigor em 1994, contém uma definição do crime contra a humanidade tão próxima daquela que encontramos no Direito internacional. Ao mesmo tempo que a lista se alonga, se faz uma separação, muito lenta e não completamente aperfeiçoada, entre o crime contra a humanidade e o crime de guerra. Em Nuremberg, as duas figuram no estatuto do tribunal e são muito próximas. Nestes julgamentos, o tribunal evita fazer a distinção, e o professor francês Henri Donnedieu de Vabres, juiz em Nuremberg, constata então que “a noção de crime contra a humanidade se dissipa no julgamento”. O crime contra a humanidade, sendo uma categoria nova em relação ao crime de guerra, faz com que os juízes receiam ser

repreendidos por uma aplicação retroativa da lei penal, o que teria fragilizado seu julgamento. A resolução da ONU sobre o Tribunal Penal de Haia se choca com um problema diferente. O Conselho de Segurança não é competente para criar este tribunal, na medida em que sua decisão contribui à manutenção da paz. A Resolução é então ligada à situação da guerra, assim a competência do tribunal se limita aos atos cometidos enquanto durar as hostilidades, o que pode contribuir a uma certa confusão entre a guerra e o crime contra a humanidade.

Em compensação, a lei francesa de 1964 vai levar, talvez, pela primeira vez, a separação entre crime de guerra e crime contra a humanidade. Por razões históricas que já mencionei, esta lei não prevê a imprescritibilidade senão para os crimes contra a humanidade, tanto que receávamos que a imprescritibilidade dos crimes de guerra não fosse abarcar certos casos ligados à descolonização. Nos processos Barbie e Touvier, a distinção se imporá. Os acusados não poderão ser julgados senão por crimes contra a humanidade, e não pelos crimes de guerra.

A Corte de Cassação vai, contudo, confundir um pouco a questão, considerando que os crimes contra a humanidade permanecem ligados ao contexto da guerra, na medida em que estes crimes devam ter sido cometidos “em nome de um Estado, praticando uma política de hegemonia ideológica”. É somente com o novo código penal que se consegue separar completamente o crime contra a humanidade de toda situação de guerra.

**“Matar qualquer um sob o pretexto de que ele nasceu”. Segundo André Frossard, esta é a definição do crime contra a humanidade. Para a Senhora, esta definição não lhe convém ou parece muito restrita?**

Ela tem precisamente a vantagem de permitir distinguir o crime contra a humanidade do crime de guerra. Com o genocídio, ou a purificação étnica, é pertencer a um grupo, designado por uma referência étnica, racial ou religiosa, que determina o ato criminoso. É verdadeiramente dizer a vítima: “Eu o mato porque nasceu judeu, negro, muçulmano, cristão...”. Em contrapartida, nos crimes de guerra, a vítima é designada não porque é nascida em tal ou qual categoria, mas pelo que ela fez como adversária. No caso Barbie, o Procurador Geral Pierre Truche, perante a Câmara de Acusação de Lyon, criticou a distinção sugerida por André Frossard. A consequência foi tratar diferentemente os rebeldes, vítimas de crimes em razão do que eles fizeram, e os judeus, vítimas porque nasceram judeus. A Corte de Cassação não seguiu este raciocínio para evitar excluir a constituição da parte civil dos resistentes. Se quisermos construir uma noção autônoma e permanente do crime contra a humanidade, é necessário retornar a esta distinção.

**A complexidade da noção de crime contra a humanidade não teria, antes de tudo, como observava já Hannah Arendt, em impossibilitar a definição do “irreduzível humano”?**

Hannah Arendt considera, sobretudo, que a noção de humanidade é irreduzível a uma definição filosófica. Ela não emprega o termo do “irreduzível humano”, mas exclui a possibilidade de uma definição filosófica, ou mesmo, de uma denominação do humano, acentuando “a impossibilidade de consolidar em palavras, a essência viva da pessoa”.

Isto pode ser a razão inconsciente desta estranheza na redação de textos sobre os Direitos do Homem: a maior parte dos artigos começa por designar um valor para salvaguardar, depois indicam uma proibição correspondente. Os únicos artigos que se limitam a mencionar a proibição sem indicar o valor que a funda, são precisamente estes sobre a tortura e escravidão. Como se a pessoa não tivesse ousado “consolidar em palavras” o valor que funda essas proibições, como se fosse impossível defini-la de outro modo, que não, pela proibição.

O problema da definição se encontra no crime contra a humanidade. A palavra “humanidade” é pronunciada, mas seus elementos não são jamais postos, senão pela enumeração constantemente renovada dos comportamentos qualificados de crimes contra a humanidade.

O momento chegou, não obstante a pertinência, na época, das intenções de Hannah Arendt, de passar da forma negativa à forma positiva. Nós devemos tentar definir este irreduzível humano, na interseção dos Direitos inderrogáveis e dos crimes imprescritíveis.

### **Qual seria esta forma positiva?**

Para responder à sua questão, há vários métodos. Pode-se fundar sobre uma espécie *a priori* metafísico ou ideológico, o que é sempre um pouco perigoso. Eu prefiro o método indutivo: partir de um conteúdo já conferido aos Direitos inderrogáveis e aos crimes contra a humanidade para tentar remontar à definição.

Uma primeira leitura das proibições dispostas como crime contra a humanidade deixa um sentimento de heterogeneidade. Os textos apontam ao mesmo tempo o homicídio e o assassinato, a escravidão, a deportação, a violência, as perseguições, e mesmo um certo número de discriminações indo até o apartheid. Em contrapartida, a tortura enquanto tal não figura na lista de crimes contra a humanidade, tanto que a proibição à tortura faz parte dos Direitos inderrogáveis. É que a simetria não está perfeita. O fundamento dos Direitos inderrogáveis permanece um fundamento individual, aquele dos Direitos do “homem”. Com o crime contra a humanidade, vemos aparecer o que pode ser o mais novo, a idéia de um fundamento coletivo. O ponto comum entre as diferentes práticas qualificadas de crimes contra a humanidade, nós encontramos neste fundamento coletivo. Por exemplo, o estatuto do Tribunal de Nuremberg como a resolução criadora o Tribunal Penal de Haia visam crimes cometidos contra uma “população civil”, assim como contra um grupo. Quanto ao genocídio, ele supõe a intenção de destruir, totalmente ou em parte, um “grupo” nacional, étnico, racial ou religioso. O mesmo

se dá com o apartheid, cujo objetivo é de instituir ou de manter a dominação com respeito de um “grupo” racial de seres humanos e de oprimi-lo sistematicamente. E no novo código penal francês, encontramos o genocídio e toda uma série de atos que são praticados contra um “grupo” ou contra uma “população civil”. Que pode ser extraído desta constante referência ao grupo, em termos de definição? Pode ser esta idéia que o ser humano, mesmo inserido profundamente num grupo familiar, cultural ou religioso, não deveria jamais perder sua individualidade e vir a ser reduzido a um elemento de troca, e como tal, rejeitado, não pelo que ele fez, mas por sua filiação a tal ou tal grupo. Dito de outra forma, o que se tenta proteger, é a alteridade, a dizer, às vezes, a singularidade de cada ser humano, reconhecido como ser único e, ao mesmo tempo, seu igual pertencimento à comunidade humana.

### **Singularidade e pertencimento são, então, os dois pilares que permitem reconstruir o impensado?**

Parece-me, com efeito, que podemos avançar numa definição a partir destes dois pilares que fundam a humanidade como pluralidade de seres únicos. O que permite definir o crime contra a humanidade, além da enumeração sempre reiniciada, como toda prática deliberada, política, jurídica, midiática, médica ou científica, comportando, seja a violação princípio de singularidade, seja do princípio de igual pertencimento à comunidade.

A primeira ramificação da alternativa remete à exterminação de grupos humanos reduzidos a uma categoria racial, étnica ou genética; ela visa também uma prática que começa a se tornar possível, senão, difundida, à fabricação de seres humanos idênticos pela clonagem, que deveria ser considerada como crime contra a humanidade porque ela leva à violação do princípio da singularidade. Quanto a outra ramificação, a violação do princípio de igual pertencimento, ela leva a considerar como crime contra a humanidade, as práticas discriminatórias como o apartheid; igualmente, se nós a colocamos numa perspectiva de bio-ficção, a criação de super-homens por seleção genéticas ou por sub-homens por miscigenação de espécies.

Estes exemplos mostram que o crime contra a humanidade, assim definido, pode consistir, seja para destruir a vida humana, seja para fabricar seres vivos, sem respeitar os princípios da singularidade e do igual pertencimento. É essencial, se queremos ser tomados não apenas com base no passado e presente, mas, também, com base no futuro.

### **Qual é, para a Senhora, a especificidade dos Direitos do Homem?**

Eu não creio que podemos falar de especificidade quanto ao seu conteúdo. No mais, os Direitos do Homem tocam em todos os campos do Direito. Em contrapartida, o que é específico é sua função. Esta função que consiste em fixar os limites oponíveis a todos e em todas as

matérias, o que significa os limites oponíveis ao Estado. Reencontramos aqui a ruptura, já mencionada, que se produz precisamente no momento quando os Direitos do Homem se tornam oponíveis ao Estado. Antes mesmo da aparição dos sistemas de controle de constitucionalidade, esta ruptura tinha sido preparada pela transformação do papel do Conselho de Estado. Ele sempre manteve seu nome de “Conselho”, mas enquanto que, na origem, ele tinha um papel puramente consultivo, a partir de 1872 vai se transformar em órgão judicante e começar a julgar o governo. Depois de um século de distância, o Conselho Constitucional conhecerá a mesma evolução. Os redatores da Constituição da V<sup>a</sup> República não quiseram criar uma Corte Constitucional nem um Tribunal Constitucional, como existe na Alemanha ou na Itália. O “Conselho” não teria senão um papel muito limitado, visto que não poderia ser provocado pelo presidente da República, presidente da Assembléia Nacional ou do Senado. É uma lei de 1974 que transformou a função do Conselho Constitucional, permitindo sua provocação por um grupo de sessenta deputados ou senadores, em geral, parlamentares da oposição.

**O que se torna, em tal perspectiva, uma razão do Estado? Um Direito que se opõe ao Estado admite que isto não é a regra?**

A concepção tradicional está expressa na célebre fórmula: “A democracia [nela compreendida a regra de Direito] se detém onde a razão do Estado começa”. As regras de Direito são rígidas demais para penetrar nas zonas sensíveis onde a razão do Estado está em jogo. Ao contrário, uma concepção muito flexível integra os Direitos do Homem, com todas as suas fraquezas, suas imprecisões, suas lacunas, permite uma extensão do Direito graças a certa margem de aproximação com a razão do Estado.

Eu gostaria de retomar o exemplo já citado num campo onde, durante muito tempo, regravava a razão do Estado: aquele da polícia dos estrangeiros. A situação está ainda muito longe de ser perfeita, mas os Direitos fundamentais da pessoa introduziram limites aos procedimentos de expulsão, mesmo quando são determinados contra pessoas condenadas penalmente. Como já falei, a Corte Européia e, desde então, o Conselho de Estado, julgam a expulsão incompatível com a Convenção dos Direitos do Homem se ela atentar contra o Direito à uma vida familiar, pois ela visa que uma pessoa que sempre tenha vivido em seu país, tendo suas raízes em seu país, mesmo que se trate de um reincidente.

**Há também o exemplo das escutas telefônicas...**

Elas se difundiram após a guerra, tendo a França herdado as práticas aplicadas pela Gestapo. Estas práticas foram utilizadas de maneira um pouco anárquica durante anos. Em 1960, uma circular secreta do Primeiro Ministro Michel Debré se empenha em colocar algumas regras

de utilização. Depois, diversas comissões – sem sucesso – chamaram a atenção de sucessivos governos para o fato de que se deveria legislar sobre a matéria. Finalmente, foi necessária uma condenação da França, sob o motivo de violação do Direito ao respeito da vida privada, por dois julgados, – os julgados Huvig e Kruslin, prolatados pela Corte de Estrasburgo no mesmo dia, 24 de abril de 1990 – para que o governo preparasse, enfim uma lei, adotada pelo parlamento em julho de 1991.

Assim, a flexibilidade dos Direitos do Homem permite avanços do Direito, o que não permite uma concepção muito rígida: não se pode nem proibir todas as expulsões (ou todas as escutas) nem autorizar todas elas. Uma concepção flexível permite uma resposta mais diversificada. Por certo, um tal controle da razão do Estado permanece imperfeito e por vezes ambíguo, porque um texto como a Convenção Européia dos Direitos do Homem, para tomar o exemplo mais significativo, deve admitir restrições aos Direitos anunciados: o Direito ao respeito à vida privada, o Direito à liberdade de expressão, o Direito ao respeito à liberdade de opinião, são proclamados pela convenção mas emanam de uma cláusula autorizadora das restrições quando são “necessárias em uma sociedade democrática”. É uma maneira, ao mesmo tempo, de legitimar as restrições e de impor um certo número de condições: para serem julgadas necessárias, estas restrições devem ser invocada com um fim legítimo (como a segurança nacional, a saúde pública, a defesa da ordem), proporcionais a este fim e aplicada num espírito democrático. Da mesma maneira, a Convenção admite um certo número de exceções à liberdade de ir e vir, como a prisão após condenação penal ou, mais discutível, a internação de uma pessoa suscetível de transmitir uma doença contagiosa, ou, ainda, de um alienado, de um alcoólatra, de um toxicômano, de um vagabundo, mas ela impõe, todavia, garantias e proíbe toda privação de liberdade excluída da lista.

**Um mendigo que apresentasse queixa por ter sido deslocado de Nice rumo à periferia, obteria ganho de causa? Falo no condicional, mas o caso dos sem-teto queixando-se por terem sido deslocados foi ajuizada durante o verão de 1996.**

No Direito interno, pode ser, conforme as motivações da decisão de deslocamento. Mas, do ponto de vista europeu, é pouco provável. Deslocar não significa privar sua liberdade: trata-se de apenas uma restrição e não uma privação no sentido jurídico. E, mesmo que tivesse havido emprego da força numa instituição fechada para vagabundos, a Corte Européia dificilmente poderia condenar este tipo de prática. A este respeito, o texto europeu parece refletir uma concepção que estaria há muito suplantada. Lembro-me que uma lei belga do século XVIII, suprimindo totalmente o delito de mendicância, organizou um sistema de internação, por até sete anos, para os “vadiagem habitual”, e dois anos para os outros. Julgada compatível com

a Convenção dos Direitos do Homem, sob reserva do controle jurisdicional, este sistema foi espontaneamente ab-rogado pelo Parlamento belga em 1993. Em suma, os Direitos do Homem nem aboliram a razão do Estado, nem suprimiram sua legitimidade. Mas eles servem para “racionalizar” a razão do Estado, no sentido que não reconhecem sua legitimidade senão à expressão de uma racionalidade jurídica que permite verificar o respeito a certas garantias. É uma novidade na medida em que, durante longo tempo, a razão do Estado não admitia nenhuma argumentação contrária.

### **Como funciona esta famosa Corte Européia dos Direitos do Homem?**

Ela está em plena transformação. No início, em 1950, os Estados não desejavam o controle jurisdicional. Eles tinham, então, instituído um sistema assaz complexo de modo a limitar a competência da Corte: num primeiro momento, as pessoas, estimando-se vítimas de uma violação, protocolavam uma petição junto à Comissão dos Direitos do Homem, que examinaria o caso e decidiria a admissibilidade. A Comissão teria então a escolha entre três vias: alcançar uma composição amigável entre o Estado; encaminhar o caso ao Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, que poderia propor uma solução política; ou acionar a Corte Européia dos Direitos do Homem. Em suma, esta Corte foi criada com a esperança que interviesse o menos possível e que a maior parte dos casos fossem decididos, seja por uma composição amigável, seja pelo Comitê dos Ministros.

A situação evoluiu, com uma aceleração no curso dos últimos anos. Nos tempos atuais, a Corte é muitas vezes acionada (proferiu mais de cinquenta julgados em 1995), e um protocolo adicional à Convenção, assinado em 1995, transforma completamente o mecanismo, suprimindo a solução política perante o Comitê dos Ministros e a dualidade Comissão e Corte. Este protocolo criou um organismo único, plenamente jurisdicional, acionado em todos os casos, aumentando consideravelmente os meios colocados à sua disposição.

Esta última informação é importante, pois a única das fragilidade da Corte Européia dos Direitos do Homem, em relação à Corte de Justiça das Comunidades, é a falta de meios. Seus membros mantinham, até aqui, sua profissão de origem, tanto que, conforme o protocolo, eles estarão, a partir de então, afetos à Corte dos Direitos do Homem em tempo integral; eles não terão presentemente nenhum assistente, enquanto que o protocolo prevê atribuir-lhes conselheiros referendários que lhes ajudarão a preparar os autos. Este protocolo (número 11) entrará em vigor apenas quando todos os Estados o tiverem ratificado, o que deverá levar dois ou três anos<sup>11</sup>. Será uma etapa essencial na construção de um verdadeiro controle jurisdicional dos Direitos do Homem.

---

11 A obra utilizada, publicada em 2005, não faz referência à entrada em vigor da modificação analisada neste texto. NT.

### **A Senhora gosta de dizer que a aplicação dos Direitos do Homem reclama novas lógicas jurídicas. Quais são elas?**

Em relação ao pensamento jurídico tradicional, que se vê unitário e hierarquizado, os Direitos do Homem causam verdadeira desordem. Eles repousam sobre textos que, aos olhos dos juristas, apresentam graves defeitos: empregam termos vagos e imprecisos, como a legalidade ou a vida privada, e provém de uma concepção às vezes lacunosas. Lembro que a Declaração de 1789 não evoca nem o Direito ao respeito à vida, nem a vida privada, nem a dignidade. E ainda, os Direitos do Homem parecem contraditórios entre eles, por exemplo quando censuramos a liberdade de ir e vir e a segurança das pessoas e dos bens, ou a liberdade de expressão e o respeito á vida privada, ou ainda, da vida familiar e a vida privada. Última fraqueza, estes Direitos não são estritamente hierarquizados. Para certos Direitos, a Convenção Européia dos Direitos do Homem admite uma “margem nacional de apreciação”, isto é, uma espécie de Direito diferente para cada Estado: cada um pode marcar sua diferença na interpretação que dá a tal ou qual princípio.

### **Uma tal margem não é ela a prova de que os Direitos do Homem são um modo de ser do espírito?**

Muitos juristas são tentados a concluir pelo declínio do Direito. Integrando os Direitos do Homem à racionalidade jurídica, os sistemas de Direito renunciariam, segundo eles, ao rigor e se colocariam abertamente sob o signo de um fluxo sinônimo do arbítrio. No horizonte renasce o velho medo de um governo de juízes, que se manifesta na França a propósito da jurisprudência do Conselho Constitucional, ou na Inglaterra, nestes últimos tempos, a propósito das condenações pronunciadas pela Corte dos Direitos do Homem. Para responder a estas críticas, em si mesmas legítimas, é necessário adaptar os modos de argumentação jurídica: aprender a pensar o múltiplo, o aleatório, raciocinar a partir de categoria que são, senão indeterminadas, ao menos fragilmente determinadas. Este aprendizado não impõe renunciar em todo o caso á lógica jurídica tradicional, que permanece pertinente, mesmo em matéria de Direito do homem, cada vez que a norma posta é suficientemente precisa. Por exemplo, o protocolo que aboliu a pena de morte é extremamente preciso: se um Estado ratifica este protocolo e não aboli a pena de morte, ele será condenado por violação dos textos. Outro exemplo de texto preciso, o artigo 5, que enumera os casos admitidos de privação da liberdade. Se um Estado estabelece uma privação da liberdade para pessoas que considera como perigosas, mas que não são alcançadas pelo artigo 5, ele será condenado, neste sentido que a violação da Convenção será constatada e que deverá, se a ocasião permitir, indenizar a vítima.

### **Como alcançar esta adaptação de lógicas diferentes?**

Na presença de textos precisos, não é necessário então renunciar a lógica clássica. Mas, cada vez que se trata de um princípio muito vago, é necessário aprender a raciocinar segundo um outro tipo de lógica, que chamo “lógica pluralista”, para se opor à lógica clássica, de vocação unitária. Em outras matérias, como as ciências da engenharia ou certas pesquisas matemáticas mais teóricas, que chamamos “lógicas não-padrão”, um exemplo particularmente pertinente é a lógica dos *fuzzy sets*, ou lógicas dos conjuntos fluxíveis. Adaptar as lógicas diferentes consiste em escolher o raciocínio que convém a cada tipo de norma. Logo que a norma é precisa e se impõe segundo uma estrita hierarquia, nós prendemos a um raciocínio clássico segundo o binômio identidade-conformidade. Se a prática em causa é idêntica à norma, ela é declarada conforme; caso contrário, tão frágil que seja a diferença, ela é julgada não conforme. Em compensação, na presença de textos menos precisos, ou quando se permite um enfraquecimento da hierarquia porque cada Estado se reconhece uma margem nacional de apreciação, o binômio identidade-conformidade não funciona mais e é necessário raciocinar a partir do binômio proximidade-compatibilidade: o intérprete incumbido de aplicar a norma deverá situar a prática que ele examina sobre uma espécie de escala graduada, onde esta prática aparecerá mais ou menos próxima da norma de referência. A dificuldade é que logo, para tomar uma decisão, é necessário ainda fixar um limiar de compatibilidade com relação a qual prática será censurada, se ela é julgada incompatível, ou admitida como compatível se o limiar não é atingido, mesmo no caso de diferenças com a norma de referência. Trata-se então de uma lógica “pluralista”, pois que as diferenças podem ser aceitas, mas este pluralismo é “ordenado”, porque os desvios não devem ultrapassar um certo limiar.

### **Qual o interesse maior de tal passo?**

Como acabamos de ver, o interesse é, inicialmente, de permitir o pluralismo; igualmente de dar uma flexibilidade ao conjunto porque o limiar de compatibilidade pode variar segundo os setores correspondentes. Se se trata de uma questão conflitual entre Estados, o limiar pode ser fixado muito baixo, notadamente mais baixo que nas matérias já consensuais. É possível fazer variar o limiar em função da evolução da sociedade, sem mudar a norma. Chegamos assim à idéia de uma norma “evolutiva”, simplesmente pela variabilidade do limiar. Esta flexibilidade não é, evidentemente, sem risco. Quando as jurisdições variam o limiar de compatibilidade ou os critérios que permitem avaliar a proximidade de uma prática com a norma de referência, não de maneira objetiva, mas em função da solução que querem obter, então a decisão perde em rigor e em previsibilidade o que ganha em flexibilidade. É o que chamamos o arbitrário.

Por isso, a mudança da lógica implica num aprendizado. Caso se queira reduzir o risco de

arbitrariedade, levando-se em conta as vantagens da flexibilidade, é necessário um aumento de transparência e rigor. Transparência no sentido em que as decisões devam ser motivadas e que os juízes devam indicar os critérios sobre os quais eles se fundaram para apreciar a proximidade e aqueles empregados para fixar um limiar de compatibilidade. E rigor na medida em que os juizes devam aplicar os mesmos critérios de um caso a outro, criando um tipo de autolimitação.

Estas lógicas são, mais ainda, desenvolvidas na medida em que a complexidade cresce. Quanto mais o número de fatores que comandam a decisão é importante, mas a lógica clássica fica não se adaptada. Pode-se até mesmo demonstrar que a partir de um certo número de fatores, a lógica clássica não funciona mais. A lógica dita fluxível é bem o anteparo da complexidade.

Donde esta última é a própria essência da Europa, a qual eu relembro que é historicamente composta de elementos fortemente disjuntivos e há longo tempo conflituosos.

**A Senhora não pensa que há uma contradição entre Maastrich, que procura harmonizar as normas européias, e o desenvolvimento das diferenças que exercitam estas lógicas pluralistas?**

Isto depende do sentido que o senhor emprega a “harmonizar”. Eu distingo, de minha parte, “harmonização” e “unificação”. A unificação reflete ao Direito único, a mesma norma aplicada por todos, e isto é o que reprovamos na Europa. Menos ao tratado de Maastrich, que, ao Direito derivado dos tratados, por regulamento e mesmo, por diretiva. O que me parece interessante privilegiar, é o processo de harmonização no sentido de uma certa proximidade exigida de todas as normas nacionais em relação à norma européia, esta proximidade não implicando uma identidade absoluta. Preservam-se assim as diferenças e o pluralismo, ao mesmo tempo que se buscamos uma harmonia, com o objetivo de construir uma ordem jurídica. Não é um pluralismo de justaposição à maneira americana, mas um pluralismo ordenado que consiste em tornar compatíveis estas diferenças. Distinguir a harmonização da unificação deveria permitir lutar contra a tendência que eu já evoquei, notadamente no Direito comunitário, de impor a uniformidade em searas onde ela não seria, de forma alguma, necessária. Esta tendência leva em conta, que é mais fácil para os juristas, num plano técnico, de unificar que harmonizar. Apenas o freio político pode resistir a esta tendência natural. Aprender a ordenar o múltiplo é a condição necessária para construir um Direito comum, seja em escala européia como em escala planetária.

## RUMO A UM DIREITO DOS DIREITOS

**João Paulo II, na sua *Encíclica*, parte das ameaças que pesam sobre a via das ciências biológicas. A lei Mattéi sobre a bioética procura proibir toda pesquisa relativa ao embrião humano. Não é contraditório frear a pesquisa sobre o embrião, sabendo, além do mais, que os biólogos estão longe de terem unanimidade acerca desta definição?**

A lei que o senhor evoca, votada em 1994, reflete esta contradição. Ela proíbe em princípio a pesquisa sobre o embrião, mas entreabre duas portas. De um lado, a lei autoriza o casal de pais a doar seus embriões excedentes, não para as pesquisas científicas, mas para os “estudos”, e estabelece três condições a esta doação: um aviso adequado da Comissão Nacional de Medicina e de Biologia da Reprodução, com finalidade médica dos estudos visados e a ausência de ofensa ao embrião. Ela não impede que a distinção entre os estudos e as pesquisas seja tão sutil que será difícil traçar as fronteiras entre os bons estudos, que são admitidos, e as más pesquisas, que são proibidas. Pode-se até mesmo acreditar que esta disposição não seja, uma incitação para certos médicos a realizar fecundações múltiplas visando obter embriões excedentes.

Uma outra possibilidade entreaberta acerta de um ponto muito controverso, o diagnóstico pré-implantação. Há dois tipos de diagnósticos: o diagnóstico pré-natal, quando a criança se encontra dentro do útero da mãe e o diagnóstico pré-implantação, nos casos de embriões fecundados *in vitro*, antes de sua implantação no útero. O senado tinha, inicialmente, excluído a segunda. Finalmente, foi admitida, a título excepcional, mas a exceção poderá se tornar a regra. Com efeito, este diagnóstico é admitido para casais apresentando uma “forte probabilidade de gerar uma criança com uma doença genética de uma particular gravidade e reconhecidamente incurável no momento do diagnóstico”. Mas, o que é uma doença genética de uma particular gravidade? Ainda, tudo será questão de interpretação. Despeito das garantias previstas pela lei, o diagnóstico pré-implantação poderia ser utilizado para uma espécie de triagem genética dos embriões antes de sua transferência. No fundo, a lei reflete tão bem a contradição que pode existir entre a proibição, por meio dos monstros que a ciência poderia fabricar, e, ao contrário, em nome do progresso científico, um sistema de autorização generalizada.

Para responder a sua questão, que faz referência ao debate entre os próprios biólogos, eu gostaria de retomar a fórmula de Henri Atlan, biólogo e filósofo: “A biologia não tem grande coisa a nos dizer sobre porque um indivíduo da espécie humana se torna uma pessoa, ou muito menos é conhecido como tal em certas sociedades”. A biologia conhece as células, mas não a pessoa. Paralelamente, Atlan critica, do ponto de vista biológico, a noção de “pessoa humana potencial”, que foi utilizada pelo Comitê de Ético. É necessário observar que, durante os primeiros dias de gestação, o embrião é indiferenciável. Pode-se ainda, por manipulações,

bifurca-lo para outras espécies senão a espécie humana. O embrião não é apenas uma pessoa “humana” em potencial. Ele tem uma potencialidade muito maior.

### **O ponto de vista dos biólogos importa pouco para a Senhora?**

A biologia tem pouco a dizer sobre a pessoa porque esta, no sentido em que nós a entendemos, é uma construção do espírito, sendo que a natureza não produz “pessoa”. Por esta razão, o desacordo entre os biólogos sobre a definição de embrião não me parece ser juridicamente insuperável. De todo modo, mesmo sendo conveniente estar atento aos dados científicos, não é a partir de uma definição biológica de embrião que se poderá deduzir os Direitos fundamentais neste campo. Agrada-me retornar à idéia que os Direitos do Homem, tais como foram proclamados em 1789 como Direitos “naturais”, o que dá vazão a uma ambigüidade, são, na realidade, um protesto contra a natureza. Na natureza, os homens não nascem livres e iguais. Afirmar solenemente que os homens “nascem livres e iguais”, é protestar contra uma abordagem puramente biológica do homem.

Em termos de Direitos fundamentais, a noção de pessoa começa em momentos diferentes segundo o tipo de Direito que entendemos proteger. O Direito á vida é protegido muito tardiamente, no que diz respeito aos textos autorizadores do aborto. Aplicamos muito mais cedo um outro Direito, o qual vimos que teria um lugar muito mais alto na hierarquia, o Direito ao respeito à dignidade. Não protegemos, evidentemente, a dignidade do embrião, mas a dignidade da família humana. É em seu nome que o freamos, sem lhes proibir completamente, as pesquisas sobre embriões, para evitar toda espécie de práticas, que começam pelo eugenismo e podem tomar formas extremamente diversas. Elas foram já enumeradas em 1986 num texto do Conselho da Europa que parece um cenário de ficção científica: esta recomendação da Assembléia parlamentar do Conselho da Europa relativa à “utilização de embriões e fetos humanos para fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais”, sem obrigar os Estados a impor-lhes proibições “tudo o que poderíamos definir como manipulações, desvios não desejáveis, tais como a criação de seres humanos idênticos pela clonagem ou por outros métodos, para fins de seleção da raça, a implantação de um embrião humano no útero de outra espécie, ou a operação inversa, etc”.

Um projeto mais construtivo da convenção do Conselho da Europa sobre a bioética, foi elaborado em 1995. O artigo 15, relacionado à pesquisa, que poderia ser admitida sobre embriões que não se desenvolveram além de quatorze dias. Mas, em relação ao projeto preparado por expertos, uma proposta de modificação tem origem na Assembléia parlamentar do Conselho da Europa, notadamente para excluir a constituição de embriões “para fins de pesquisas”; igualmente para criar um órgão de controle vigiando a aplicação da Convenção “em conjunto

com a Convenção Européia dos Direitos do Homem”. O debate está, então, inacabado. Ao mesmo tempo, a Unesco, com o projeto de Declaração sobre o reconhecimento de um patrimônio genético da humanidade. É a mesma idéia de proteger a integridade da família humana; a mesma pesquisa de um equilíbrio entre natureza e cultura, entre as necessidades da pesquisa biomédica, que comanda a descoberta de novas terapias contra doenças graves, e as exigências de respeito à dignidade. Não mais somente a dignidade do ser humano enquanto indivíduo, mas a dignidade da família humana, da humanidade. Através de questões bioéticas, encontramos a necessidade de construir, filosófica e juridicamente, a noção da humanidade. Creio decididamente que não podemos mais obstar a objeção de Hannah Arendt. As práticas evoluíram de tal forma rápidas, que nós estamos atualmente confrontados com uma verdadeira urgência.

**Da bioética às neurociências, há apenas um passo que foi dado pela Senhora no fim de seu livro: *Pour un droit commun*, onde considera a idéia de que as neurociências poderiam um dia conseguir fundamentar os Direitos do Homem. Falamos do sonho no início de nossa entrevista. Não estaria a Senhora em pleno sonho visionário?**

Eu jamais disse que as neurociências deveriam fundamentar os Direitos do Homem, mas eu simplesmente quis nuançar a concepção dos Direitos do Homem como protesto contra a natureza, evocando notadamente os trabalhos de Jean-Pierre Changeux.

À sua maneira, as neurociências renovam possivelmente o debate que oporia natureza e cultura, mostrando que algumas faculdades cognitivas, como aquela de se representar no outro de maneira reflexiva, como um outro em si mesmo, membro da mesma espécie social, e aquela de apresentar a organização do grupo social, seriam características da espécie humana.

Eu mostro prontamente os limites de uma tal abordagem dizendo que as neurociências não logram fundamentar os Direitos do Homem. Isto por duas razões. Primeiramente em razão da ambivalência das faculdades cognitivas, pois o fato de se representar o outro pode explicar os Direitos do Homem, os grandes altruísmos, mas também as piores perversidades, como a tortura, os tratamentos inumanos ou degradantes, possíveis no homem precisamente porque ele tem a faculdade de representar o outro. Dito de outra forma, as neurociências contribuiriam para fundamentar não somente os Direitos do Homem, mas, também, a criminalidade. O que as neurociências não diz, é porque se valoriza alguns e reprova-se outros.

A segunda razão, que rejeita a possibilidade de estabelecer os Direitos do Homem sobre as neurociências, é que seria necessário êxito em isolar as regularidades impostas pelo patrimônio genético do homem. Daí os próprios biólogos pessoalmente constatam – e é, também, uma característica da espécie humana – que existe no homem uma grande variedade épigenética: é extremamente difícil isolar o que provém do patrimônio genético daquilo que

provém da cultura, muito profundamente integrada no patrimônio genético. Definitivamente, entre as regularidades próprias da espécie humana e as regras que caracterizam cada cultura, a distinção, dizem os biólogos, permanece muito difícil em consequência do emaranhado destes dois componentes no curso das etapas sucessivas do desenvolvimento.

Vejo enfim um perigo para querer limitar os Direitos do Homem às neurociências ou, mais largamente, à biologia: arriscamos reunir assim o argumento que alguns islâmicos utilizam para legitimar o estatuto muito discriminatório que eles impõe às mulheres. Eu leio, neste momento, um projeto de tese de doutorado escrito por um teólogo iraniano sobre a dignidade da mulher no Direito muçulmano. Sem aderir ele mesmo a estas idéias, o autor menciona um filósofo iraniano contemporâneo que justifica o repúdio e a poligamia por um argumento que gostaria de citar: “Segundo os cientistas, há uma diferença entre a mentalidade do homem e aquela da mulher. A natureza é feita de tal maneira que o amor verdadeiro e durável da mulher não vem como uma reação de afeição contrária ela. A frieza do homem é o fim da vida conjugal, a da mulher não”. O repúdio é então justificado por este argumento pseudo-científico; quanto à poligamia, ela é considerada como um dos Direitos “naturais” das mulheres, permitindo a várias dentre elas, se beneficiarem da proteção de um mesmo esposo.

Esta referência constante à natureza e aos “científicos” é tanto mais surpreendente, no caso dos islamitas, que censuram as legislações ocidentais, sobretudo quando são de origem laica, seu materialismo que seria desprendido de toda espiritualidade. Disto se depreende o quanto é estreito o caminho em direção a um Direito comum da humanidade que não seja fundado nem sobre um simples materialismo (imaginário ou verdadeiramente fundado sobre uma análise biológica do homem), nem sobre uma verdade revelada por tal ou qual religião, mas que seja fundada sobre uma espiritualidade que possa ser aceita por todas as culturas e todas as religiões.

### **O que podem os Direitos do Homem face à amplitude da desordem econômica mundial e face aos setecentos milhões de pessoas sem trabalho no mundo?**

O senhor faz referência ao balanço que foi apresentado na ocasião da Conferência Mundial de Viena, em 1993: setecentos e cinquenta milhões de pessoas estão sub-alimentadas, setecentos milhões estão sem trabalho, próximo de um bilhão de adultos não tem recebido instrução, entre um bilhão e um bilhão e meio vivem em condições de pobreza absoluta e um bilhão vivem no limite da pobreza. Se acrescentarmos que cento e cinquenta a duzentos milhões de crianças são forçadas ao trabalho em mais de cinquenta países, podemos verdadeiramente falar de desordem, e mesmo em desastre econômico.

O que podem os Direitos do Homem? É necessário aceitar a idéia que estamos ainda no início da sua história, no início deste processo de sedimentação sucessiva que descrevi mais

acima. Esta história começou com o reconhecimento dos Direitos civis e políticos, depois apareceram os Direitos econômicos e sociais, no pacto da ONU e na Carta Social Européia, posterior à Convenção Européia dos Direitos do Homem. Progressivamente, se impôs a idéia de uma indivisibilidade e de uma interdependência entre as duas categorias de Direito. Esta indivisibilidade se encontra no cume da hierarquia a propósito do Direito de proteção absoluta que é o Direito ao respeito da dignidade: dignidade não somente civil e política (o Direito de não ser torturado), mas também econômica, através do Direito às suficientes condições de existência. Dito de outro modo, a extrema pobreza pode ser considerada como a violação do Direito ao respeito da dignidade. Esta análise começa a aparecer, notadamente nos trabalhos da Comissão Nacional dos Direitos do Homem.

**Eu entendo a idéia de indivisibilidade, mas ela não é contraditória com a realidade do pan-capitalismo mundial? Os deslocamentos e a concorrência internacional não contradizem este espírito?**

No último encontro do G7, em julho de 1996, em Lion, foi evocado o liame entre os Direitos fundamentais do homem ao trabalho e a liberação do comércio internacional. É a primeira vez que esta idéia aparece oficialmente. Restará colocá-la em aplicação.

Do ponto de vista estritamente jurídico, indivisibilidade tem conseqüências práticas que já mencionei. Assim, o Direito a um justo processo está inscrito na Convenção Européia dos Direitos do Homem, sem referência á situação econômica e, todavia, a Corte Européia estimou que aplicando este Direito os Estados deveriam organizar um sistema de ajuda judiciária gratuita para os mais desfavorecidos. Sua racionalidade repousa na constatação, transponível a outras searas, que não existe uma “barreira hermética” entre os Direitos políticos e civis e os Direitos econômicos e sociais.

Outro exemplo, a petição, finalmente rejeitada pela Comissão em 1990, que foi protocolada em Estrasburgo sob o fundamento de uma violação do artigo 3, ou seja, de um tratamento inumano ou degradante. Mas, a mesma racionalidade pode, em outros casos mais graves, levar a uma condenação. Mais recentemente (19 de janeiro de 1995), o Conselho Constitucional, pela primeira vez, reconheceu que, “a possibilidade para toda pessoa de dispor de uma moradia decente é um objetivo de valor constitucional”. Deduzido notadamente do princípio do respeito a dignidade da pessoa, este Direito à moradia pode também ser o ponto de partida de uma construção jurídica nova.

Certamente, temos ainda a impressão de ver se elevar um muro de papel, feito apenas de princípios inscritos sobre ele. Restará consolidar o conjunto. Ao menos, atrainos a possibilidade de um raciocínio do qual será necessário se esforçar para tirar conseqüências lógicas.

### **Até impedir a exclusão?**

Com dois anteprojetos de lei concorrentes, apresentados por dois ministros do mesmo governo, a questão está em plena discussão. O último relatório da Comissão dos Direitos do Homem (1996) traça linhas diretrizes muito precisas para a futura lei sobre a exclusão. É necessário evitar, segundo a Comissão, dois obstáculos: o obstáculo de um texto puramente declarativo enunciando Direitos que, a títulos e sob formas diversas, são desde já conhecidos; e o obstáculo de um texto categórico, tratando os problemas dos excluídos como de uma categoria particular, tal como os deficientes, por exemplo.

A verdadeira justificação de uma lei de grupo deve ser a de visar dois objetivos: de uma parte, assegurar a eficácia dos Direitos dos quais os excluídos são privados – Direito à moradia, Direito a uma atividade remunerada e à formação, Direito à proteção social, aos cuidados médicos, à educação, a uma igualdade de justiça, à uma vida familiar normal – precisando os meios jurídicos, administrativos e financeiros necessários; de outra parte, estabelecer a coerência entre as diversas ações, colocadas em prática de maneira parcelada. Esperamos que o Parlamento partilhe desta visão.

### **A pena de morte permanece num bom número de países como uma pena exemplar. Não seria a prova que a heterogeneidade dos Direitos do homem é uma situação de fato?**

É incontestável que no momento atual existe uma grande heterogeneidade entre os Direitos do Homem, tais como são reconhecidos e tais como são aplicados. A pena de morte não é senão um exemplo, entre outros. Já mencionei a condição das mulheres em países do islã, com o repúdio e a poligamia: é também importante. Está claro que os Direitos civis e políticos, e *a fortiori* os Direitos econômicos e sociais, estão longe de serem realmente universais. Podemos dizer, no máximo, que são universalizáveis. O reconhecimento dos próprios Direitos, depois sua aplicação efetiva, é uma lenta conquista.

Concernente ao reconhecimento dos próprios Direitos, o acordo não se faz ainda sobre a pena de morte, mas se esboça a intenção do “irredutível humano”, ao menos para proibir a tortura e o tráfico de seres humanos; igualmente para proibir e reprimir o crime contra a humanidade (com a resolução da ONU, criando o Tribunal Penal Internacional). Nesta resolução, a comunidade internacional, representada pela ONU, entre outras coisas, renuncia a prever a pena de morte. Se não há consenso para abolir a pena de morte no plano nacional, há quanto menos um acordo, se tratando do crime considerado como o mais grave na escala de crimes, para renunciar a pena de morte, em escala internacional. Isto pode ser um sinal de aproximação.

Quanto à aplicação dos Direitos do Homem, o problema é ainda mais difícil. A supor que consigamos reconhecer os mesmos Direitos, garantir sua efetividade é outro desafio. Contudo,

a instituição de mecanismos de controle progride. Mecanismos jurisdicionais, notadamente com a Comissão e a Corte Europeia dos Direitos do Homem, e mecanismos não jurisdicionais, também importantes como o Comitê Europeu de Prevenção da Tortura ou o Comitê de Prevenção da ONU. O Comitê Europeu tem mais poderes, mas não intervém senão em escala regional e não universal. Este Comitê não é uma jurisdição – ele não julga nem condena os Estados –, mas pode exercer um Direito de visita em todos os lugares de aprisionamento, particularmente expostos ao risco de tortura. O relatório do Comitê não é publicado a não ser que o Estado em questão o aceite, porém, por uma espécie de efeito cascata, todos os Estados aceitaram até o presente momento a publicidade do relatório. Recusá-lo, de certo modo, seria reconhecer-se culpado. Assim, podemos ler vários relatórios descrevendo certos tratamentos inumanos ou degradantes, por exemplo, nas prisões britânicas ou nas delegacias de polícia e lugares de retenção de estrangeiros na França.

Se existe algum progresso no reconhecimento dos princípios e na instituição de mecanismos para controlar sua efetividade, permanece um longo caminho a percorrer antes que se instaure um verdadeiro Direito comum da humanidade.

### **Na França, a prisão se constitui como instrumento maior da punição. Como a Senhora explica esta prevalência da prisão?**

Juridicamente, a prisão não é senão uma pena, mas na prática, ela assume duas funções: punir a culpa e neutralizar a periculosidade. Isto pode ser uma razão desta prevalência. Ainda que ela tenha se tornado uma sanção penal somente a partir da Revolução (Francesa), a prisão é hoje a pena de referência, estatisticamente a mais empregada em matéria de crimes e delitos.

Admitir oficialmente esta dualidade – punir a culpa e neutralizar a periculosidade – apresenta um risco, o de vir a querer neutralizar a periculosidade independentemente de toda culpa e além dela. Sem chegar a este ponto, pois ela se aplica ao autor de crimes particularmente graves, a lei de 1994, sobre a perpetuidade dita “real”, proclama a função de neutralizar ao não autorizar a liberdade condicional do condenado senão após constatação médica que assegure sua não periculosidade. Outro exemplo, a Convenção Europol contendo a criação de um serviço europeu de polícia, não ainda em vigor<sup>12</sup>, vai longe na matéria de prevenção, ao permitir que se inscreva nos arquivos policiais não apenas dados referentes a os condenados e os suspeitos, mas, também, as pessoas “para as quais certos fatos graves justificam, à vista do Direito nacional, a presunção de que eles cometeram infrações” (art. 8, par. 1, al. 2). Certamente, os arquivos não implicam uma neutralização tão constrangedora quanto a prisão, mas comportam o risco, compreendendo a periculosidade acima da infração, de uma extensão do controle social. No

12 A obra utilizada, publicada em 2005, não faz referência à entrada em vigor da modificação analisada neste texto. NT

mesmo sentido, fomos confrontados na Comissão “Justiça Penal e Direitos do Homem”, com a questão dos braceletes de vigilância eletrônica. A primeira vista, esta prática parece preferível à prisão. Nós permanecemos, entretanto, muito reservados quanto ao uso destes braceletes, por causa da tentação de colocar também sob vigilância toda uma população, não somente de condenados, mas pessoas “em riscos”: pessoas consideradas como perigosas, ou mesmo “em perigo”, pois deslizamos muito facilmente de uma categoria a outra, para os menores, notadamente.

Deste ponto de vista, a vantagem da prisão é paradoxalmente sua visibilidade e seu custo. Visível (compreendido nas estatísticas) e cara (sem que a privatização conseguisse reduzir os custos), a prisão permanece mais difícil de generalizar quanto os braceletes de segurança eletrônica. Estes últimos, muito difundidos nos Estados Unidos, não reduziram a superpopulação carcerária, que alcança recordes. Isto que deveria instigar a permanecer sensato e reservado sobre as proposições chamadas a neutralizar a periculosidade. Vale mais privilegiar verdades alternativas em termos de punição. Um bom exemplo, ainda tão pouco desenvolvido, é o trabalho de interesse geral, que puni a culpa pela aprendizagem de um trabalho.

**Quando de um seminário, Henry Rousso observou o seguinte: “O método do Vel’dHiv<sup>13</sup> não é pensável contemporaneamente, mas um estatuto de estrangeiros tal como existia na época Vichi não é improvável”. O que pensa a Senhora a respeito desta frase?**

Aproximamo-nos dela às vezes perigosamente como, por exemplo, com a ordem de julho de 1996, pela qual determinou-se aos gendarmes que fizessem o necessário para que os Malinezes e os Tunisianos fossem expulsos no mesmo avião, já devidamente reservado e com data marcada. Mesmo caducas, estas instruções são reveladoras dos erros sucessivos de uma política de imigração extremamente sem nexos, desordenada e cada vez mais repressiva. O Senhor leu talvez a comunicação ao governo do Colégio de Mediadores, publicado em junho de 1996, e inserida na internet. Nós escrevemos que a legislação concernente aos estrangeiros se tornou arcaica, de tanto ter sido tão frequentemente reformada, no Direito interno, e incoerente em relação à Europa. Tudo está para ser repensado e, por tal razão, organizamos as Cortes de imigração deste 1996.

Se a legislação francesa é arcaica, é porque ela remonta às ordenanças de 1945. Aditamentos foram feitos ao texto original, que chamamos inicialmente “Estatuto dos estrangeiros”, proveniente da ordenança de 1945. O contexto era totalmente diferente na época: a França se encontrava em plena expansão econômica e as empresas procuravam trabalhadores

13 A pergunta faz referência ao episódio acontecido entre 16 e 17 de julho de 1942, no velódromo de Hiver de Paris quando ali foram colocados cerca de 13000 judeus, dos quais 4000 eram crianças, em condições insuportáveis, sendo considerado um marco do anti-semitismo francês, e sem que tivesse havido determinação do governo alemão para tanto. Após alguns dias, todos foram encaminhados para campos de concentração. NT

estrangeiros em seus próprios países de origem, para contribuírem ao desenvolvimento de nossas indústrias. É nestas ordenanças que se encontra definido, desde 1945, o delito de ajuda aos estrangeiros em situação irregular, do qual a utilização coloca agora tantos problemas humanos. Este delito já estava previsto, mas não o utilizavam praticamente. A aplicação do texto mudou. As penas foram consideravelmente aumentadas em 1989 e uma das “leis Pasqua” estendeu o delito às pessoas jurídicas, o que significa que associações caritativas podem ser acusadas por ajuda às pessoas estrangeiras em situação irregular.

Repensar o conjunto supõe três caminhos. O primeiro comporta medidas transitórias, sobre a base de critérios dilatados, a fim de regularizar os “sem-documentos” que podem alegar esta situação, notadamente para aplicação do Direito ao respeito da vida familiar ou do Direito ao asilo, que foi entendido de maneira cada vez mais restritiva nestes últimos anos. Em segundo lugar, nós propomos orientações e os principais elementos do que deveria ser uma legislação francesa renovada. Enfim, a política estrangeira deve se fixar com duplo objetivo: uma coordenação que não seja somente para fins repressivos entre os países de imigração, em particular os Estados da União Européia, e uma cooperação que esteja a altura dos desafios atuais com os países de emigração.

### **O Direito poderia apagar leis que derogassem uma tradição de hospitalidade?**

Os Direitos do Homem, na medida em que eles têm valor constitucional, ou estão inscritos na Convenção Européia dos Direitos do Homem, são os únicos limites intransponíveis na matéria. A Constituição contém, sobretudo, princípios que impõem garantias em caso de retenção. Por exemplo, o Parlamento votou, em 1992, uma lei permitindo a manutenção de estrangeiros no que chamamos pudicamente as “zonas de trânsito”, durante um período de um mês, um juiz não intervinha senão ao fim de três semanas. Um percurso rocambolesco permitiu acionar o Conselho Constitucional: a lei foi proposta por um governo de esquerda e a oposição da Direita não teve nenhuma intenção de acionar o Conselho Constitucional; foi preciso, então, os protestos de diversas associações de defesa dos Direitos do Homem para que o Primeiro Ministro à época, Edith Cresson, decidisse acionar o Conselho Constitucional invocando uma lei que seu próprio governo tinha votado. O Conselho Constitucional a censurou por violação do princípio da garantia judiciária, que impõe o controle de um juiz “em prazos adequados”.

O Parlamento então reconduziu a intervenção do juiz a um prazo de quatro dias. Permanece que a manutenção em zona de trânsito, quer dizer, a possibilidade de uma retenção na entrada do território, foi legalizada. É verdade que a Constituição reserva ainda surpresas. Em julho de 1996, o Conselho Constitucional censurou as disposições inscrevendo a ajuda, direta ou indireta, a estrangeiros em situação irregular “no campo dos atos de terrorismo”,

julgando que havia “desproporção manifesta” entre tal comportamento, que “não tem relação imediata com o cometimento de ato terrorista”, e a repressão incorrida.

Resta que a Convenção Européia dos Direitos do Homem pode ser a melhor garantia, através de certos Direitos como o Direito ao respeito a uma vida familiar (art. 8), o qual já mencionei, que permitiu censurar, por várias vezes, países, dos quais a França, por expulsão a estrangeiros.

Em casos mais raros, o artigo 3 pôde ser invocado, em razão do risco de tortura ou de tratamentos inumanos ou degradantes (qualificação recentemente aplicada por um Tribunal às práticas de excisão), quando estrangeiros são expulsos rumo a seus países de origem. E a proibição das expulsões coletivas, que figura, não na Convenção, mas num protocolo adicional, pertencendo à categoria dos Direitos inderrogáveis. Ao dizer que as expulsões coletivas não possam ser admitidas, mesmo em caso de guerra ou de terrorismo, este texto proíbe em qualquer hipótese, expulsar coletivamente estrangeiros em razão de pertencer a uma certa nacionalidade ou raça. Em contrapartida, um Estado pode expulsar todo um grupo de estrangeiros no mesmo avião, com a condição de que cada algum tenha sido analisado individualmente, o que pode dar lugar a evidentes abusos. Outros progressos poderiam resultar da recente instituição da União Européia. O Tratado de Maastricht contém disposições sobre a política estrangeira que deveria incitar países da União a desenvolver conjuntamente uma política, ao mesmo tempo generosa e mais eficaz, com os países de emigração e melhorar a política de asilo e de imigração. Até o presente é, sobretudo, num sentido repressivo que invocamos estes textos, pois o Tratado faz muito claramente obrigação de respeitar nestas matérias, a Convenção Européia dos Direitos do Homem.

É por isso que nós pedimos também, em nossa Comunicação ao governo, que a França utilize as possibilidades ofertadas pelo Tratado de Maastricht (Capítulos V e VI) num sentido muito mais aberto, para dar, não o exemplo de uma política ainda muito repressiva, mas ao contrário, de uma política mais humanista, que o não exclui o realismo, que começa por uma luta eficaz contra as cadeias de empregos clandestinos.

### **A maneira pela qual o governo regulou o caso dos sem-documentos da igreja Saint-Bernard em agosto de 1996, parece para a Senhora de bom presságio?**

Precisamente, o problema é que este caso não foi regulado, nem para os trezentos Africanos de Saint-Bernard nem, mais largamente, para os milhares de estrangeiros em situação similar.

A extrema confusão que se seguiu à intervenção da polícia na igreja Saint-Bernard, em 23 de agosto de 1996, ilustra, de maneira quase caricatural, a inadequação da legislação sobre a imigração, tornada complexa e repressiva. Que se tratasse da definição dos casos

regularizáveis ou da superposição, a propósito dos mesmos casos, de uma via administrativa de recondução à fronteira e de uma via penal, a ausência de critérios precisos torna a lei imprevisível em suas conseqüências. Isto se chama o arbitrário. Uma reflexão do conjunto, mais que nunca necessária, se torna urgente tanto em escala do Direito interno, quanto na perspectiva da coordenação com outros países de imigração, notadamente a União Européia, e de uma cooperação com os países de emigração.

**A Senhora diz que o Direito não pertence aos juristas e evoluiu sem eles. Qual é a melhor maneira de fazer o Direito evoluir? Em qual medida temos o dever de fazê-lo evoluir?**

O Direito não é todo poderoso, nem os juristas sempre clarividentes. O Congresso de Direito comparado que ocorreu em Paris em 1900 é um exemplo. Os comparatistas sonhavam com um Direito comum da humanidade civilizada, antes do despertar brutal das duas guerras mundiais. É uma lição de modéstia: não é suficiente boas idéias, idéias generosas. O Direito parece progredir somente quando existe o encontro entre circunstâncias e um projeto permitindo transformá-las. Após a guerra, não obstante seu choque, juristas como Cassin souberam formular projetos orientando a transformação do Direito.

Mais recentemente, a violência do conflito sobre o território da ex-Iugoslávia desencadeou a criação do Tribunal Penal Internacional, pois vários projetos tinham sido elaborados por juristas. Na França, o comitê de peritos presidido por Pierre Truche foi instalado em 16 de janeiro de 1993. Me recordo que trabalhamos muito rapidamente, pois nós apresentamos nosso projeto em 2 de fevereiro e o Conselho de Segurança da ONU teve conhecimento, ao mesmo tempo, de um projeto italiano e um outro sueco, desde o dia 22 do mesmo mês. Poucos juristas acreditavam neste projeto. Muitos anunciavam desde então que a Rússia ou a China exerceriam seu Direito de veto contra a criação do Tribunal, outros profetizavam um tratado de paz acompanhado de uma anistia geral.

Para que o Direito evolua, é necessário uma espécie de conjunção entre os projetos disponíveis e as circunstâncias. Com a condição de aguardar o tempo necessário. Como no poema de Prévert, *Pour faire le portrait d'un oiseau*: “Não se desencorajar, esperar, se for necessário, durante anos, a rapidez ou a lentidão da chegada do pássaro não tendo nenhuma relação com o sucesso do quadro”. Quando o pássaro chega, se chega, podemos assinar o quadro.

**A Senhora escreveu que “por proibição máxima do crime contra a humanidade, é melhor o Direito comum da humanidade que nos esforçamos em inventar”. Ao visto dos excessos cometidos no mundo, ao visto dos massacres de Srebrenica e ao genocídio em**

**Ruanda, a Senhora, às vezes, não se desespera um pouco diante da missão a cumprir? De uma maneira mais simples, eu lhe pergunto: o que lhe faz crer em um futuro deste Direito comum da humanidade?**

Eu não estou desesperada, mesmo sendo algumas vezes impaciente perante a lentidão desta evolução, pois eu creio na obstinação. O Tribunal Penal Internacional me parece um bom exemplo. Agora que ele existe, suas decisões repercutem em todo o mundo. A imprensa, que lhe dedicava no início apenas algumas linhas, lhe reserva hoje páginas inteiras, a partir da formulação da acusação de Karadzic e de Mladic. Este “Tribunal obstinado”, como tem-se nomeado, redigiu, no curso dos seis primeiros meses, o “regulamento de processo e prova” que mencionei a propósito do Direito comum, tanto que ele parece já ser um primeiro código de processo penal internacional.

Isto não é ainda senão um início, tão frágil que não ousamos vê-lo senão como uma promessa, mas ele abre uma via e mostra as virtudes da obstinação imaginativa e do rigor. Para mim, a única resposta a dúvida, é a estrofe de Leonardo da Vinci, “*hostinato rigore*”: “rigor obstinado”.

**Eu lhe agradeço por esta lição de rigor.**

### **Bibliografia**

Para facilitar as obras referenciadas nas notas não foram citadas na bibliografia.

ANCEL, Marc, *Utilité et Méthodes du droit comparé*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971.

ARENDR, Hannah, *Juger*, Le Seuil, Paris, 1991.

BACHELARD, Gaston, *L'Eau et les Reves, essai sur l'imagination de la matière*, José Corti, Paris, 1942.

BECCARIA, Cesare, *Des délits et des peines*, introdução e comentário de Faustin Hélie, Aujourd'hui, Paris, 1980. Reeditado, prefácio de Robert Badinter, Flammarion, Paris, 1991.

BOULEZ, Pierre, *Répons – L'oeil musical*, em *Éclats*, Centro Pompidou, Paris, 1986.

BOURETZ, Pierre, *Les Promesses du monde*, Gallimard, Paris, 1996.

- CARBONNIER, Jean, *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 1995.
- CARBONNIER, Jean, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> république*, LGDJ, Paris, 1996.
- CHANGEUX, Jean-Pierre, CONNES, Alain, *Matière à pensée*, Le Seuil, Paris, 1992.
- DAVID, René, *Les Grands Systemes de droit contemporains*, 10e éd., com Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz, Paris, 1992.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Pour un droit commun*, Le Seuil, Paris, 1994.
- DELMAS-MARTY, Mireille, LUCAS DE LEYSSAC, Claude, *Libertés et droits fondamentaux*, Le Seuil, Paris, 1996.
- DWORKIN, Ronald, *L'Empire du droit*, PUF, Paris, 1994.
- FICHTE, Johann, *Oeuvres choisies de philosophie premiere*, éd. Alexandre Philonenko, Vrin, Paris, 1964.
- FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975.
- FOUCAULT, Michel, *La Volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976.
- GENY, François, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, préfacio de Raymond Saleilles, LGD], Paris, 1919, (2 vol.).
- HÉRACLITE, *Fragments*, PUF, Paris, 1991.
- KANT, Emmanuel, *Critique de la raison pratique*, 1788. *Oeuvres philosophiques*, col. “La Pléiade”, Gallimard, Paris, 1985, tome II.
- OPPETIT, Bruno, *Droit commun et droit européen*, Mélanges Loussouarn, Dalloz, Paris, 1994, p. 311 ss.
- RENOUX-ZAGAME, Marie-France, “La méthode du droit commun, réflexion sur la logique des droits non codifiés”, em *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 10-11, LGD], Paris, 1990, p. 133 ss.
- RICCEUR, Paul, *Le Juste*, Esprit, Paris, 1995.
- SALEILLES, Raymond, “École historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents”, em *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 1902, p. 80 ss.
- TIMSIT, Gérard, *Gouverner et juger - Blasons de la légalité*, PUF, Paris, 1995.
- TRUCHE, Pierre, “La notion de crime contre l'humanité. Bilan et propositions”, *Esprit*, maio 1992, p. 67 ss.
- WALZER, Michael, *Spheres of justice - A defense of pluralism and equality*, Basic Books, New York, 1983.

ARTIGOS

---

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# O BOOM DA PROPRIEDADE COMUM OU: COMO APRENDI A COMEÇAR A ME PREOCUPAR E A AMAR O ANTITRUSTE

---

THE COMMON OWNERSHIP BOOM

OR: HOW I LEARNED TO START WORRYING AND LOVE ANTITRUST

# O BOOM DA PROPRIEDADE COMUM OU: COMO APRENDI A COMEÇAR A ME PREOCUPAR E A AMAR O ANTITRUSTE<sup>1</sup>

## THE COMMON OWNERSHIP BOOM OR: HOW I LEARNED TO START WORRYING AND LOVE ANTITRUST

---

ANNA TZANAKI

Universidade de Lund  
anna.tzanaki@jur.lu.se

---

**Resumo:** Contornos de definição de propriedade comum. Externalidades negativas da propriedade comum e consequências potenciais para os mercados financeiros, comportamento empresarial e estrutura e desempenho do setor. Propriedade comum e dano anticoncorrencial. Possíveis soluções do direito antitruste para preocupações de concorrência.

**Palavras-chave:** Propriedade comum. Participação horizontal. Investimento passivo. Diversificação de carteira. Investidores institucionais. Governança corporativa. Comportamento empresarial. Concorrência. Antitruste.

**Abstract:** Definitional contours of common ownership. Negative externalities produced by common ownership and its various potential consequences for financial markets, firm behavior, and industry structure and performance. Common ownership and anticompetitive harm. Possible antitrust law solutions to competition concerns.

**Keywords:** Common ownership. Horizontal shareholding. Passive investment. Portfolio diversification. Institutional investors. Index funds. Corporate governance. Firm behavior. Competition. Antitrust.

### I. Introdução

A propriedade comum é a Máquina do Juízo Final para o funcionamento do livre mercado, da concorrência e do capitalismo como o conhecemos? Um observador da literatura

---

<sup>1</sup> O título do artigo é inspirado pelo filme satírico de Stanley Kubrick “Dr. Strangelove or: How I Learned to Stop Worrying and Love the Bomb” [lançado no Brasil sob o título “Dr. Fantástico”], de 1964, que retrata as consequências ficcionais e apocalípticas de uma guerra nuclear acidentalmente desencadeada entre EUA e URSS durante a Guerra Fria. [Originalmente publicado sob o título “The Common Ownership Boom – Or: How I Learned to Start Worrying and Love Antitrust” em *Competition Policy International – Antitrust Chronicle*, v. 2, n. 2, maio 2019. Traduzido por Angela Rita Franco Donaggio, Celso Kashiura Jr. e Oswaldo Akamine Jr.]

de ponta sobre direito e economia pode, de fato, tender a acreditar que estamos nos aproximando do apocalipse antitruste.

Se a revolução digital não conseguiu desafiar a continuidade da relevância de regras de concorrência e de outros tipos (por exemplo, de privacidade) que se provaram de resposta rápida, poderá fazê-lo o recente boom da propriedade comum de empresas concorrentes?

O tom dramático do corrente debate transatlântico sobre propriedade comum é sublinhado por um conjunto de novas e ainda controversas teorias econômicas que estão desenvolvendo evidência empírica e tímida execução. Os comentaristas estão divididos tanto em relação à significância quanto em relação à natureza do(s) problema(s) suscitados pela propriedade comum, bem como a respeito da necessidade de intervenção regulatória. Os formuladores de políticas seguem os desenvolvimentos acadêmicos, mas relutam em tirar conclusões fortes. Essa é potencialmente uma área de interesse público, mas a questão de um milhão de dólares é: quanto interesse (real)? Estamos prontos para entrar em ação? De que modo? E o que fazer quando não há consenso claro sobre a noção, a extensão e as implicações nocivas de propriedade comum?

Esse pequeno artigo reflete sobre essas questões chamando a atenção para quatro dimensões específicas. O item II esclarece os contornos de definição da propriedade comum contra a terminologia divergente usada na literatura recente. O item III investiga as externalidades negativas produzidas pela propriedade comum e pondera suas várias consequências potenciais para os mercados financeiros, comportamento empresarial e estrutura e desempenho do setor. O item IV analisa mais detidamente os mecanismos causais que podem ligar a propriedade comum ao dano anticoncorrencial. O item V considera possíveis soluções do direito antitruste para preocupações de concorrência. O item VI é a conclusão.

## II. Conotações de definição – quem é proprietário comum?

Na terra incógnita da propriedade comum, estamos perdidos na própria terminologia usada para descrever esse fenômeno complexo. É de conhecimento comum o que entendemos por “propriedade comum”? Sem uma definição clara, a análise ulterior é prejudicada. O esboço do conceito é a questão primeira que requer atenção e clareza.

Estudos acadêmicos recentes sobre “propriedade comum” frequentemente e de maneira quase intercambiável empregam termos como “participação horizontal”,<sup>2</sup> “participação paralela não-controladora”,<sup>3</sup> “propriedade parcial multilateral”<sup>4</sup> ou “propriedade sobreposta do

2 ELHAUGE, Einer R. Horizontal Shareholding. *Harvard Law Review*, v. 129, n. 5, p. 1267-1316, 2016. SCOTT MORTON, Fiona M.; HOVENKAMP, Herbert. Horizontal Shareholding and Antitrust Policy. *Yale Law Journal*, v. 127, p. 2026-2048, 2018.

3 CORRADI, Marco Claudio; TZANAKI, Anna. Active and Passive Institutional Investors and New Antitrust Challenges: Is EU Competition Law Ready? *Competition Policy International – Antitrust Chronicle*, v. 1, n. 3, jun. 2017.

4 GILO, David. Passive Investment. In: COLLINS, Wayne Dale (org.). *Issues in competition law and policy*. Vol. 3. Chicago: ABA Section of Antitrust Law, p. 1637-1661, 2008.

investidor financeiro”.<sup>5</sup> A variação verbal indica o desafio de descrever, sem falar em explicar, a questão subjacente dentro dos quadros de referência estabelecidos.

De uma perspectiva jurídico-econômica da concorrência, há uma distinção entre os casos de relações de propriedade direta entre concorrentes do mesmo setor (“propriedade cruzada”) e de relações de propriedade indireta decorrentes de um ou mais acionistas que se sobrepõem detendo simultaneamente participação acionária em empresas concorrentes (“propriedade comum”). O(s) acionista(s) comum(ns) normalmente não é(são) ativo(s) no mesmo mercado das empresas parcialmente adquiridas e não precisa(m), de modo geral, ser uma empresa industrial (“propriedade comum por parte dos investidores financeiros”).<sup>6</sup> É importante notar que pesquisas inovadoras recentes sobre propriedade comum se referem à última forma de propriedade comum (sobreposição de acionistas-investidores de fundos), embora esse seja um caso especial do cenário mais geral de proprietários comuns (quaisquer acionistas em sobreposição) concorrentes.

Mas retrocedamos um passo para ver como chegamos ao contexto socioeconômico do debate sobre propriedade comum. Com o crescimento dos mercados de capitais e das grandes corporações, o modelo capitalista de organização passou por diferentes estágios: do “acionista-empresário único” inicial aos “administradores profissionais”, depois ao mundo contemporâneo dos “gestores de carteira (dinheiro e ativos)” e, em alguns países, à fase ascendente dos “planejadores de poupança”.<sup>7</sup> Essa mudança gradual do capitalismo atomístico para capitalismo gerencial e, finalmente, capitalismo de agência<sup>8</sup> ou fiduciário<sup>9</sup> traz consequências significativas. Ela se caracteriza por “divisão ampliada do trabalho e participação ampliada nos frutos da empresa capitalista”.<sup>10</sup> Os benefícios dessa ampliação da sofisticação econômica e da especialização em termos de eficiência operacional e financeira são bem conhecidos. O que talvez não entendamos ainda completamente é que as características em evolução do ecossistema capitalista podem trazer implicações mais extensas na maneira como percebemos, analisamos e regulamos propriedade, investimento e funções corporativas.

A propriedade comum é um epifenômeno dessas tendências. É o corolário de duas etapas nesse processo evolutivo: (i) a base acionária mais dispersa das empresas devido ao aumento

5 BAKER, Jonathan B. Overlapping Financial Investor Ownership, Market Power, and Antitrust Enforcement: My Qualified Agreement with Professor Elhauge. *Harvard Law Review*, v. 129, n. 5, p. 212-232, 2016.

6 Essencialmente, a participação minoritária entre rivais é propriedade cruzada, enquanto a participação minoritária por terceiros (geralmente investidores) em várias empresas rivais ao mesmo tempo é denominada propriedade comum. OCDE, “Common Ownership by Institutional Investors and its Impact on Competition”, DAF/COMP (2017)10, p. 9.

7 CLARK, Robert Charles. The Four Stages of Capitalism: Reflections on Investment Management Treatises. *Harvard Law Review*, v. 94, n. 3, p. 561-582, 1981.

8 GILSON, Ronald J.; GORDON, Jeffrey N. Agency Capitalism: Further Implications of Equity Intermediation. *Columbia Law and Economics*, Working Paper n. 461, 2014.

9 DAVIS, Gerald F. A new finance capitalism? Mutual funds and ownership re-concentration in the United States. *European Management Review*, v. 5, n. 1, p. 11-21, 2008.

10 CLARK, *op. cit.*, p. 567-568.

do investimento no mercado de ações por indivíduos e (ii) o deslocamento da propriedade direta para a indireta em decorrência do aumento dos investidores institucionais e da busca de diversificação nos investimentos financeiros.<sup>11</sup>

A propriedade dispersa caracteriza o primeiro passo da tese de Berle-Means de uma “separação entre propriedade e controle”,<sup>12</sup> que serviu de quadro paradigmático de análise das relações corporativas entre acionistas e administradores no último século. Mais recentemente, com o advento dos gestores profissionais de fundos, uma segunda “separação de capital do capital” em rápida aceleração pode ser notada tanto nos EUA quanto na Europa.<sup>13</sup> Noutras palavras, a coletivização do investimento conduziu ao que chamo de “duas faces da propriedade”. Ou seja, os direitos de propriedade são agora divididos entre proprietários finais (requerentes residuais dos lucros vinculados às ações das empresas de seu portfólio) e beneficiários efetivos (intermediários institucionais que atuam como consultores de investimentos financeiros e gestores de carteira em nome dos proprietários finais). Nesse ambiente jurídica e economicamente complexo, surge a questão de saber se o próprio conceito de propriedade e os seus contornos de definição são afetados e, se são, de que modo.<sup>14</sup>

À luz da definição acima, focada na competição: quem é, então, “proprietário comum”? Os investidores de varejo que têm propriedade nominal e mantêm meras reivindicações financeiras ou os investidores institucionais que gerenciam o capital fornecido e têm autoridade real de investimento e controle sobre a administração da empresa ao exercer os direitos e funções de acionistas na governança corporativa?

Além disso, a proliferação de estratégias de “investimento passivo” oferecidas por fundos indexados e fundos negociados em bolsa (“ETFs” ou “Exchange-traded funds”), mais “closet indexation por fundos ativos”, pode ter inadvertidamente levado a uma generalizada “sobreposição de propriedade por indexação”.<sup>15</sup> À medida que avançamos de nível no capitalismo,

11 “Direta” é a propriedade de ações corporativas listadas por investidores individuais (propriedade de investidores de varejo) enquanto “indireta” é a propriedade por intermediários financeiros devido ao aumento do investimento de indivíduos no mercado de ações por meio de fundos diversificados (propriedade por investidores institucionais). Ver o documento da OCDE citado na nota 5 acima, p. 11. Essa classificação indireta/direta da propriedade, a partir de uma perspectiva do investimento financeiro não deve ser confundida com a mesma dicotomia linguística usada acima (ver nota 5), a partir de uma perspectiva jurídico-econômica da concorrência, para distinguir propriedade privada e propriedade comum.

12 BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation and Private Property*. Nova Iorque: Macmillan, 1933.

13 STRINE, Leo. The Delaware Way: How We Do Corporate Law and Some of the New Challenges We (and Europe) Face. *Delaware Journal of Corporate Law*, v. 30, n. 3, 2005, p. 687.

14 A descrição acima corresponde à “relação fiduciária ou de confiança” padrão entre proprietários econômicos (investidores individuais) e gerentes de fundos (investidores institucionais). No entanto, dependendo dos acordos de investimento específicos entre as partes (por exemplo, ETFs), podem ser vistos como tendo uma “relação de confiança reversa”, no sentido de que os papéis tradicionais podem ser revertidos, sendo o investidor financeiro é o proprietário derradeiro e o cliente do investimento o proprietário beneficiário. Sob esse prisma, presumivelmente o conceito de propriedade permanece intacto. Contudo, a dificuldade reside no fato de que, sob diferentes lentes analíticas, o mesmo conjunto de agentes (investidor financeiro) pode ao mesmo tempo ter identidades tanto de proprietário fiduciário/beneficiário (devido às obrigações fiduciárias dos fundos de investimento e regras de relatório de valores mobiliários) quanto de proprietário derradeiro/mandatário (devido à realidade econômica e à dinâmica de poder de fato da relação). Ver nota 20 abaixo.

15 COATES, John C. The Future of Corporate Governance Part I: The Problem of Twelve. *Harvard Public Law*, Working Paper n. 19-07, 2018, p. 19.

a “propriedade por procuração” se torna concebível? Ou, inversamente, pode haver “propriedade nua” de provedores de capital, completamente divorciados do exercício de direitos de acionistas na governança da empresa? Em um universo tão intrincado de interligações corporativas e financeiras sutis (e ocultas),<sup>16</sup> corremos o risco de que respostas que em algum momento foram simples e diretas não sejam mais linguisticamente precisas ou analiticamente rigorosas.

A “revolução do investimento indexado”<sup>17</sup> pode ter criado problemas complexos de caracterização jurídica no que diz respeito às personalidades cindidas de proprietários comuns, amplificadas por investimentos múltiplos e sobrepostos. Nesse cenário, é um oxímoro sugerir que os mesmos agentes sejam “investidores passivos”, “acionistas ativos” e “compradores estratégicos” de uma só vez?<sup>18</sup> Abordar a propriedade comum a partir de diferentes perspectivas analíticas (finanças, governança corporativa, antitruste) pode levar a qualificações epistêmicas tão diversas e aparentemente conflitantes.

Se o significado atribuído às palavras importa, as concepções da “passividade” relativa dos agentes ou da natureza “pública” dos mercados de capitais, empresas listadas e investidores que negociam ou mantêm ações listadas podem se tornar igualmente complicadas. O debate acadêmico e político sobre propriedade comum nos pressiona a revisitar alguns fundamentos teóricos da organização econômica moderna.

### III. Externalidades negativas – qual é o problema?

As reflexões acima sobre a definição da propriedade comum aludem à fonte de potencial preocupação: a propriedade parcial indireta de concorrentes pode produzir efeitos colaterais contraintuitivos e externalidades prejudiciais para as partes não contratuais. A dupla separação entre “propriedade e controle” e “propriedade e propriedade” leva a dois “custos de agência” concomitantes entre: (i) acionistas-administradores de negócios; e (ii) proprietários de ativos-gestores de investimentos financeiros.

Por um lado, temos o “problema de agência” tradicional da governança corporativa, baseado na teoria da representação (*agency theory*) que pressupõe a separação de papéis nas companhias entre representantes ou administradores (*agents*), encarregados de tomar as decisões de negócios, e representados ou acionistas (*principals*), pessoas que transferem seu poder decisório para terceiros. Por outro lado, os interesses financeiros e os direitos de controle sobre o capital estão divididos entre os beneficiários finais do investimento e os

16 FICHTNER, Jan; HEEMSKERK, Eelke M.; GARCIA-BERNARDO, Javier. Hidden Power of the Big Three? Passive Index Funds, Re-concentration of Corporate Ownership, and New Financial Risk. *Business and Politics*, v. 19, n. 2, 2017, p. 298.

17 WIGGLESWORTH, Robin. Passive Attack: The Story of a Wall Street Revolution. *Financial Times*, 20 dez. 2018. O FT se refere a esse fenômeno como “o Projeto Manhattan do investimento [que], no fim das contas, ajudou a parir uma bomba nuclear que pode rasgar a indústria global de gerenciamento de ativos”.

18 APPEL, Ian R.; GORMLEY, Todd A.; KEIM, Donald B. Passive investors, not passive owners. *Journal of Financial Economics*, v. 121, n. 1, p. 111-141, 2016. TZANAKI, Anna. *The Regulation of Minority Shareholdings and Other Structural Links between Competing Undertakings: A Law & Economics Analysis*. Tese de doutorado, University College of London, 2017.

gestores de carteira. Num ecossistema financeiro em contínua inovação, com múltiplos tipos de proprietários de ativos e de gestores, bem como de outros intermediários, como consultores de voto,<sup>19</sup> determinar quem é o administrador e quem é o representante, e para que propósito, pode não ser uma questão jurídica trivial ou uma tipificação *a priori*. Por exemplo, no caso de ETFs, “os investidores finais não são conhecidos pelos gestores de ativos”.<sup>20</sup> Além disso, tem sido sugerido que os gestores de ativos sejam, na verdade, “proprietários por mandato” quando possuem ações nas empresas e/ou exercem direitos de voto, enquanto o risco financeiro e/ou título jurídico permanecem com seus clientes.<sup>21</sup>

Os “custos duplos de agência” e a “propriedade concentrada” acima mencionados têm, quando associados à propriedade comum por investidores institucionais, potenciais consequências abrangentes. Como apenas começamos a entender as implicações mais amplas da “propriedade institucional”, concentro-me aqui em três áreas de preocupação em potencial: (i) governança corporativa, (ii) finanças e (iii) antitruste. Mais especificamente, a propriedade institucional comum pode criar conflitos de interesse entre componentes da companhia e investidores financeiros que detêm ações, bem como efeitos colaterais na concorrência no mesmo mercado,<sup>22</sup> com implicações jurídicas e de bem-estar distintas. A interação entre essas três dimensões do problema da propriedade comum é particularmente significativa, podemos dizer para enfatizar que se trata de um “trilema político” entre maximização do valor para os acionistas, diversificação de carteira e a concorrência, cada um desses objetivos desejável por si só.<sup>23</sup>

Recorde-se que a empresa é tipicamente compreendida e analisada em sua concepção econômica como um “feixe de contratos”.<sup>24</sup> A empresa “não é um indivíduo”, mas uma “ficção jurídica” em que “objetivos conflitantes de indivíduos são equilibrados num quadro de relações contratuais” que delinea os direitos de propriedade das partes interessadas.<sup>25</sup> O comportamento empresarial é, assim, o resultado desse processo em que administradores dirigem empresas para maximizar os lucros em benefício dos interesses dos acionistas. Num modelo disperso de propriedade, o ativismo dos acionistas e o mercado de controle são vistos como os principais dispositivos para disciplinar a gestão e alinhar os incentivos entre administradores e acionistas (representantes-representados). No caso da propriedade concentrada, o foco está na resolução de conflitos entre acionistas, já que os acionistas controladores podem contribuir para minimizar

19 BlackRock, *The Investment Stewardship Ecosystem*, jul. 2018.

20 FICHTNER, Jan; HEEMSKERK, Eelke M. *The New Permanent Universal Owners: Index Funds, (Im)patient Capital, and the Claim of Long-termism*. 2018, p. 25. DOI: 10.2139/ssrn.3321597.

21 SHENKAR, Carmel; HEEMSKERK, Eelke M.; FICHTNER, Jan. *The New Mandate Owners: Passive Asset Managers and the Decoupling of Corporate Ownership*. *Competition Policy International – Antitrust Chronicle*, v. 1, n. 3, jun. 2017.

22 Ver o documento da OCDE citado na nota 5 acima.

23 AZAR, José. *A New Look at Oligopoly: Implicit Collusion Through Portfolio Diversification*. Dissertação, Princeton University, 2012.

24 WILLIAMSON, Oliver E. *Corporate Finance and Corporate Governance*. *The Journal of Finance*, v. 43, n. 3, 1988, p. 567.

25 JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, 1976, p. 311.

os custos de agência gerenciais, mas seus interesses privados podem estar em conflito com aqueles dos acionistas minoritários. Por isso, uma função essencial da legislação societária é proteger os acionistas minoritários contra a tentativa de extração de benefícios privados do controle e restringir a capacidade dos controladores de influenciar decisões executivas.<sup>26</sup>

Para começar, a propriedade comum por investidores diversificados suscita sérias preocupações do ponto de vista da governança corporativa. O paradoxo que enfrentamos é que acionistas de empresas operacionais podem ser “mais ativos e mais conflituosos”, enquanto investidores institucionais podem ser incentivados a agir “de uma maneira que é ruim a longo prazo para uma determinada empresa em operação cujas ações possuem se esse ato beneficiar seu portfólio”.<sup>27</sup> Em outras palavras, o ativismo dos acionistas não resolve necessariamente o problema vertical de agência (conflitos entre acionistas e administradores) e pode também criar um novo problema horizontal (conflitos entre acionistas diversificados *vis-à-vis* acionistas não diversificados). Além disso, a característica impressionante desse novo cenário, em que investidores institucionais detêm frações muito pequenas de capital em empresas individuais, é que o “controle”<sup>28</sup> formal não é um meio necessário para efetivar os conflitos horizontais acima mencionados, que “podem dar origem à expropriação dos acionistas não diversificados” (situação semelhante ao “tunneling”) e que podem parecer contraintuitivos num cenário de “empresa de capital aberto”.<sup>29</sup>

Por outro lado, a dupla “divisão da propriedade” provocada pela propriedade institucional comum pode levar ao seguinte resultado paradoxal: (i) “déficit de propriedade” e “diluição de risco”, ou seja, inércia inerente à governança e assunção inadequada de risco devido ao problema de free rider e externalização do risco de responsabilidade vinculado à propriedade parcial indireta; (ii) engajamento de acionistas não específicos da empresa devido à diversificação de investimentos e voto por procuração; e (iii) concentração indireta do poder corporativo e controle econômico devido à concentração da “propriedade por intermediação” e aumento do engajamento acionário por alguns poucos e grandes investidores institucionais.

Nesse cenário híbrido de propriedade dispersa (direta) e concentrada (indireta), emergem uma série de questões interconectadas relativas à operação de companhias e mercados:

(a) o que as companhias maximizam em teoria e na prática (valor da empresa ou valor da carteira de acionistas diversificados e coletivamente dominantes)?

26 GORDON, Jeffrey N.; RINGE, Wolf-Georg (ed.). *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

27 STRINE, *op. cit.*, p. 689.

28 Por “controle formal”, refiro-me ao controle *de jure* exclusivo de forma independente.

29 BACKUS, Matthew; CONLON, Christopher; SINKINSON, Michael. Common Ownership in America: 1980-2017. *NBER*, Working Paper n. 25454, 2019. Normalmente, o tunelamento [tunneling] está associado a estruturas de governança corporativa, nas quais um grande acionista tem controle acionário ou “quando os direitos de controle estão explicitamente divorciados dos direitos de fluxo de caixa”. Nesta configuração, o “controle” da empresa é indireto e *de facto* devido a participações paralelas e formalmente não controladoras de acionistas-investidores diversificados.

(b) a quais interesses servem os administradores (acionistas diversificados ou não diversificados)?

(c) o que os gerentes de fundos de investimento (ativos e passivos) se esforçam para maximizar (cliente individual ou valor da carteira) e em que nível (valor da própria carteira ou da família de fundos)?

(d) se e como a concentração da propriedade comum (sobreposição de acionistas diversificados) pode se traduzir em concentração de poder corporativo (poder de acionistas) ou levar a um desempenho ruim da empresa (redução do valor da empresa)?

(e) se e como a concentração da propriedade comum (sobreposição de acionistas diversificados) pode se traduzir em concentração setorial (poder de mercado) ou afetar a concorrência no mercado de produto (bem-estar do consumidor)?

(f) se e quais mecanismos de controle jurídico podem solucionar resultados problemáticos (conflitos de interesse ou redução do bem-estar)?

A crescente literatura sobre propriedade comum mostra que, pelo menos teoricamente, uma série de situações preocupantes pode surgir, como estruturas de governança corporativa não otimizadas ou destrutivas, administradores (financeiros e corporativos) habilitados porém irresponsáveis, falta de transparência acerca do exercício indiretamente concentrado do poder corporativo ou da autoridade de investimento, operação não otimizada dos mercados financeiros (aumento da volatilidade e sinais de preço embotados pela indexação),<sup>30</sup> ineficiências no mercado de controle corporativo (papel de gatekeeper dos investidores institucionais nas tentativas de fusões e aquisições por outros investidores),<sup>31</sup> desempenho reduzido ou estabilização da concorrência no mercado de produtos (efeitos anticoncorrenciais unilaterais ou coordenados). Por sua vez, a propriedade comum pode ser vista sob o aspecto da governança corporativa, da proteção ao investidor ou mercado de capitais<sup>32</sup> ou um problema de concorrência.

Embora explorar toda a gama de preocupações em potencial esteja além do escopo deste artigo, o que está claro é que a propriedade comum pode mudar fundamentalmente nossa percepção da realidade atual das finanças, das companhias e da indústria. As implicações são devastadoras porque as perguntas acima sugerem não apenas que as organizações empresariais (empresas industriais ou fundos de investimento) podem não cumprir sua função social,<sup>33</sup> mas também sugerem que a “empresa” pode não ser mais o átomo relevante da análise econômica, pois sua forma e função organizacionais previamente concebidas podem não corresponder mais à realidade

30 COATES, *op. cit.*, p. 20.

31 GELLES, David; DE LA MERCED, Michael J. New Alliances in Battle for Corporate Control. *New York Times*, 18 mar. 2014.

32 JACKSON JR., Robert J. Common Ownership: The Investor Protection Challenge of the 21st Century. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 14 dez. 2018.

33 STRINE, *op. cit.*, p. 687: “O objetivo das empresas é, afinal, criar riqueza social. Isso significa criar novos produtos e serviços e entregá-los de maneiras eficientes. Governança corporativa é um meio, não um fim.”

econômica predominante. Sob essa luz e lembrando as palavras de Coase, a maneabilidade e natureza realística das premissas econômicas se tornam primordiais e intransponíveis.<sup>34</sup>

#### IV. Mecanismos anticoncorrenciais – em busca de uma ligação causal?

Examinando mais de perto o aspecto competitivo do problema de propriedade comum, as observações acima são de particular relevância. A maior parte dos debates acadêmicos sobre propriedade comum disputa e se concentra em três questões-chave: (i) pesquisa empírica (des) confirmando os efeitos anticoncorrenciais da propriedade comum; (ii) ferramentas econômicas para medir seu impacto na concentração do mercado e no bem-estar do consumidor; (iii) mecanismos de transmissão potenciais ou canais de influência.

Do lado positivo, talvez possamos concordar que os efeitos podem variar entre os setores e também dependem do tipo específico de investidor<sup>35</sup> e que é necessário estabelecer algum tipo de causalidade entre propriedade comum e quaisquer efeitos nocivos implicados. No entanto, existe uma discordância fundamental sobre os métodos empíricos concretos e as ferramentas de medição teórica empregadas<sup>36</sup> e, talvez mais importante, sobre o exercício conceitual mais amplo de traduzir padrões de propriedade em variáveis de controle para resultados competitivos.<sup>37</sup>

Até agora, a análise econômica da propriedade comum se concentrou na modelagem e medição de efeitos anticoncorrenciais unilaterais<sup>38</sup> e é, portanto, amplamente micro-fundada e incorporada em um contexto de governança corporativa, onde a determinação dos direitos de controle e pesos apropriados correspondentes à propriedade parcial é um passo intermediário necessário para estimar os efeitos sobre a concorrência.<sup>39</sup> Além disso, críticas à implausibilidade de estratégias anticoncorrenciais ou mecanismos subjacentes a tais efeitos repousam nos mesmos fundamentos analíticos.<sup>40</sup>

34 COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *Economica*, v. 4, n. 16, 1937, p. 386 (citando Joan Robinson).

35 HEMPHILL, C. Scott; KAHAN, Marcel. The Strategies of Anticompetitive Common Ownership. *Yale Law Journal*, v. 129, p. 1392-1459, 2020. LOPEZ, Angel Luis; VIVES, Xavier. Overlapping Ownership, R&D Spillovers, and Antitrust Policy. *IESE Business School*, WP-1140, 2017.

36 MONOPOLKOMMISSION. *Biennial Report XXII: Competition 2018*, capítulo II.

37 VIVES, Xavier. Institutional Investment, Common Ownership and Antitrust. *Index funds – A New Antitrust Frontier? CPI Antitrust Chronicle*, jun. 2017.

38 Análises empíricas das indústrias aérea e bancária e do setor de sementes dos EUA sugerem que a propriedade comum leva a preços maiores. AZAR, José; SCHMALZ, Martin C.; TECU, Isabel. Anticompetitive Effects of Common Ownership. *The Journal of Finance*, 73, 1513, 2018; AZAR, José, RAINA, Sahil; SCHMALZ, Martin C. *Ultimate Ownership and Bank Competition*. 2016; TORSHIZI, Mohammad; CLAPP, Jennifer. *Price Effects of Common Ownership in the Seed Sector*. 2019.

39 O'BRIEN, Daniel P.; SALOP, Steven C. Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control. *Antitrust Law Journal*, v. 67, p. 559-614, 2000. AZAR, José. *Portfolio Diversification, Market Power, and the Theory of the Firm*. 2016.

40 HEMPHILL & KAHAN, nota 34, *supra*; O'BRIEN, Daniel P.; WAEHRER, Keith. The Competitive Effects of Common Ownership: We Know Less Than We Think. *Antitrust Law Journal*, 81(3), 729, 2017; LAMBERT, Thomas A.; SYKUTA, Michael E. The Case for Doing Nothing About Institutional Investors' Common Ownership of Small Stakes in Competing Firms. *University of Missouri School of Law Legal Studies*, Research Paper n. 2018-21, 2018.

Menos atenção é dedicada aos possíveis efeitos coordenados.<sup>41</sup> Assim é, embora se reconheça que: (i) resultados colusórios podem ser benéficos para todas as empresas e partes interessadas envolvidas<sup>42</sup> (isto é, acionistas diversificados e não diversificados, administradores das companhias, gestores de fundos, investidores ativos e passivos em fundos indexados ou investidores em rivais horizontais de um setor e seus fornecedores e clientes a montante e a jusante<sup>43</sup>) e, portanto, mais prováveis; (ii) mecanismos legais de controle existentes (deveres fiduciários de administradores de sociedades anônimas ou de gestores de fundos, responsabilidade antitruste) são ineficazes ou inadequados para lidar com efeitos colusórios;<sup>44</sup> e (iii) os benefícios da diversificação são mínimos no caso de colusão, já que empresas de setores sujeitas a decisões conjuntas enfrentam riscos similares.<sup>45</sup>

Os economistas são humildes em admitir o desafio da tratabilidade ao modelar efeitos coordenados.<sup>46</sup> Para complicar ainda mais a análise acima, a coordenação potencial (explícita ou tácita) pode não ser necessariamente prejudicial à sociedade: é potencialmente prejudicial para os consumidores em certos casos, mas, em outros, também pode ser pró-competitiva ou favorável ao desenvolvimento de inovações.<sup>47</sup> Mais, ainda que esses efeitos de aprimoramento da eficiência possam depender de premissas de controle,<sup>48</sup> é claro e crítico que a coordenação não precise depender de influência ou controle ativos sobre a administração de uma empresa.<sup>49</sup>

De maneira mais ampla, se a preocupação geral é que a propriedade comum possa “facilitar a conduta anticoncorrencial em toda a economia”, “outras pesquisas também serão necessárias para identificar os mecanismos [anticoncorrenciais precisos] através dos quais as empresas são levadas a aumentar os preços dos produtos”, por exemplo, a coordenação, expressa ou tácita, por meio de comunicação ou observação, exclusão ou desestímulo à concorrência em potencial.<sup>50</sup> Assim, pode ser que, em certas circunstâncias, estratégias anticoncorrenciais de longo prazo, como colusão (tácita) ou exclusão (paralela), comparadas a quaisquer efeitos de precificação de curto prazo,<sup>51</sup> provavelmente sejam teorias de dano.

41 ROCK, Edward B.; RUBINFELD, Daniel L. Common Ownership and Coordinated Effects. *NYU Law and Economics*, Research Paper n. 18-40, 2018; TZANAKI, nota 17, *supra*.

42 MONOPOLKOMMISSION, nota 35, *supra*, p. 22.

43 ELHAUGE, Einer. *How Horizontal Shareholding Harms Our Economy – And Why Antitrust Law Can Fix It*, 2018, pp. 45–48.

44 Tais deveres fiduciários, que agem como restrições legais contra os mencionados “custos duplos de agência”, podem ser insuficientes para eliminá-los, tanto na teoria quanto na prática. *Ibid*, pp. 43-45, 49.

45 OCDE, nota 5, *supra*, 29. De maneira mais geral, a diversificação dentro da indústria tem benefícios limitados, já que as empresas estão sujeitas a “tendências comuns a toda indústria”, enquanto os investidores financeiros comuns podem ter alternativas menos restritivas para diversificar suas carteiras ao manterem ações em várias empresas industriais de diferentes setores ou investindo em múltiplos fundos ou ETFs. Portanto, quaisquer “benefícios no setor relevante (provavelmente) seriam pequenos em relação ao dano anticoncorrencial”. (BAKER, nota 4, *supra*, pp. 228-230).

46 POSNER, Eric A.; SCOTT MORTON, Fiona M.; WEYL, E. Glen. A Proposal to Limit the Anti-Competitive Power of Institutional Investors. , 81(3), 669, 689, 2017.

47 HE, Jie (Jack); HUANG, Jiekun. Product Market Competition in a World of Cross-Ownership: Evidence from Institutional Blockholdings. *The Review of Financial Studies*, 30, 2674, 2017.

48 LOPEZ & VIVES, nota 36, *supra*.

49 MONOPOLKOMMISSION, nota 35, *supra*, p. 23.

50 BAKER, nota 4, *supra*, pp. 213, 217-218, 226.

51 TZANAKI, nota 17, *supra*; MONOPOLKOMMISSION, nota 35, *supra*, pp., 22–24.

Essas observações sugerem que um foco que considere apenas os efeitos estáticos unilaterais e os mecanismos anticoncorrenciais ancorados na governança corporativa e medidos por índices estruturais de mercado baseados em um modelo de controle de fusão (parcial) pode não ser o (único) *locus* de pesquisa relevante. Ou seja, controle da gestão de empresa e concentração do mercado podem não ser bons áugures de prejuízos. De fato, admite-se que os índices de concentração sejam usados na análise de fusões como uma tela para identificar um cenário potencialmente propício para que surjam efeitos anticoncorrenciais, e não como um indicador conclusivo de dano.<sup>52</sup> Essa observação é importante porque a propriedade comum não está associada nem ao controle jurídico formal ou mesmo ao controle econômico claro da empresa<sup>53</sup> numa base independente, mas com situações de controle coletivo indireto *de facto* na governança da empresa<sup>54</sup> e mercados de produtos, devido à interação e efeito cumulativo de pequenas participações paralelas em concorrentes por investidores diversificados.

Consequentemente, a propriedade comum nos obriga a pensar além da sabedoria convencional, a fim de lidar com a nova realidade emergente. À luz do exposto, será que a empresa se torna uma “caixa aberta” em vez de uma “caixa preta”; serão a hierarquia e o controle (parcial) maneiras úteis de elaborar interações entre companhia e mercado em um mundo de investidores-acionistas diversificados; será a concentração do mercado, capturando uma redução no número de empresas formalmente independentes no mercado pós-fusão, um indicador significativo para rastrear situações prejudiciais de propriedade comum ou para se correlacionar com seus potenciais efeitos anticoncorrenciais? Será que nossas ferramentas e métodos ou mesmo conceitos existentes não são apenas insuficientemente nítidos, mas também não são adequados para entender completamente os determinantes e as implicações da propriedade comum para os resultados da empresa e do mercado?

Isso lembra a conhecida piada de economistas de não olhar para onde as chaves poderiam ter sido perdidas, mas para onde fica a luz da rua. A prudência não é uma virtude de homens bêbados; a tarefa é o esclarecimento. Ao procurar caminhos alternativos de pesquisa para abordar a propriedade comum e apreciar suas consequências operacionais e de bem-estar – se seguirmos as orientações de Brandeis: “dizem que a luz do sol é o melhor dos desinfetantes; a luz elétrica, o policial mais eficiente” – talvez também possamos encontrar o procurado elo causal.<sup>55</sup>

## V. Soluções do Direito Antitruste – revolução ou evolução?

Onde isso nos deixa então? Existe algum sentido em falar em soluções quando não

52 O'BRIEN & WAEHRER, nota 39, *supra*, p. 748.

53 *Ibid*, p. 766.

54 Incluindo o mercado de controle corporativo.

55 Como nota Ludwig Wittgenstein, em *Remarks on Frazer's Golden Bough*: “Para convencer alguém da verdade, não é suficiente constatá-la, mas deve-se encontrar o caminho do erro para a verdade” (N. dos T.: aqui, a tradução da citação foi feita por João José R. L. Almeida. Cf. WITTGENSTEIN, L. *Observações sobre o “ramo de ouro” de Frazer*. Porto: Deriva Editores, 2011, p. 8).

sabemos qual é o problema relevante? Um exame mais atento sugere que o território em que estamos atualmente pisando pode não ser seguro. Por quê? Porque não fazer nada pode ser tão socialmente prejudicial quanto exagerar nas supostas preocupações.

Por exemplo, a aplicação do controle de fusões que não considera propriedade comum pode ser equivocada de maneiras inesperadas: o tipo de fusões e os limites e o tipo de concentração de mercado relevantes sob o controle de fusões podem mudar, levando em consideração a participação acionária ordinária.<sup>56</sup> Além disso, o escrutínio do controle de fusões pode não ser um meio eficaz de regular prejuízos potenciais decorrentes da propriedade comum, tanto porque o controle e a concentração podem não ser o *locus* crítico da investigação, quanto porque a colusão tácita ou os resultados anticoncorrenciais não relacionados a uma situação singular de fusão legal não podem ser capturados de forma coerente ou adequada por meio de um regime de controle legal *ex ante*.<sup>57</sup>

Na Europa, não existe sequer a possibilidade de recorrer ao direito regulatório para resolver preocupações da propriedade comum: o regime de controle de fusões da UE não alcança a participação minoritária sem poder de controle, enquanto os poucos Estados-Membros que possuem regras de fusão mais abrangentes ainda exigem um nível mais baixo de influência ativa vinculada à participação acionária.<sup>58</sup> A prática recente explicitamente trata os vínculos de propriedade comum como uma questão secundária em casos de fusão notificados.<sup>59</sup> Embora se diga que a participação acionária ordinária é um relevante “elemento de contexto na avaliação” sua análise nessas decisões é não-determinante e as conclusões sobre a questão política mais ampla são deixadas em aberto. O controle de fusões nos EUA é mais aberto e não depende de controle: a participação em ações ordinárias formalmente “passivas” comprovadamente causadoras de efeitos anticoncorrenciais reais não é assegurada, enquanto ações recentes de execução sugerem que a intenção “ativa” *de facto* ou a influência informal podem ser suficiente para trazer investimentos institucionais “passivos” ao alcance da lei.<sup>60</sup>

Além disso, a aplicação da lei antitruste contra a participação em ações ordinárias também é limitada. Contrastando com o controle de fusões, que se guia pelos efeitos,<sup>61</sup> a lei antitruste exige algum tipo de ato público. Em termos jurídicos, isso pode assumir a forma de um “acordo” anticoncorrencial ou uma prática unilateral, ou seja, exercício “abusivo” do

56 ELHAUGE, nota 42, *supra*, pp. 102-104. Por exemplo, fusões não-horizontais, níveis mais baixos de concentração de mercado do que na análise tradicional de fusão, relevância da concentração de mercado local.

57 Conforme explicado acima, o efeito anticoncorrencial decorrente da propriedade comum é cumulativo e qualquer controle relevante é indireto e *de facto*; além disso, o escrutínio do controle de fusões não é acionado, a menos que haja uma nova(s) aquisição(ões) de ações pelos proprietários comuns que atenda(m) aos critérios estatutários relevantes.

58 TZANAKI, nota 17, *supra*; COMISSÃO EUROPEIA. *Support Study for Impact Assessment Concerning the Review of Merger Regulation Regarding Minority Shareholdings*. Report by Spark Legal Network and Queen Mary University of London, 2016.

59 Caso M.7932, Dow/DuPont (27 de março de 2017); Caso M.8084, Bayer/Monsanto (11 de abril de 2018).

60 CORRADI & TZANAKI, nota 2, *supra*, p. 6 (referindo-se ao caso Value Act).

61 U.S. DOJ & FTC Horizontal Merger Guidelines, 2010, § 13.

poder de mercado (UE) ou “monopolização” (EUA). Em teoria, as atuais regras antitruste dos EUA e da UE podem ser percebidas e interpretadas de modo a se aplicarem a situações de propriedade comum.<sup>62</sup> No entanto, a aplicação com base nos artigos 101 e 102 do TFUE contra qualquer transação de aquisição de ações (controladora ou não), sem expressa comunicação ou coordenação, tem sido discutida desde a adoção do Regulamento das Concentrações da UE e especialmente após a modernização do regime antitruste europeu.<sup>63</sup> Por outro lado, o §1º do Sherman Act foi aplicado contra “combinações” horizontais anticoncorrenciais e meras aquisições de ações;<sup>64</sup> mas “nunca houve ação contra compras paralelas de interesses sem poder de controle”, embora os elementos legais de “acordo” e “efeitos” não exijam e sejam aplicáveis independentemente do controle.<sup>65</sup>

Para o elogio dos reguladores dos dois lados do Atlântico, medidas estão sendo tomadas para compreender melhor a extensão e o significado do fenômeno da propriedade comum.<sup>66</sup> Mas o que deve ser feito, se é que deve, no atual estado de consciência e relativa incerteza (empírica e teórica)? Podemos saber que as circunstâncias mudaram, mas podemos não saber como. Na dúvida, escolheremos intervir ou não? Devemos presumir algum efeito anticoncorrencial ou introduzir “portos seguros”? Podemos confiar no direito existente ou é necessária legislação adicional?

Na guerra contra a propriedade comum, as batalhas serão sobre as regras padrão. Opiniões e escolhas concretas podem variar entre jurisdições, considerando também diferentes condições de mercado, potencial de danos e estrutura do setor, tradição jurídica, acordos institucionais e contexto socioeconômico. No entanto, as atuais inaplicabilidade e insuficiência do direito não são uma boa posição. Sem uma aplicação antitruste crível, a “arma não-secreta de dissuasão” da lei é efetivamente anulada. Por sua vez, isso pode levar, em termos quantitativos, a mais elos de propriedade comum e, em termos qualitativos, ligações mais prejudiciais. O argumento geralmente apresentado contra a ação regulatória é o risco e o custo de “resfriar” o comportamento legítimo, como o investimento institucional. No entanto, verifica-se que a lei também possa ter um efeito de “aquecimento”:<sup>67</sup> ela pode ser projetada de maneira a incentivar e permitir não quaisquer investimentos institucionais, mas os de boa qualidade. Os dois efeitos opostos devem ser equilibrados antes de se tirar conclusões sobre como projetar e aplicar regras em qualquer caso.

62 ELHAUGE, nota 42, *supra*; TZANAKI, nota 17, *supra*.

63 TZANAKI, nota 17, *supra*; CORRADI & TZANAKI, nota 2, *supra*, p. 7.

64 Mesmo quando o resultado foi uma “única empresa que é legalmente incapaz de fixar preços consigo mesma”.

65 MORTON & HOVENKAMP, nota 1, *supra*, pp. 2033–2036.

66 Pré-contrato COMP/2018/002 “Collection of European Market Share and Industry Level Concentration Data,” (maio de 2018); U.S. FTC Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century, Panel #8: Common Ownership (6 de dezembro de 2018).

67 HEMEL, Daniel Jacob; PORAT, Ariel. Free Speech and Cheap Talk. *Journal of Legal Analysis*, v. 11, p. 46-103, 2019.

Se o antitruste é a “democracia econômica dos mercados”,<sup>68</sup> talvez o necessário seja uma evolução comprometida da lei existente para se adaptar à nova realidade de crescente propriedade comum. Os cidadãos da república (fiscais, empresas, consumidores) devem se beneficiar desse desenvolvimento: a fiscalização antitruste garante que empresas e mercados operem no interesse público, de modo que o bem-estar a longo prazo do sistema e seus constituintes seja preservado. Uma revolução na forma de novas regulamentações ou soluções limitadoras<sup>69</sup> do fenômeno de propriedade comum que ainda não compreendemos completamente pode então ser não apenas prematura, mas também contraproducente. As revoluções também podem ter baixas inocentes, às vezes a título de defesa do bem-estar social e da transparência do sistema.

Por enquanto, é melhor usarmos bem o que já temos. Primeiro, talvez seja necessário atualizar a análise tradicional de fusões para considerar a participação acionária ordinária ao revisar fusões entre empresas do mesmo setor ou gestores de ativos.<sup>70</sup> Segundo, precisamos reativar e atualizar a aplicação da lei antitruste, de acordo com quaisquer novas teorias de dano (colusão, exclusão) associadas à participação acionária ordinária que vão além do controle das fusões.<sup>71</sup> Terceiro, precisamos entender mais profundamente todas as maneiras possíveis pelas quais a propriedade comum pode levar a efeitos ou eficiência anticoncorrenciais, para que possamos apreciar e equilibrar devidamente os dois sob o controle de fusão ou aplicação de leis antitruste. No geral, a análise caso-a-caso,<sup>72</sup> com base em políticas de concorrência informadas e orientações detalhadas de aplicação da lei,<sup>73</sup> juntamente com mudanças legais escalonadas,<sup>74</sup> podem ser uma abordagem mais inteligente para o desafio da propriedade comum.

## Conclusão

No universo da propriedade comum, novas teorias de danos interessantes ganham vida, de modo que nossa até agora fundamental visão de mundo muda. Entre outros, a propriedade comum pode adubar o terreno que aproxima figuras como Schumpeter e Marx mais do que nunca,<sup>75</sup> na medida em que obscurece as fronteiras entre a economia de mercado e a economia planejada. Nesse universo exótico, o mercado livre e as variedades de capitalismo de partes interessadas<sup>76</sup>

68 FOX, Eleanor M. The Symbiosis of Democracy and Markets. *OECD Global Forum on Competition, DAF/COMP/GF* (2017) 5, 2, 2018.

69 POSNER, SCOTT MORTON & WEYL, nota 45, *supra*.

70 ELHAUGE, nota 42, *supra*, p. 98; AZAR, SCHMALZ & TECU, nota 37, *supra*, p. 1560.

71 ROCK & RUBINFELD, nota 40 *supra*; TZANAKI, nota 17 *supra*.

72 ELHAUGE, nota 42, *supra*, p. 33; PATEL, Menesh, Common Ownership, Institutional Investors, and Antitrust. *Antitrust Law Journal* 279, 82(1), 2018.

73 Vide a resolução do Parlamento Europeu de 31 de janeiro de 2019, no Relatório Anual sobre Política Concorrencial (2018/2102(INI)) - Bruxelas, ponto 31, solicitando tal orientação.

74 Se necessário, como lembra o regime de controle de fusões dos EUA. TZANAKI, Anna. The Legal Treatment of Minority Shareholdings Under EU Competition Law: Present and Future. In: *Essays in Honour of Professor Panayiotis I. Kanellopoulos*, Atenas: Sakkoulas Publications, 2015, pp. 861, 885–886.

75 “Stealth Socialism” (*The Economist*, 17 de setembro de 2016).

76 HALL, Peter A.; SOSKICE, David. *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

podem se encontrar em uma determinada jurisdição por meio da força coesiva da intermediação institucional dos investidores. Nesse sentido, os ecos da frase de efeito do presidente dos EUA no filme Kubrick podem parecer surpreendentemente prescientes, se não apocalípticos:

“Senhores, vocês não podem brigar aqui! Esta é a sala de guerra!”

Se, como dito anteriormente, o atual equilíbrio político e jurídico não é sustentável,<sup>77</sup> e se “conspiração contra o público” é o cenário de dano antitruste mais provável,<sup>78</sup> é melhor não permanecermos observadores “passivos” da revolução da propriedade comum. Os pesquisadores contemporâneos de direito e economia devem estar atentos a esse novo estado econômico das empresas, indústrias e mercados financeiros e continuar explorando o quebra-cabeça da propriedade comum por meio de colaboração interdisciplinar e concentrando-se em fazer as perguntas certas. Não obstante, os formuladores de políticas devem estar abertos a novas lições, mesmo quando vão além dos quadros tradicionais da ortodoxia específica da jurisdição. A propriedade comum nos une para redescobrir pontos de conjuntura e convergência, com plena consciência de nossos passados econômicos divergentes, e talvez com a esperança de uma nova visão compartilhada sobre crescimento socialmente orientado para nossas sociedades e cidadãos. Que o antitruste seja a força de ignição nesse caminho.

## Bibliografia

- APPEL, Ian R.; GORMLEY, Todd A.; KEIM, Donald B. Passive investors, not passive owners. *Journal of Financial Economics*, v. 121, n. 1, p. 111-141, 2016.
- AZAR, José, RAINA, Sahil; SCHMALZ, Martin C. *Ultimate Ownership and Bank Competition*. 2016.
- AZAR, José. *A New Look at Oligopoly: Implicit Collusion Through Portfolio Diversification*. Dissertação, Princeton University, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Portfolio Diversification, Market Power, and the Theory of the Firm*. 2016.
- AZAR, José; SCHMALZ, Martin C.; TECU, Isabel. Anticompetitive Effects of Common Ownership. *The Journal of Finance*, 73, 1513, 2018.
- BACKUS, Matthew; CONLON, Christopher; SINKINSON, Michael. Common Ownership in America: 1980-2017. *NBER*, Working Paper n. 25454, 2019.
- BAKER, Jonathan B. Overlapping Financial Investor Ownership, Market Power, and Antitrust Enforcement: My Qualified Agreement with Professor Elhauge. *Harvard Law Review*, v. 129, n. 5, p. 212-232, 2016.

<sup>77</sup> COATES, nota 14, *supra*, p. 19.

<sup>78</sup> SMITH, Adam. *The Wealth of Nations* (1776).

- BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation and Private Property*. Nova Iorque: Macmillan, 1933.
- CLARK, Robert Charles. The Four Stages of Capitalism: Reflections on Investment Management Treatises. *Harvard Law Review*, v. 94, n. 3, p. 561-582, 1981.
- COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *Economica*, v. 4, n. 16, 1937.
- COATES, John C. The Future of Corporate Governance Part I: The Problem of Twelve. *Harvard Public Law*, Working Paper n. 19-07, 2018, p. 19.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Support Study for Impact Assessment Concerning the Review of Merger Regulation Regarding Minority Shareholdings*. Report by Spark Legal Network and Queen Mary University of London, 2016.
- CORRADI, Marco Claudio; TZANAKI, Anna. Active and Passive Institutional Investors and New Antitrust Challenges: Is EU Competition Law Ready? *Competition Policy International – Antitrust Chronicle*, v. 1, n. 3, jun. 2017.
- DAVIS, Gerald F. A new finance capitalism? Mutual funds and ownership re-concentration in the United States. *European Management Review*, v. 5, n. 1, p. 11-21, 2008.
- ELHAUGE, Einer R. Horizontal Shareholding. *Harvard Law Review*, v. 129, n. 5, p. 1267-1316, 2016.
- \_\_\_\_\_. *How Horizontal Shareholding Harms Our Economy – And Why Antitrust Law Can Fix It*, 2018.
- FICHTNER, Jan; HEEMSKERK, Eelke M. *The New Permanent Universal Owners: Index Funds, (Im)patient Capital, and the Claim of Long-termism*. 2018, p. 25. DOI: 10.2139/ssrn.3321597.
- FICHTNER, Jan; HEEMSKERK, Eelke M.; GARCIA-BERNARDO, Javier. Hidden Power of the Big Three? Passive Index Funds, Re-concentration of Corporate Ownership, and New Financial Risk. *Business and Politics*, v. 19, n. 2, 2017, p. 298.
- FOX, Eleanor M. The Symbiosis of Democracy and Markets. *OECD Global Forum on Competition, DAF/COMP/GF (2017) 5, 2*, 2018.
- GELLES, David; DE LA MERCED, Michael J. New Alliances in Battle for Corporate Control. *New York Times*, 18 mar. 2014.
- GILO, David. Passive Investment. In: COLLINS, Wayne Dale (org.). *Issues in competition law and policy*. Vol. 3. Chicago: ABA Section of Antitrust Law, p. 1637-1661, 2008.
- GILSON, Ronald J.; GORDON, Jeffrey N. Agency Capitalism: Further Implications of Equity Intermediation. *Columbia Law and Economics*, Working Paper n. 461, 2014.
- GORDON, Jeffrey N.; RINGE, Wolf-Georg (ed.). *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- HALL, Peter A.; SOSKICE, David. *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- HE, Jie (Jack); HUANG, Jiekun. Product Market Competition in a World of Cross-Ownership: Evidence from Institutional Blockholdings. *The Review of Financial Studies*, 30, 2674, 2017.

- HEMEL, Daniel Jacob; PORAT, Ariel. Free Speech and Cheap Talk. *Journal of Legal Analysis*, v. 11, p. 46-103, 2019.
- HEMPHILL, C. Scott; KAHAN, Marcel. The Strategies of Anticompetitive Common Ownership. *Yale Law Journal*, v. 129, p. 1392-1459, 2020.
- JACKSON JR., Robert J. Common Ownership: The Investor Protection Challenge of the 21st Century. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 14 dez. 2018.
- JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, 1976, p. 311.
- LAMBERT, Thomas A.; SYKUTA, Michael E. The Case for Doing Nothing About Institutional Investors' Common Ownership of Small Stakes in Competing Firms. *University of Missouri School of Law Legal Studies*, Research Paper n. 2018-21, 2018.
- LOPEZ, Angel Luis; VIVES, Xavier. Overlapping Ownership, R&D Spillovers, and Antitrust Policy. *IESE Business School*, WP-1140, 2017.
- MONOPOLKOMMISSION. *Biennial Report XXII: Competition 2018*.
- O'BRIEN, Daniel P.; SALOP, Steven C. Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control. *Antitrust Law Journal*, v. 67, p. 559-614, 2000.
- O'BRIEN, Daniel P.; WAEHRER, Keith. The Competitive Effects of Common Ownership: We Know Less Than We Think. *Antitrust Law Journal*, 81(3), 729, 2017.
- PATEL, Menesh, Common Ownership, Institutional Investors, and Antitrust. *Antitrust Law Journal* 279, 82(1), 2018.
- POSNER, Eric A.; SCOTT MORTON, Fiona M.; WEYL, E. Glen. A Proposal to Limit the Anti-Competitive Power of Institutional Investors. , 81(3), 669, 689, 2017.
- ROCK, Edward B.; RUBINFELD, Daniel L. Common Ownership and Coordinated Effects. *NYU Law and Economics*, Research Paper n. 18-40, 2018.
- SCOTT MORTON, Fiona M.; HOVENKAMP, Herbert. Horizontal Shareholding and Antitrust Policy. *Yale Law Journal*, v. 127, p. 2026-2048, 2018.
- SHENKAR, Carmel; HEEMSKERK, Eelke M.; FICHTNER, Jan. The New Mandate Owners: Passive Asset Managers and the Decoupling of Corporate Ownership. *Competition Policy International – Antitrust Chronicle*, v. 1, n. 3, jun. 2017.
- STRINE, Leo. The Delaware Way: How We Do Corporate Law and Some of the New Challenges We (and Europe) Face. *Delaware Journal of Corporate Law*, v. 30, n. 3, 2005, p. 687.
- TORSHIZI, Mohammad; CLAPP, Jennifer. *Price Effects of Common Ownership in the Seed Sector*. 2019.
- TZANAKI, Anna. The Legal Treatment of Minority Shareholdings Under EU Competition Law: Present and Future. In: *Essays in Honour of Professor Panayiotis I. Kanellopoulos*, Atenas: Sakkoulas Publications, 2015.

- \_\_\_\_\_. *The Regulation of Minority Shareholdings and Other Structural Links between Competing Undertakings: A Law & Economics Analysis*. Tese de doutorado, University College of London, 2017.
- VIVES, Xavier. Institutional Investment, Common Ownership and Antitrust. *Index funds – A New Antitrust Frontier? CPI Antitrust Chronicle*, jun. 2017.
- WIGGLESWORTH, Robin. Passive Attack: The Story of a Wall Street Revolution. *Financial Times*, 20 dez. 2018.
- WILLIAMSON, Oliver E. Corporate Finance and Corporate Governance. *The Journal of Finance*, v. 43, n. 3, 1988, p. 567.

## SOBRE A AUTORA:

### Anna Tzanaki

Anna Tzanaki has been a Senior Lecturer in European Business Law at Lund University, and currently a Marie Curie Research Fellow, having been awarded a Horizon 2020 research grant by the European Commission. She is a Senior Research Fellow at the UCL Centre for Law, Economics & Society and an Associate Editor of the *Journal of Competition Law & Economics* (OUP) and *Competition Policy International*.

Anna studied law at University College London (PhD), University of Chicago (LLM), University of Athens (LLB) and Humboldt University Berlin (Erasmus).

She has been a Visiting Research Fellow at Harvard Law School and a Max Weber Fellow at the European University Institute.

Anna has been employed as an independent expert to undertake research and also to train national judges in EU Competition Law on behalf of the European Commission. Prior to academia, she has worked within the Competition/Antitrust Group of Linklaters LLP in London, UK and at the International Telecommunication Union in Geneva, Switzerland. She has been admitted to practice in New York (USA) and in Athens (Greece).

ANNA TZANAKI

Artigo recebido em 05/8/2020 | Artigo aceito em 09/09/2020

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

**A REGULAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA  
EM DIREITOS HUMANOS E  
ESCRAVIDÃO MODERNA NAS  
CADEIAS DE SUPRIMENTOS  
CORPORATIVAS:  
A DISCREPÂNCIA ENTRE A  
*DUE DILIGENCE* DOS DIREITOS  
HUMANOS E A AUDITORIA SOCIAL**

---

REGULATING TRANSPARENCY ON HUMAN RIGHTS AND MODERN  
SLAVERY IN CORPORATE SUPPLY CHAINS: THE DISCREPANCY BETWEEN  
HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE AND THE SOCIAL AUDIT

# A REGULAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS E ESCRAVIDÃO MODERNA NAS CADEIAS DE SUPRIMENTOS CORPORATIVAS: A DISCREPÂNCIA ENTRE A *DUE DILIGENCE* DOS DIREITOS HUMANOS E A AUDITORIA SOCIAL

## REGULATING TRANSPARENCY ON HUMAN RIGHTS AND MODERN SLAVERY IN CORPORATE SUPPLY CHAINS: THE DISCREPANCY BETWEEN HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE AND THE SOCIAL AUDIT<sup>1</sup>

---

**JOLYON FORD**

Australian National University  
jo.ford@anu.edu.au  
ORCID: 0000-0003-2356-2420

**JUSTINE NOLAN**

University of New South Wales Faculty of Law - Austrália  
justine.nolan@unsw.edu.au  
ORCID: 0000-0002-9744-020X

---

### Resumo

O presente artigo analisa alguns limites dos modelos de prestação de informações para avaliar se são ferramentas hábeis na identificação de riscos das atividades empresariais em matéria de direitos humanos, bem como para engajar as empresas em esforços colaborativos para defendê-los. A Lei de Escravidão Moderna da Austrália (*MSA*, 2018, *Commonwealth*) é o mais recente exemplo global entre os modelos legislativos criados para estimular a ação corporativa nas operações de seus negócios e nas cadeias de suprimento diante desses riscos. Alguns desses modelos exigem a implementação de medidas de *due diligence* em direitos humanos (DDDH), como previsto pelos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU, de 2011. Entretanto, o modelo do MSA é melhor descrito como um regime de transparência e de dever de informar. Esse tipo de regime não exige que as empresas tomem medidas de DDDH; ao invés, apenas exigem que elas reportem sobre as medidas que tomaram durante o período avaliado. Nesse artigo, analisamos algumas suposições subjacentes ao modelo desses modelos ou esquemas baseados em relatórios. Consideramos, para tanto, a prática usual das companhias ao investigar suas cadeias de suprimentos: a auditoria social. Alertamos, porém, contra o excesso de confiança nessa prática, que

---

<sup>1</sup> Publicado originalmente em (2020) 26(1) *Australian Journal of Human Rights* e 1 [2020] *University of New South Wales Faculty of Law Research Series (UNSWLRS)* 29.

**Tradução:** Mariana Bernardi Esteves, Rafael de Oliveira Honorio, Julia Bauli Lima, Antonio Sestito Neto, Lígia Paula Pires Pinto Sica e José Antonio Siqueira Pontes. **Revisão técnica:** Lígia Paula Pires Pinto Sica e José Antonio Siqueira Pontes.

não é sinônimo de DDDH. Ela não necessariamente promove uma conformidade abrangente e não meramente cosmética, assim como não estimula ações corporativas perante riscos não evidentes no tema direitos humanos. Finalmente, oferecemos algumas abordagens alternativas para o aperfeiçoamento da eficácia dos mecanismos de percepção de riscos de direitos humanos especialmente nas cadeias produtivas.

**Palavras-chave:** *negócios, direitos humanos, risco, Austrália, Modern Slavery Act, escravidão moderna, cadeia de suprimentos, diligência, UNGP, auditoria social.*

### **Abstract**

This article examines some of the limits of reporting schemes as a tool for addressing business-related human rights risks and for engaging business in a collaborative effort to improve human rights. Australia's Modern Slavery Act 2018 (Cth) (MSA) is the latest example globally of a legislative scheme intended to foster corporate action on such risks within businesses' operations and supply chains. Some such schemes require firms to implement human rights due diligence (HRDD) measures, as envisaged by the 2011 UN Guiding Principles on Business and Human Rights. However, the MSA's model is best described as a disclosure or reporting regime. Such regimes do not require businesses to take HRDD measures; rather, they only require businesses to report on any such measures that they have taken during the relevant reporting period. In this article, we analyse some of the assumptions underlying the design of reporting-based schemes. We then consider one practice used by firms facing supply chain scrutiny: social auditing. We caution against an over-reliance on this practice, which is not synonymous with HRDD. It does not necessarily promote fulsome, non-cosmetic reporting compliance or foster corporate action on underlying human rights risks. We finally offer some alternative approaches that could improve the effectiveness of measures to address human rights risks in supply chains.

**Keywords:** business, human rights, risks, Australia's Modern Slavery Act, corporate action, operations, supply chain, HRDD, UN Guiding Principles, due diligence, MSA, social auditing.

## Introdução

Um crescimento em relação ao entendimento da prevalência e da dificuldade de resolver o problema da “escravidão moderna” ao redor do mundo tem sido observado na última década (ex. APH 2017). Simultaneamente, temos visto um aumento de consciência em relação a como comportamentos globalizados de compra e consumo podem ser estruturalmente implicados neste problema, o que aumenta o interesse em entender como grandes empresas estão lidando com o risco de graves abusos de direitos humanos que ocorrem nas cadeias de suprimentos (ex. New 2015; Safarty 2015; Nolan and Boersma 2019). Parte desta conscientização se manifestou, em nível nacional, em vários documentos legislativos com a intenção de envolver grandes companhias em iniciativas antiescravistas por meio de influências exercidas em suas cadeias de suprimentos. Alguns desses documentos exigem que as empresas afetadas pelo problema implementem medidas de *due diligence* de direitos humanos (DDDH)<sup>2</sup> em suas cadeias de suprimentos.<sup>3</sup> Entretanto, a maioria das tendências legislativas exige o desenvolvimento de regimes de transparência corporativa ou de relatórios de informações. A Lei de Escravidão Moderna da Austrália, (*Modern Slavery Act*, doravante MSA), de 2018<sup>4</sup>, destaca-se, entre várias leis ou propostas legislativas no mundo, como o mais recente regime de fiscalização em direitos humanos relacionado à cadeia de suprimentos.<sup>5</sup> Várias dessas leis não exigem explicitamente, ao invés, pressupõem implicitamente a adoção de DDDH, definindo a conformidade como prestação de informações sobre quaisquer medidas adotadas para lidar com a escravidão moderna ou outros riscos de violação a direitos humanos.

Uma importante concepção suposta em tais modelos consiste em que as empresas irão produzir informações (i.e. reportar) sobre sua gestão de riscos de violação de direitos humanos que o mercado, consumidores e outros atores podem utilizar para avaliar e reagir. Outra suposição igualmente importante e de interesse aqui é a de que as obrigações de informar irão estimular processos internos como a DDDH, de tal modo que os riscos de violação a direitos humanos se tornem uma “parte integrante séria” da tomada de decisão corporativa (Muchlinski 2012, 158). A DDDH é um conceito relativamente novo para a maioria das empresas, pelo menos na Austrália, e prevê uma abordagem abrangente para identificar e medir riscos de violação de direitos humanos. O MSA também é recente, o que torna difícil mensurar como as empresas australianas estão se preparando para responder ao problema (Ford,

2 Preferimos falar da diligência em direitos humanos como DDHH porque a expressão *due diligence* é corrente e usual nas práticas empresariais e jurídicas do Brasil. (nota dos tradutores).

3 *Loi relative au Devoir de Vigilance* 2017 (França) e *Child Labour Due Diligence Law* 2017 (Holanda).

4 Legislação da *Commonwealth Britânica* (nota dos tradutores)

5 *Tariff Act of 1930*, 19 USC § 1654 (E.U.A.); *Federal Acquisitions Regulation (FAR)* 48 CFR 1, 22.17 (E.U.A.); *Modern Slavery Act 2015* (Reino Unido), s 54; *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* 12 USC § 1502; *Transparency in Supply Chains Act of 2010*, Cal Civil Code §1714.43; *Conflict Minerals Regulation 2021* (U.E.); *Responsible Business Initiative* (Suíça); *Modern Slavery Act 2018* (*Commonwealth Britânica*); *Modern Slavery Act 2018* (NSW - New South Wales - Austrália).

Islam e Nolan 2019).<sup>6</sup> Consideramos que o cenário plausível seja, ao invés de uma completa DDDH (relacionada à significativa implementação interna de conscientização e prevenção da escravidão), que as “entidades informantes”<sup>7</sup> do MSA possam confiar consideravelmente em práticas corporativas mais familiares e consolidadas como um substituto para a DDDH. Essas práticas são as conhecidas “auditorias sociais” de fornecedores já prevaletentes nos relatórios empresariais em matéria social e ambiental. Esse artigo explora as experiências com auditorias sociais existentes, atualmente a forma globalmente dominante na verificação de padrões laborais em cadeias de fornecimento, porque as empresas australianas podem muito bem recorrer a estas práticas ao prepararem seus relatórios nos termos da MSA. Nós argumentamos que confiar em tais auditorias (e especialmente confiar em excesso) seria problemático devido ao que mostramos serem limitações significativas das auditorias de fornecedores. O que motiva nossa preocupação particular com os riscos de que as auditorias sociais se tornem a atividade dominante de DDDH conforme a MSA são as duas décadas de evidências de como tais programas “geralmente falham em detectar ou corrigir problemas trabalhistas e ambientais nas cadeias de suprimentos” (LeBaron et al 2017, 1). Quando analisados num contexto de escassez de evidências de que regimes não penais de relatórios de informações podem estimular ou significativamente estimulam mudanças comportamentais internas nas empresas, o problema das auditorias sociais, seria acarretar na apresentação de respostas “cosméticas”, superficiais ou limitadas e em indicativos auto-legitimadores de conformidade das empresas (Ford 2015, 11; Narine 2015; Ford e Nolan 2017; Landau 2019). A menos que os processos sejam reformados, o excesso de confiança nesses pode significar que as duas suposições-chave do modelo da MSA não serão atendidas. Primeiramente, os relatórios têm por objetivo envolver informações derivadas das auditorias que não revelam ou enfrentam os riscos de escravidão com precisão. Em segundo lugar, não resulta do MSA que a sociedade controle os recursos e a influência das empresas em direção a esforços substantivos contra a escravidão moderna e, assim, o MSA se torna incapaz de servir como um catalisador geracional para mudanças internas significativas nas empresas quanto aos riscos de violação de direitos humanos.

Este artigo procede da seguinte forma. A Seção 1 analisa o MSA em seu amplo contexto normativo, em particular com foco nos Guiding Principles on Business and Human Rights da ONU8, UNGP9 de 2011, quanto aos processos corporativos de DDDH. Exploramos as suposições aparentes que sustentam a abordagem geral de governança em modelos de prestação de informações como o do MSA, em particular a ideia de que as empresas devem complementar a governança estatal, principalmente mediante a transformação de suas culturas e processos

6 Até mesmo sob a antiga Lei de Escravidão Moderna do Reino Unido de 2015, são limitadas as informações sobre como as companhias estão atualmente conduzindo a DDDH: McCorquodale et al 2017, 196.

7 “reporting entities” no original [nota dos tradutores].

internos. Explicamos nosso ceticismo sobre se os regimes de informações, por mais bem intencionados que sejam, tendem a conduzir a um modelo de DDDH abrangente e/ou se podem gerar consequências profundas. Portanto, em nossa tentativa de explorar futuros cenários ao redor das respostas corporativas sob a égide da MSA, a Seção 2 relata os padrões observados diante do crescimento de auditorias sociais como prática de responsabilidade corporativa na prestação de informações. A Seção 3 expressa cautela em relação ao risco de que as auditorias sociais se tornem um substituto ou sinônimo para a DDDH, particularmente por conta da superficialidade na verificação de processos de auditoria e da tendência de que os processos de auditoria tratem os sintomas ao invés das raízes dos problemas relacionados à violação de direitos humanos. Não buscamos nem precisamos mostrar que tais esquemas de informação consistem em “falhas” regulatórias (cf. Ben-Shahar e Schneider 2011; 2014). Nossa intenção é destacar os riscos envolvidos em confiar acriticamente na suposição de que tais relatórios geram informações úteis para parceiros e interessados ou mudanças transformadoras na cultura e nas práticas e negócios empresariais (especialmente se forem desproporcionalmente baseados em auditorias). A Seção 4 dispõe brevemente sobre três mecanismos que podem melhorar o processo de auditoria social: engajamento dos trabalhadores, maior transparência nos processos de auditoria e incorporação de dimensões reparatórias.

Por fim, a Seção 5 reflete sobre o fenômeno da auditoria social à luz do presumido papel que a DDDH pretende desempenhar na transformação de práticas corporativas internas. Os limites da auditoria social, tal como tipicamente praticada, criam a perspectiva de que o excesso de confiança nas auditorias como respostas corporativas a MSA pode transformar esse esquema num processo de geração de informações relativamente limitadas, promovendo uma abordagem orientada à conformidade superficial e insatisfatória, ao invés de uma abordagem robusta de resolução de problemas relativos a escravidão moderna. Nesse cenário, caso a afirmação seja verdadeira, é improvável que a MSA seja o esperado estímulo para contribuições mais completas, sistemáticas, escalonadas e transformacionais de co-governança corporativa para os direitos humanos.

## 1. O Contexto das Contribuições da Governança Corporativa

### 1.1 A *Due Diligence* de Direitos Humanos (DDDH) e a Lei de Escravidão Moderna (MSA)

Os UNGPs deixaram claro que as empresas não podem mostrar (externamente) que respeitam os direitos humanos sem que saibam mais sobre suas próprias operações e de suas cadeias de suprimentos, razão pela qual foi imposta a implementação de algumas políticas e processos.<sup>8</sup> Os UNGPs introduziram a DDDH como um exercício repetitivo abrangente, proativo, preventivo (ou mitigador) para descobrir atuais e potenciais riscos de violação de direitos

<sup>8</sup> Princípio 15, Comentário.

humanos nas atividades empresariais.<sup>9</sup> Os processos e indicadores de DDDH representam os principais mecanismos pelos quais as companhias poderiam quitar sua “responsabilidade por respeitar”<sup>10</sup> os direitos humanos (Nolan 2014). A DDDH difere da *due diligence* corporativa convencional porque seu foco não consiste nos riscos ou contingências para o negócio, mas sim nos riscos para as pessoas afetadas pelas atividades empresariais.<sup>11</sup> Devido à grande diversidade de empresas, setores e circunstâncias, o estilo de DDDH dos UNGPs é amplamente estruturado, enfatizando a flexibilidade e o contexto<sup>12</sup>, enquanto compreende cinco elementos essenciais.<sup>13</sup> A fim de “identificar, prevenir, mitigar e responsabilizar”<sup>14</sup> como elas lidam com seus impactos adversos relacionados aos direitos humanos, as empresas deveriam: (1) identificar e avaliar impactos adversos atuais e potenciais; (2) assimilar os resultados internamente,<sup>15</sup> implementando medidas preventivas e mitigadoras apropriadas;<sup>16</sup> (3) avaliar a efetividade de tais medidas;<sup>17</sup> e (4) comunicar publicamente como elas estão realizando a DDDH.<sup>18</sup> As empresas deveriam também (5) ter processos de reparação quando as DDDH revelarem que estas causam ou contribuem para a geração de impactos adversos.<sup>19</sup> Os UNGPs e a doutrina em gestão das melhores práticas sobre transparência da cadeia de suprimentos enfatiza que essas etapas são contínuas e recorrentes.<sup>20</sup>

Para que as DDDHs (e os relatórios a ela relacionados) funcionem, as empresas precisam mapear suas cadeias de suprimentos, coletar e verificar informações sobre as falhas e lacunas sobre práticas, desempenho e informações. Nesse sentido, as empresas devem exigir informações de seus fornecedores (p.ex. em referência a um código de conduta interno) e devem verificar ou auditar parte dessas informações. Nos modelos do tipo MSA, essas informações ajudam a dar sustentação ao relatório ou declaração pública emitida, porém a DDDH exige

9 ‘*Business and Human Rights: Towards Operationalizing the ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework’ Report to the UN Human Rights Council*, Geneva, UN Doc. A/HRC/11/13 (22 de abril de 2009), par. [71]. Debates sobre DDDH nos UNGPs – desde as normas ou cristalizações subjacentes até as alegadas mensagens confusas - estão além do escopo desse artigo; veja, por exemplo, Martin-Ortega 2014, ou Ruggie and Sherman 2017, respondendo a Bonnitcha e McCorquodale 2017. Ainda assim, resta claro que o foco normativo dos UNGPs é fortemente nos requisitos procedimentais de DDDH (cf. Ruggie and Sherman 2017).

10 Pilar II of the UNGPs; Vide o *Framework* (2009), n.11 acima.

11 Princípio 17(a), e Comentário; veja recentemente, por exemplo, UNGA 2018, [15]. Este tem por finalidade entender e endereçar impactos específicos em pessoas específicas em contextos específicos: UNGP Princípio 18, comentário. Todavia, DDDH necessariamente envolve uma série de avaliações de “materialidade” para a empresa medir e reavaliar suas próprias calibrações e metas de risco (e.g. Bateman and Bonanni 2019, veja também McCorquodale et al 2017, 199) e ser capaz de fazer a triagem, ou priorizar por referência, os riscos mais graves e/ou irremediáveis: Princípio 24.

12 Princípio 17(b), e Princípio 14; vide e.g. OHCHR 2012, 4.

13 Princípio 17, e Princípio 15(b); também Princípio 13(b).

14 Princípio 17.

15 Princípio 19(a).

16 Princípio 19(b).

17 Princípio 20.

18 Princípio 21.

19 Princípio 15(c) e Princípio 22.

20 UNGPs Princípio 17(c); veja recentemente, por exemplo, Bateman and Bonanni 2019. Para obter orientação oficial específica para as etapas relacionadas aos relatórios de ‘escravidão moderna’, consulte, por exemplo o *UK Government 2015 and Australian Government 2019*, Capítulo 5.

ações adicionais (mais precisamente, interações)<sup>21</sup> em relação às informações: engajamento na cadeia de suprimentos com base nas informações coletadas, incluindo “contato, colaboração, monitoramento e suporte a fornecedores” e, eventualmente, parceria com terceiros para acessar conhecimentos específicos que não estão disponíveis internamente (Bateman and Bonanni 2019). Os UNGPs representam apenas um (se significativo) esquema de DDDH no qual as empresas podem se basear.<sup>22</sup>

Os elementos de DDDH dos UNGPs correspondem aos mesmos critérios dos relatórios obrigatórios da seção 16 do MSA australiano: descrever cadeias de suprimentos e identificar riscos;<sup>23</sup> implementar ações para localizar e avaliar tais riscos;<sup>24</sup> e avaliar a efetividade de tais ações,<sup>25</sup> todos mais ou menos correspondentes aos três primeiros elementos da DDDH do modelo dos UNGPs. O quarto elemento (comunicação pública) representa a essência do MSA, o qual, conforme observado, consiste num esquema de relatórios de informações: a seção 16 não obriga as empresas, por si, a realizarem a DDDH.<sup>26</sup> Uma questão crítica advinda dessa análise consiste no modo pelo qual as entidades coletam as informações relevantes que constituem não apenas a base de sua comunicação pública, mas também quais são as que levam as empresas a atuarem internamente para levar adiante seu ciclo de autoanálise e aprimoramento.

## 1.2 Co-governança de direitos humanos: fundamentos subjacentes à sua concepção.

Para efeito do tom preventivo e prospectivo deste artigo, é necessário se afastar do conteúdo literal do MSA e explorar alguns dos fundamentos potencialmente subjacentes nessa escolha de modelo legislativo.<sup>27</sup> Conforme mencionado, o MSA é, em nível internacional, o exemplo mais recente de medidas legislativas destinadas a complementar o poder regulatório público formal, controlando duas outras fontes de influência.<sup>28</sup> Uma delas é a influência que grandes empresas podem exercer sobre suas cadeias de suprimentos (transnacionais ou não) para identificar possíveis abusos de direitos humanos vinculados aos seus negócios. A outra influência é a pressão que investidores, acionistas, seguradoras, clientes e outros podem trazer,

21 Princípio 18. Vide também, por exemplo, Lundan and Muchlinski 2012, enfatizando que a DDDH exige interações extensivas com atores de fora e de dentro do mercado e parceiros ou partes interessadas.

22 OECD 2016 (embora dedicado às cadeias de suprimentos de minerais). Essas etapas são (i) sistemas sólidos de gestão da empresa; (ii) identificar e avaliar os riscos da cadeia de suprimentos; (iii) desenvolver uma estratégia para lidar com os riscos identificados; (iv) auditoria DDDH independente da cadeia de suprimentos; e (v) relatar anualmente sobre DDDH. Veja também (não limitado à cadeias de suprimentos) *OECD 'Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct'* (Paris, 2018). Veja também a versão francesa da lei de vigilância: *Loi relative au Devoir de Vigilance*, n. 3 above.

23 Subseção 16(1)(b) and (c).

24 Subseção 16(1)(d), a qual prevê que o relatório do MSA deve “descrever as ações tomadas ... para localizar e avaliar esses riscos, incluindo *due diligence* e processos de reparação”.

25 Subseção 16(1)(e).

26 Ainda, a MSA não penaliza a denúncia de não conformidade como tal, ao invés, confia nos mercados e consumidores para utilizar comportamentos denunciados ou informações reveladas para pressionar as empresas a enfrentarem os riscos da escravidão moderna (vide, e.g. Ford 2018).

27 Considerações sobre circunstâncias políticas que informam ou restringem as opções de modelos da MSA estão além do propósito de nosso artigo.

28 Para uma tipologia recente de tais esquemas, que pretende ser o primeiro passo para mapear e analisar sistematicamente as características e a eficácia da legislação sobre transparência em padrões de direitos humanos no trabalho, consultar Phillips, Le Baron e Wallin, 2018.

forçando essas empresas a exercerem essa influência sobre os riscos aos direitos humanos na cadeia de suprimentos. O modelo da MSA adota requisitos de relatórios e divulgações à sociedade para dar efetividade a essa lógica e alavancar essa influência em cadeia.<sup>29</sup>

Relatórios de responsabilidade social corporativa têm geralmente finalidades tanto internas quanto externas (Hodges 2015; Crowther 2017; Mares 2018).<sup>30</sup> As duas grandes premissas subjacentes ao modelo MSA são que a exigência legal de relatar irá gerar ações internas nas empresas para identificar e medir riscos, e que também gerarão informações (relatórios) sobre tais medidas para o mercado externo e outras partes interessadas possam adequadamente exercer pressões ou recompensar essas empresas. Nesse artigo, estamos principalmente interessados em explorar o primeiro dos pressupostos acima, o potencial da MSA em estimular processos internos aprimorados dentro das organizações (Mares 2018, 194). Que confiança podemos ter em que um relatório desse tipo possa desencadear atividades internas de uma DDDH abrangente que não apenas produzirão informações de qualidade para o público poder agir, mas também incorporarão profunda e significativa responsabilidade pela integridade da cadeia de suprimentos dentro das estruturas e culturas da governança corporativa? (e.g. Govindan et al 2016).<sup>31</sup> Ao fazer essa pergunta e focar no aspecto interno, estamos cientes de que pode haver (ou talvez deveria haver) um relacionamento dinâmico e reflexivo entre o “interno” (gestão, processos corporativos e cultura) e o “externo” (envolvimento das partes interessadas com as informações que as empresas produzem e relatam). Vemos alguns paralelos com o inquérito de Buhmann (2018) sobre se a DDDH, de acordo com a *EU’s Non-Financial Reporting Directive*, poderia induzir modificações nas condutas empresariais, orientadas para a prevenção e não apenas a divulgação pós-fato em relatórios sobre as situações ocorridas ou medidas tomadas.

A lógica de “co-governança” na qual o MSA se baseia - de deliberadamente controlar o poder “regulatório” das empresas (David et al 2012; em geral, Braithwaite e Drahos 2000; Braithwaite 2008) - não é necessariamente ilegítima ou mal concebida. Sua premissa básica é de que não apenas os governos podem prevenir problemas relativos aos direitos humanos e de que devemos envolver as empresas em esforços para promover e proteger os direitos humanos afetados por suas atividades (Annan 1999). O governo ainda lidera, mas o faz exigindo, entre outras coisas, relatórios de risco no gerenciamento dos processos. Esses regimes de transparência são ferramentas políticas estabelecidas em outros temas (da proteção da criança

29 Esse é um modelo regulatório “Tipo 1” para os fins da tipologia de 2018 presente em Phillips et al, *ibid*.

30 Na tipologia de Mares, nossa preocupação é com os efeitos “internos e indiretos” (mas pretendidos) da MSA em termos das maneiras pelas quais as empresas poderiam “mudar sua tomada de decisão à medida que novas informações [se tornam] disponíveis”: Mares, 2018, 190.

31 Está além do propósito desse artigo explorar teorias de como, na doutrina sobre gestão interna, tal transformação ocorre, como a “teoria da difusão da informação” usada no projeto de Cadeias de Suprimento Sustentáveis do MIT: <https://ctl.mit.edu/research/current-projects/sustainable-supply-chains>. [“innovation diffusion theory”, no original, nota dos trad.]

às cotas de gênero no local de trabalho). A lógica da “nova governança” aqui envolvida (e.g. Ford e Condon 2011) postula que a regulamentação eficaz não consiste em regras e inspetores, mas no envolvimento e incentivo do poder de comando dos próprios sistemas dos regulados (Ayres e Braithwaite 1992; Parker 2002). Os reguladores estatais, então, auditam esse sistema de gestão de risco ou, como acontece com a MSA, essencialmente deixa a ação e supervisão para o mercado ou cidadãos (Grabosky 2017). Assim, os recursos de governança não-estatais não apenas fomentam a regulação de conformidade (Grabosky 2014), mas contribuem para o objetivo regulatório de fundo, de que as empresas relatem os riscos de escravidão e co-gerenciem esses riscos com o Estado, exigindo tais relatórios.

Os proponentes (e.g. OBPR 2012) veem esses esquemas de relatórios como potencialmente mais fáceis e mais econômicos do que a intervenção estatal tradicional direta, e mais adequado para diversos contextos mais complexos em que o Estado tem acesso limitado (como nas cadeias de suprimento internacionais). A lógica de co-governança implícita do MSA está de acordo com a premissa delineada pelos próprios UNGPs acerca de um cenário “policêntrico” de governança estabelecendo explicitamente as contribuições regulatórias das empresas e das partes interessadas do mercado e da sociedade por meio de relatórios corporativos (ver e.g. Ostrom 2010; Taylor 2011; Ruggie 2014; Prekert and Shackleford 2014; Melish & Meidinger 2012; Ford and O’Brien 2019). Os UNGPs giram em torno de uma estratégia normativa deliberada de usar o fato empírico da pluralidade de governança, abordando suas lacunas por meio do acionamento de fontes múltiplas de influência.<sup>32</sup> Essa abordagem também está de acordo com o que a Organização Internacional do Trabalho chama de “governança sinérgica” (OIT 2016, 24).<sup>33</sup> No entanto, uma premissa fundamental nessa abordagem de co-governança é que pôr-se em conformidade não só facilitará que as partes interessadas constituídas por empresas não-estatais prestem contas, mas também “abrirá” invariavelmente a companhia (Parker 2002) a imperativos de políticas públicas. Ou seja, esquemas do tipo MSA podem transformar a mentalidade das empresas que são alvos regulatórios em processos em que Estado também utiliza os sistemas dessas companhias para ajudar a lidar com problemas difíceis como a escravidão.

A transparência sobre os direitos humanos nas cadeias de suprimento globais depende da criação de uma cultura de melhoria contínua dentro da organização e nas cadeias de valor (Bateman and Bonanni 2019). Parece razoavelmente claro que o MSA se destina, ao recorrer ao poder de co-governança das empresas, a cultivar mudanças culturais internas (gerenciais e procedimentais) dentro de empresas australianas. O governo pretendia que o MSA (em parte)

32 Ruggie 2013, 2014; vide, por exemplo, UN Doc. E/CN.4/2006/97, 22 de Fevereiro de 2006, [22].

33 Ou seja, para “descrever situações em que as estratégias de governança pública, privada e social não são apenas camadas de regulamentação, mas se reforçam mutuamente para uma conformidade eficaz e estabelecem condições iguais para livre concorrência”.

“transformasse a maneira como a comunidade empresarial australiana responde à escravidão moderna” (Minister 2018, ênfase adicionada). As empresas devem usar essa “abordagem baseada em risco” para “causar uma corrida para o topo” como entidades que competem pelo apoio do investidor e do consumidor (Minister 2018).<sup>34</sup> O que está claramente implícito é que as empresas terão de adotar certas medidas internas para competir nesta “corrida”. Isso se alinha com a justificativa de “internalização” do MSA do Reino Unido, destinada em partes a “incorporar” a moderna conscientização sobre escravidão, “ainda mais na cultura da empresa” (UK Government 2019, Vol.2, par. [2.3]). Isso corresponde à noção de “integração horizontal efetiva” dos UNGPs, que se baseia principalmente em processos de DDDH.<sup>35</sup>

### 1.3 Razões para a cautela sobre a integração da DDDH

Antes de examinar a prática de auditoria prevalecente, existe uma causa mais ampla para duvidar se a internalização, a transformação e a incorporação assumidas pela MSA de fato ocorrerão. Quaisquer que sejam os méritos dos esquemas concebidos para converter empresas em recursos “regulados” (Ford 2015b), as práticas de relatórios empresariais absolutamente não são novidade como ferramenta de governança (e.g. Ford and Condon 2011), e pelo menos por duas décadas, surgiram questionamentos significativos sobre a real eficiência dos seus relatos (e.g. dePizza and Eccles 2002), particularmente em matéria social e ambiental (e.g. Gray et al 1995; Buhmann 2018). Se isso requer ou não uma “verificação da realidade” (Kinderman 2016) das premissas delineadas mencionadas acima, ao menos mais pesquisas são necessárias (McPhail and Ferguson 2016; Mares 2018), inclusive sobre as condições em que as exigências dos relatórios possam desencadear mudanças comportamentais nos negócios (e.g. Soutar et al 1995; Gond and Herrbach 2006; Crowther 2017). Embora se presuma que os relatórios de sustentabilidade impulsionem a mudança organizacional dentro das empresas, é escassa a doutrina sobre a exata ligação (a exemplo da mistura de motivações internas e estímulos externos) entre as obrigações de relatar e as correspondentes mudanças culturais internas e outras mudanças sistêmicas (Formentini and Tattichi 2016; Lozano et al 2016; em geral, Govindan et al 2016)<sup>36</sup>, ou sobre as barreiras (e.g. Ritchey et al 2010) que impedem as empresas de responder às exigências de relatórios externos por meio de uma integração mais eficaz da cadeia de suprimentos. Além disso, o MSA é um esquema não punitivo baseado em informações socialmente impostas, ainda que empiricamente tais modelos de relatórios

34 A análise da razão por trás (dos incentivos para) essa competição entre empresas é uma questão-chave para a provável eficácia do modelo MSA, mas está além do propósito desse artigo.

35 Princípio 19(a). Um estudo prospectivo da futura DDDH publicado na época do endosso do UNGPs incluiu, como o primeiro de seus cinco temas abrangentes, o processo interno de “desenvolvimento centrado na abordagem do ser humano para a gestão de negócios”: IHRB 2011.

36 Está além do propósito desse artigo explorar teorias de como, em *clusters* de gestão internos, tal transformação ocorre, como a “teoria da difusão da inovação” usada no projeto de Cadeias de Suprimento Sustentáveis do MIT: <https://ctl.mit.edu/research/current-projects/sustainable-supply-chains>.

apresentem, na melhor das hipóteses, resultados mistos na realização do objetivo social (e.g. Clarke et al 1999; Gunningham et al 2004; Ford 2005; Gunningham and Holley 2010; Holley 2017; cf. Ioannou and Serafeim 2017). Na verdade, essa tem sido a reação até hoje em torno da legislação do Reino Unido na qual o MSA da Austrália se baseia (UK Government 2019, 14-15, 23-24, Vol.2, [2.5]).

Por trás do MSA, então, está uma “distinta e subjacente” lógica de governança (Phillips, Le Baron and Wallin 2018,19) inclusive a suposição de que as empresas “vão se abrir” (Parker 2002) e internalizar o objetivo regulatório. Pensamos que isso precisa ser testado conceitualmente e (se possível) medido empiricamente, uma vez que a doutrina e a experiência existentes criam dúvidas sobre a ligação entre os requisitos de relatórios processuais no estilo MSA e a geração de reais mudanças e aprendizagens internas à organização (Buhmann 2018, 26-27, 32, 36, citando Gond and Herrbach 2006), sem falar no impacto substantivo. Com esse contexto, passamos agora, ao contrário, a explorar o risco de cumprimento superficial, cosmético ou ritualístico (Power 1999; also Charlesworth and Larking 2015), em que o excesso de confiança nas práticas de auditoria social domina a concepção corporativa sobre o que compõe uma DDDH adequada.

## **2. Auditorias sociais na perspectiva da *Due Diligence* (DDDH).**

Uma questão crítica da estrutura do MSA será como as entidades declarantes reunirão as informações que sustentam sua comunicação pública e o que esses métodos dizem sobre como as empresas estão internalizando a cultura dos direitos humanos. Como percebido, sabemos pouco sobre os passos que as empresas estão dando em atividades internas pré-relatórios (UK: McCorquodale et al 2017, 196; Australia: Ford, Islam and Nolan 2019).<sup>37</sup> Porém a pesquisa empírica do MSA do Reino Unido sugere que a auditoria de fornecedores é o segundo método mais proeminente empregado para identificar impactos ou riscos ou direito humanos (McCorquodale et al 2017, 209). Isso não é uma surpresa, considerando como a predominância da auditoria social (ou ética) de *compliance* cresceu como ferramenta indicativa de condições abusivas de trabalho (Terwindt and Armstrong 2019, 248) e como resposta ao crescimento da confiança em geral descrita, na Seção 1, como iniciativas essencialmente autorregulatórias ou mercadológicas para combater os abusos dos direitos humanos nas cadeias de abastecimento globais. (Locke 2013; Macdonald 2014).

Por meio de processos de auditoria social, as empresas buscam verificar a conformidade de fornecedores aos padrões de direitos humanos. A natureza da auditoria social varia de acordo com o setor e a entidade que a submete. Geralmente envolve inspeção física da instalação (exemplo, fábrica, fazenda, mina ou embarcação), combinada com análise de documentos

<sup>37</sup> Entretanto, observações de alguns anos atrás sobre a variação significativa de como alguns grupos de empresas estão se aproximando da DDDH (IHRB 2011) provavelmente continuam precisas.

(quando os registros são mantidos) além de entrevistas com gerentes e eventualmente empregados.<sup>38</sup> Os UNGPs contemplam a auditoria social como parte da DDDH, somada a outros guias de orientação e roteiros associados (exemplo, OECD 2016).<sup>39</sup> No entanto, nesses roteiros, é atribuído à auditoria um papel razoavelmente limitado. Os UNGPs referem-se a eles somente no contexto de rastreamento, considerando-os uma de várias de ferramentas para avaliar a efetiva resposta de uma corporação aos impactos dos direitos humanos rastreados.<sup>40</sup> Logo, enquanto a auditoria social pode ser uma das ações possíveis até o presente estágio das DDDHs, ela não é um substituto da DDDH mencionada na Seção 1, bem mais holística.

Existe um “império” de consultorias em torno de transparência obrigatória e auditorias relacionadas (Bem-Shahar e Schneider 2011; 2014). Como notado, apenas a auditoria social é uma indústria crescente de US\$ 50 bilhões, respondendo por até 80% dos orçamentos de conformidade ética, segundo estimativas (ETI Auditing Working Conditions; UK Joint Committee, 2019). Essa é a ferramenta mais comum utilizada por iniciativas seja de multi-partes interessadas, seja lideradas por companhias na busca dos impactos de direitos humanos na cadeia global de fornecimento. A *Ethical Trading Initiative* (ETI) e entidades análogas<sup>41</sup>, cada qual elegendo seus padrões de conduta, mas confiam na auditoria social como o mais importante meio de reforçar seus padrões.<sup>42</sup> Reconhecendo o crescimento dos custos e da complexidade associada a auditorias sociais extensas, agora algumas plataformas propõem auditorias compartilhadas entre companhias.<sup>43</sup>

A escravidão, assim como outras condições laborais abaixo dos padrões, deveria ser submetida à “[ampla] regulamentação e inspeção governamentais, além da pressão dos grupos organizados de trabalhadores, como sindicatos independentes e centrais sindicais” (Terwindt 2019, 248). A realidade é que a supervisão por governos e sindicatos muitas vezes omitem diversos anéis ao longo da corrente global de fornecedores. A incapacidade ou falta de vontade de governos em fazer cumprir os padrões trabalhistas nos locais de trabalho costumam ser

38 Veja, por exemplo ISEAL Alliance, ‘Assuring Compliance with Social and Environmental Standards: Code of Good Practice’ (v1.0, October 2012), 5 <<https://www.isealalliance.org/online-community/resources/assurancecode-version-10>>, (ISEAL Alliance Code of Good Practice). A ISEAL Alliance é uma iniciativa de múltiplas partes envolvidas que busca fortalecer os padrões de sustentabilidade do MSI (e outras configurações de padrões e órgãos de credenciamento).

39 Além disso, veja OECD ‘Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and footwear Sector’ (Paris, 2017); e OECD-FAO ‘Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains’ (Paris / Rome, 2016). Notavelmente, no contexto da avaliação de impacto, esses guias não se referem diretamente à auditoria social, mas ao monitoramento e avaliações de nível local, que são, na verdade, um tipo de auditoria social. Veja também OECD ‘Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct’ (Paris, 2018), 27-28, 32. Os documentos de orientação da OCDE destacam a necessidade de envolvimento significativo do trabalhador, bem como consulta a uma ampla base de partes interessadas, incluindo autoridades governamentais, sindicatos, sociedade civil e comunidades afetadas.

40 Outras ferramentas contempladas incluem contratos de performance e revisões, pesquisas e mecanismos de denúncias: UNGPs Princípio 20, Comentário.

41 Por exemplo, as principais iniciativas além da ETI, como a Social Accountability International (SAI), o Fair Labor Association (FLA), Worldwide Responsible Accredited Production (WRAP), Fair Wear Foundation, Business Social Compliance Initiative (BSCI), Electronic Industry Citizenship Coalition.

42 Apesar de o ETI não conduzir auditorias, seus membros vêm se apoiando na auditoria para implementar o código ETI em direção a toda a cadeia de suprimentos. No entanto, deve-se notar que o ETI reconhece os limites da auditoria social, ‘ETI Perspective 2020: A Five Year Strategy’ (7 de Dezembro de 2015) <<http://www.ethicaltrade.org/resources/eti-perspective-2020-five-year-strategy>>.

43 Por exemplo, Fair Factories Clearinghouse, Responsible Sport Initiative, e SEDEX: <http://www.wfsg.org/activities>; <http://www.fairfactories.org/>; <https://www.sedexglobal.com/about-us/>

acompanhadas de restrições ao funcionamento dos sindicatos nesses locais (AFL-CIO 2013). Após a repercussão da fábrica Rana Plaza de Bangladesh em 2013, que matou mais de 1100 trabalhadores, foi revelado que Bangladesh tinha menos de 200 inspetores do governo para inspecionar o trabalho em mais de 5000 fábricas com mais de 4 milhões de trabalhadores (Bose 2013). E esse problema não se limita às economias em desenvolvimento: o Reino Unido tem “uma falta de pessoal na fiscalização do trabalho com menos da metade da referência global de um inspetor por 10.000 trabalhadores” (Kenway 2019).

Além dos recursos ou incentivos limitados para a inspeção das condições de trabalho, ainda existe o esforço intencional de alguns estados para dificultar as iniciativas dos trabalhadores organizados. Organizações ao redor do mundo que lutam por trabalhadores vulneráveis são cada vez mais silenciadas enquanto governos reduzem direitos trabalhistas.<sup>44</sup> A probabilidade de exploração diminui onde fortes sindicatos de trabalhadores existem, como uma pesquisa da OIT aponta, entre 1454 empresas em cadeias de abastecimento globais, menos de um terço dos trabalhadores é coberto por um acordo coletivo (Vaughan-Whitehead e Caro 2017). É na nessas condições reais que as auditorias sociais encomendadas pelas empresas operam e procuram, teoricamente, complementar e suplementar as lacunas de governança na regulação do trabalho nos mercados globais. No entanto, agora existem descobertas consistentes que revelam as limitações das auditorias tanto em identificar quanto corrigir a exploração do trabalho (O’Rourke 2006; Locke 2013; AFL-CIO 2013; Macdonald 2014; LeBaron e Lister 2015; LeBaron et al 2017). O fracasso da auditoria social talvez seja o exemplo mais trágico de vários desastres e escândalos de alta repercussão no setor de vestuário. Em 1 de setembro de 2012, um incêndio na fábrica de roupas da Ali Enterprises em Karachi matou próximo de 300 trabalhadores; em 24 de novembro de 2012, um incêndio na Tazreen Fashions em Dhaka matou 117 trabalhadores. A fábrica da Tazreen foi auditada várias vezes pelo Wal-Mart. Enquanto questões de segurança foram levantadas, nenhuma ação corretiva foi tomada. A fábrica da Ali Enterprises tinha sido certificada de acordo com o código de conduta da SAI e também tinha sido auditada separadamente por uma agência credenciada pela WRAP e pela FLA. Por fim, pelo menos duas das fábricas do complexo Rana Plaza passaram por auditorias sociais da BSCI poucos meses antes de seu colapso (Reinecke e Donaghey 2015; Pekdemir et al 2015).<sup>45</sup>

### **3. Duas limitações da auditoria social: superficialidade e foco nos sintomas.**

Após o desastre de Rana Plaza, o Diretor Administrativo da BSCI observou que é

44 “Em 2018, 65% dos países proibiram os trabalhadores de estabelecer ou filiar-se a um sindicato, 81% violaram direitos de negociação coletiva e 87% violaram o direito à greve. Países envolvidos em prisões arbitrárias e detenção de trabalhadores aumentaram de 44 em 2017 para 59 em 2018, e os países onde os trabalhadores foram expostos a assassinato, violência física, ameaças de morte e intimidação aumentaram de 59 em 2017 para 65 em 2018” (Nolan and Boersma 2019, 196) [tradução livre, obs. dos trad.].

45 [nota dos trad. vide n.43, acima, para as siglas referidas]

“muito importante não esperar muito da auditoria social” (Terwindt e Armstrong 2019, 245). Existem várias razões pelas quais a auditoria social não é um substitutivo para DDDH e não deve formar a espinha dorsal dos relatórios MSA.<sup>46</sup> No entanto, destacamos apenas duas: a natureza superficial das auditorias e o fato de que uma auditoria é projetada para focar em informações que representam sintomas ao invés da causa-raiz dos problemas. Esses problemas dão motivos para duvidar não só da qualidade de informações relatadas em modelos do tipo MSA, mas também para duvidar de quão profunda e significativa a escravidão moderna será assimilada na cultura corporativa das empresas que dependem de tais auditorias, já que muitas vezes elas são feitas por terceiros.<sup>47</sup>

Primeiramente, o formato da auditoria é inerentemente superficial.<sup>48</sup> Auditorias sociais tendem a ser realizadas como um exercício de checagem rápida (“*checklist*”), geralmente em poucos dias e em intervalos de um a dois anos. Problemas e causas subjacentes são frequentemente ignorados, com resultados, na melhor das hipóteses, revelando apenas uma imagem instantânea (O’Rourke 2006, 907; Clean Clothes Campaign 2005, 26-28, 32-30; Locke et al 2009, 331-334; Locke 2013, 35-37; Le Baron e Lister 2015, 2016; ETI Auditing Working Conditions; ILO 2016, 45). Casos de fraude e omissão de fornecedores (por exemplo, falsificando registros de trabalhadores e ‘limpando’ instalações antes de inspeções) são bastante documentados (Clean Clothes Campaign 2005, 20-25, Clean Clothes Campaign 2009, 46-51; Locke et al 2009, 332; Labowitz e Baumann-Pauly 2014, 18; HRW 2015). O modelo atual de auditoria social promove uma cultura coercitiva que incentiva a trapaça e a corrupção, reforçando assimetrias ocultas de poder. Trabalhadores, sindicatos, ONGs e outras partes interessadas que poderiam se opor a esses problemas e esclarecer as violações, não costumam ser significativamente envolvidos nos processos (O’Rourke 2006, 908; Barrientos e Smith, 2006, 40; Barrientos e Smith, 2007, 726; Locke 2009, 331-334; Utting 2014, 437). As auditorias podem ser anunciadas ou não, mas de qualquer modo seu desenho e escopo são fortemente influenciados pelo comprador ou varejista no topo da cadeia de suprimentos. Elas são usadas como um instrumento político

46 As empresas não podem olhar ou auditar além dos fornecedores de “nível um”; as informações podem ser obscurecidas ou retidas; McCorquodale et al (2017, 223) observa que algumas empresas parecem ter dificuldade em mudar o foco de “riscos para os negócios” para “riscos para as pessoas” como ditam os UNGPs. Da mesma forma, um relatório sugere que as atividades atuais orientadas por auditoria falham porque não focam fortemente os direitos humanos, não são conduzidos por especialistas em direitos humanos, ou são muito limitadas em escopo: Human Rights Watch 2016, 13. Veja também Shift 2013 para uma análise dos cinco fatores que dizem ajudar a explicar por que o paradigma de auditoria tradicional tem lutado para resultar em um melhor desempenho social corporativo.

47 Tal como acontece com as auditorias sociais em consideração aqui, veja Harrison 2013 para um argumento análogo de que a prevalência de práticas superficiais em Estudos de Impactos em Direitos Humanos (HRIA - *Human Rights Impacts Assessments*, apenas como um aspecto da DDDH) dá razões para preocupação sobre a credibilidade e robustez da prática de DDDH se enfocada fortemente em HRIA.

48 Uma vez que a colaboração em toda a cadeia de valor é essencial para alcançar, nas indústrias, uma transformação em escala da sustentabilidade, tem-se argumentado que os gerentes de compras (*Chief Purchasing Officers ou CPOs*) precisam mudar seu padrão de transações de “negociadores de contrato” para “gerentes de relacionamento” (McKinsey 2019; EY 2016, e veja também Shift 2013), reformulando as relações das empresas com os fornecedores, de “policiais” (de códigos de conduta) para “parceiros” (na localização de riscos aos direitos humanos). As relações estritamente negociais, tênues, com relacionamentos superficiais ocasionalmente anuais e de baixo comprometimento, pelo menos em alguns setores de varejo (exemplo, McKinsey 2019: vestuário de varejo) não criam incentivos para os fornecedores investirem no alcance dos objetivos regulatórios aptos a enfrentar riscos aos direitos humanos.

apenas para “gerenciar” o problema. Raramente se desenvolvem como uma ferramenta para engajamento colaborativo. As auditorias são mais tipicamente focadas em um comprador direto ou em fornecedores de primeiro nível, sendo menos comumente aplicadas nas camadas mais baixas das cadeias de abastecimento, onde os trabalhadores são mais vulneráveis à exploração. Um estudo observou que a maioria das auditorias “não tentam descobrir as coisas, mas estão tentando provar que algo não está lá” (Le Baron et al 2017, 14). Esses padrões não são um bom sinal para a precisão das informações nos relatórios do MSA, ou para a probabilidade de que a auditoria seja parte de uma “integração horizontal eficaz” de DDDH<sup>49</sup> na cultura e processos de uma empresa.

Tais problemas podem ser exacerbados quando as auditorias são usadas para identificar a escravidão moderna, que, por sua natureza, costuma ser um problema bem escondido. É improvável que a escravidão moderna seja facilmente identificada por auditorias caracterizadas abertamente por protocolos formais de “*checklist*”. Sua detecção normalmente exige muito mais engajamento significativo com trabalhadores e comunidades. Essa auditoria pode precisar ser formatada com termos de direitos humanos, em vez de fazer parte de auditorias mais amplas em temas sustentáveis ou éticos.<sup>50</sup> Um recente estudo da OIT mostrou que diferentes tipos de auditores e diferenças de tempo, metodologia, padrões e rigor dos processos de auditoria impactam fortemente na detecção de trabalho abusivo (Phillips, Le Baron e Wallin 2018). De forma geral, os auditores podem ter dificuldade em reunir dados sobre um assunto tão sensível. Os trabalhadores podem ter medo de falar abertamente com os auditores sobre a escravidão. Por exemplo, em uma investigação do Fair Work Ombudsman (FWO), da Austrália, na indústria de limpeza, o FWO destacou ser insuficiente depender de trabalhadores vulneráveis para denunciar formalmente violações de seus próprios direitos trabalhistas. O FWO descobriu que muitos trabalhadores estavam relutantes em envolver-se ou se aproximar do FWO para obter assistência “devido a razões culturais, situações de imigração, conhecimento limitado dos direitos do local de trabalho ou preocupações sobre sua segurança no emprego” (FWO 2018, 7).

Em segundo lugar, as auditorias não se concentram nas raízes das causas (o motivo de violações trabalhistas persistentes), mas nos sintomas dos problemas (discrepâncias de salários, horas extras forçadas) e, portanto, têm utilidade limitada para corrigir a exploração. Uma das quatro maiores empresas de auditoria do mundo alertou que a abordagem formal do tipo “assinale sim/não” é inadequada para detectar as causas subjacentes dos problemas de responsabilidade social (EY 2016, 3).<sup>51</sup> Violações trabalhistas no setor de vestuário, por exemplo, não são

49 Veja Seção 1 supra.

50 Pesquisas sobre o MSA britânico apontaram que onde os direitos humanos são indiretamente levados em consideração noutros processos de *due diligence*, nas áreas de trabalho, saúde e segurança, impactos adversos nos direitos humanos são significativamente menos prováveis de serem identificados: McCorquodale et al 2017, 209.

51 Em relação à DDDH em geral, Shift (2013) apelou à mudança para uma melhoria contínua e abrangente dos programas, em vez de

simplesmente “um problema no nível de fábrica solucionada pelo monitoramento de *compliance* aprimorado”, mas são “resultantes difusas e previsíveis” do modelo geral de negócios (Anner et al 2013, 1).<sup>52</sup> Esse modelo, em especial, as práticas de negociação pelos compradores (muitas vezes, mas nem sempre, empresas com foco na marca) no topo da cadeia de fornecedores, tem um impacto significativo nas condições dos trabalhadores na parte inferior. Mais ainda, enquanto essas empresas líderes demonstraram disposição para impor exigências aos seus fornecedores, por meio de demandas para abrirem fábricas, campos e minas para auditores, essas empresas líderes têm mostrado disposição limitada para identificar holisticamente os impactos de suas próprias práticas e inovar na forma de comprar. Mais uma vez isso sugere que as auditorias tipo “DDDH *checklist*” carregadas de formulários “assinale aqui” provavelmente não catalisarão o aprendizado interno e a melhoria contínua por parte das empresas para a prevenção e a proteção substantivas dos direitos humanos. As auditorias normalmente não conduzem uma análise de causas-raiz sobre como as práticas de preços, compras e suprimentos contribuem para essas violações. A auditoria não deve ser um substituto confiável para o desenvolvimento de um programa de DDDH mais amplo. Enquanto isso, as filosofias de co-governança (Seção 1 acima) combinadas com a aceitação da auditoria como uma ferramenta para descobrir e lidar com o trabalho abusivo reforçam a noção que esta é uma questão que as empresas podem “assumir” sem o envolvimento dos estados. Mas a auditoria de acordo com o MSA não deve suplantiar o papel dos governos locais para fiscalizar e assegurar padrões de trabalho, enquanto os governos dos países fornecedores podem precisar detalhar o que vale como “DDDH” (no MSA e equivalentes) .

#### 4. Mecanismos para aprimorar a auditoria como parte da DDDH

A questão então passa a ser quais alternativas podem ser mais eficazes na garantia dos direitos dos trabalhadores nas cadeias de suprimentos globais, bem como no estímulo às empresas contratantes para internalizar de forma mais completa uma abordagem de DDDH capaz de identificar e resolver os problemas da cadeia de suprimentos. Se a auditoria social é tão difundida, quais modificações podem melhorar a sua credibilidade?<sup>53</sup>

##### 4.1 Ampliando a voz do trabalhador

Ao analisar a falha das auditorias sociais em identificar totalmente os problemas em locais de trabalho específicos, a *Clean Clothes Campaign* argumenta que os melhores auditores são ‘os próprios trabalhadores, uma vez que estão continuamente presentes no local de trabalho’ (*Clean Clothes Campaign*, 2005, 79). Estudos demonstram que os trabalhadores e

---

auditorias baseadas em simples *compliance* “aprovado/reprovado”, incluindo a substituição de auditorias por investigação colaborativa e análise de “causas de raiz”.

52 Anner et al descrevem uma indústria dominada por empresas cujo modelo de negócios “baseia-se na terceirização externa da produção por meio de redes de subcontratação altamente flexíveis, voláteis e sensíveis ao custo”.

53 Para uma tentativa anterior de delinear melhorias nas práticas de conformidade social, veja Shift (2013).

as organizações representativas são cruciais para um processo eficaz de DDDH das cadeias de suprimentos. Um estudo conclui que um grande obstáculo para a implementação eficaz do código é a falta de um “meios abrangentes e responsáveis de envolver os trabalhadores, bem como seus sindicatos” (World Bank 2003). Da mesma forma, um relatório da OCDE de 2017 afirma que “as empresas devem envolver trabalhadores, sindicatos e organizações representativas da própria escolha dos trabalhadores” na DDDH (OECD 2017, 29). Este não é o primeiro artigo a examinar a necessidade e os meios necessários para que os trabalhadores tenham um papel mais significativo no monitoramento da cadeia de suprimentos e uma das principais recomendações é que os processos de monitoramento não apenas sejam centrados nos trabalhadores, mas também que tais processo sejam desenvolvidos por eles (Claeson, 2019, Locke e Romis, 2007, Outhwaite e Martin-Ortega, 2019). Em outras palavras, o papel dos trabalhadores no desenvolvimento e na implementação de processos de monitoramento é fundamental e transcende a atividade de identificar problemas no local de trabalho, cabendo-lhes também fornecer correções aos problemas identificados.

As medidas de Responsabilidade Social Desenvolvidas pelo Trabalhador (doravante RSdT) são uma prática relativamente nova e envolvem os próprios trabalhadores como os mentores implícitos na atividade de criação, monitoramento e aplicação de padrões aceitáveis no local de trabalho. Algumas empresas estão adotando RSdT para dar mais eficácia à DDDH e para gerenciar continuamente a conformidade e os riscos operacionais da cadeia de suprimentos. Dentre os exemplos estão dois programas dos Estados Unidos (*Fair Food Program e Milk with Dignity*) e uma nova iniciativa australiana (o *Cleaning Accountability Framework, CAF*). O CAF exige que os trabalhadores de limpeza sejam pagos para participar de duas reuniões anuais de engajamento de trabalhadores, oportunidade em que outros profissionais são educados sobre o código CAF e têm a oportunidade de fornecer informações em pesquisas sobre as condições de trabalho do prédio em que atuam. A reunião de acompanhamento envolve os funcionários, o CAF, um sindicato e oferece uma oportunidade para os trabalhadores falarem sem a presença dos empregadores. As questões levantadas por eles são um componente que integra o modelo de auditoria da CAF. As questões levantadas são investigadas e resolvidas no local de trabalho pelas principais partes interessadas na cadeia de suprimentos.

Terwindt e Armstrong argumentam (2019, 257) que é essencial garantir que um canal de denúncias permanente esteja disponível para os trabalhadores a fim de lhes garantir voz nas avaliações do estabelecimento empresarial durante a auditoria. Geralmente, os trabalhadores têm apenas uma participação tardia nesse processo e as iniciativas de RSdT visam alterar esse cenário. Tradicionalmente, as auditorias sociais têm envolvimento limitado dos trabalhadores e não permitem necessariamente que os trabalhadores sejam entrevistados confidencialmente

e fora do local de trabalho. Mesmo onde se pratica essa entrevista, há ainda uma baixa probabilidade de que o auditor seja capaz de desenvolver a confiança necessária com os trabalhadores para revelações mais completas.

A tecnologia também está sendo cada vez mais usada para envolver os trabalhadores nas cadeias de suprimentos. Várias ferramentas digitais podem permitir que os trabalhadores forneçam informações (geralmente anônimas) sobre as condições de trabalho.<sup>54</sup> Muitas estão focadas na coleta de dados dos trabalhadores para que as empresas possam entender melhor alguma questão ou reclamação em específico, mas permanecem dúvidas sobre eficácia dessas ferramentas no que diz respeito ao envolvimento dos trabalhadores no processo da avaliação. Um relatório da Verite para a *GAP* observou que “os processos de engajamento do trabalhador são tratados como uma atividade separada ... [e] geralmente são centrados na marca e fortemente orientados para a gestão de riscos da cadeia de suprimentos”, de tal forma que os interesses dos ‘trabalhadores’ são muitas vezes negligenciados ou marginalizados” (Verite 2018, 3). Portanto, as medidas baseadas na tecnologia podem cair na mesma armadilha como auditoria social, sendo desenvolvidas pela marca e não pelo trabalhador. A tecnologia pode ser um complemento útil para uma auditoria, mas tudo depende da acessibilidade e aceitação da ferramenta (confiabilidade) entre os usuários.<sup>55</sup> Qualquer uso de tecnologia deve garantir a segurança dos usuários e pode ser mais eficaz quando combinado com o contato face a face com os trabalhadores, tão vital para facilitar uma conexão entre estes e aqueles que tentam descobrir e resolver os problemas do local de trabalho. Parece improvável que as empresas cujas auditorias não envolvem totalmente os trabalhadores aprendam com as auditorias de modo a fomentar uma significativa transformação cultural interna.

#### **4.2 Aumentando a transparência das informações na auditoria**

Para avaliar a utilidade das informações derivadas da auditoria e para avaliar se a auditoria pode evidenciar algo sobre a assimilação dos riscos de trabalho escravo por uma empresa, certas partes interessadas (particularmente os próprios trabalhadores) precisam ser capazes de compreender o processo por trás da auditoria.<sup>56</sup> Os processos e resultados da auditoria normalmente não são divulgados. Por isso, os trabalhadores e seus representantes estão em melhor posição para avaliar a veracidade da auditoria e sua ciência dos desdobramentos (por exemplo, plano de ação corretiva) é recomendada. Resultados de auditoria adequadamente traduzidos, ilustrados e acessíveis podem ser úteis para todos os trabalhadores e seus representantes, contribuindo assim para aprimorar a DDDH (Clean Clothes 2019, 8).

54 Por exemplo, aplicativos personalizados, além de mídia social e aplicativos de mensagens.

55 Por exemplo, pode ser útil manter a simplicidade e adaptar um aplicativo de mensagens que os funcionários já usam em seus telefones (como o *WeChat*) para permitir que os funcionários complementem os relatórios de auditoria externa.

56 Por exemplo, a auditoria foi pré-anunciada ou não? Como os auditores foram treinados ou ‘credenciados’? Quem os contratou e pagou? Foi uma auditoria interna ou externa de terceiros? Como os trabalhadores estavam envolvidos? Por quanto tempo os auditores ficaram no local? O processo e os resultados foram divulgados?

Por exemplo, em 2019, as regiões suecas (via Região Östergötland) encomendaram auditorias sociais independentes em fábricas de luvas descartáveis na Malásia, que foram destacadas como de alto risco em uma avaliação inicial de suas cadeias de suprimentos. A auditoria encontrou evidências de trabalho forçado entre outras violações nas fábricas. Os resultados completos da auditoria foram publicados (as três fábricas foram anonimizadas). A iniciativa de divulgar os resultados da auditoria é significativa por não beneficiar o adquirente, no longo prazo, e por não manter questões de trabalho forçado ocultas. Tornar as metodologias e os resultados da auditoria disponíveis para os auditores fiscais do trabalho e para os trabalhadores ajudaria a garantir que as auditorias de fato auxiliem não só na identificação e apuração precisa dos ilícitos no ambiente de trabalho, mas também levem a empresa (com os relatórios do MSA) a aprender e se aprimorar como uma organização no topo da cadeia de suprimentos. Como foi observado na Seção 1, a “governança sinérgica” nesta área, com processos “reforçados mutuamente” por vários atores (OIT 2016, 24) requer disponibilidade de informações sobre as auditorias (e sobre as DDDH em geral) (ver também HRW 2016, 15).<sup>57</sup>

#### 4.3 Tornando a reparação efetiva

Dadas algumas limitações enraizadas na prática corriqueira de auditoria social, uma medida desenvolvida para gerar reparação deve acompanhar o processo de auditoria se as atividades utilizadas para subsidiar os relatórios nos termos do MSA contribuírem também não só para mudanças dentro das empresas, mas também para ajudar as empresas a lidar com riscos substantivos a direitos ao longo de suas cadeias de suprimentos. As medidas de reparação por (e das) empresas que podem ser utilizadas incluem a restituição, a indenização, a reabilitação, a satisfação, os acordos de não-reincidência e outras medidas preventivas (UN Working Group 2017, [43]-[54]). As auditorias podem destacar os problemas, mas a DDDH exige que a auditoria informe e se estenda para contemplar soluções em situações concretas, enquanto envolve os trabalhadores sobre o que uma “reparação” deve abranger.

Alguns modelos recentes de monitoramento de RSDT têm mecanismos integrados para melhor efetivar e canalizar as reparações. Por exemplo, o Acordo de Bangladesh sobre Incêndios Segurança de Edifícios incorpora inspeções de fábrica, treinamento de trabalhadores, um canal de denúncias e um mecanismo legal vinculante para responsabilizar as empresas em caso de não cumprimento dos requisitos do Acordo.<sup>58</sup> Enquanto isso, a iniciativa *Fair Food* dos Estados Unidos, dirigida pelos agricultores, que começou como “Campanha por Alimentos Justos da

<sup>57</sup> Harrison observa (2013, 112) que a transparência do próprio processo de DDDH (ou seja, sua metodologia etc.) é uma condição *sine qua non* para sua eficácia.

<sup>58</sup> [No original, *Bangladesh Accord on Fire and Building Safety*, nota dos trad.] <https://bangladeshaccord.org/>. O Acordo representa a primeira vez que um procedimento de arbitragem vinculante foi integrado a um acordo-modelo global para a resolução de disputas comerciais e de direitos humanos.

Coalizão dos Trabalhadores de *Immokalee*” (CIW)<sup>59</sup>, tem contado com a construção de fortes alianças com grupos de consumidores e ativistas para persuadir grandes marcas a tomarem medidas para acabar com a exploração dos trabalhadores agrícolas, incluindo nove casos de escravidão moderna envolvendo mais de 1200 trabalhadores (CIW). O Código Alimentar Justo<sup>60</sup> é garantido por acordos vinculantes entre a CIW e empresas compradoras no sentido de que os compradores suspendam as compras de produtores que uma auditoria independente considere como em desacordo com o Código.<sup>61</sup> Isso dá aos produtores um forte incentivo de mercado para cumprir o Código. Notavelmente, em termos de reparação, o esquema CIW envolve um canal de reclamações confidenciais que normalmente compartilha seus resultados com os trabalhadores.

Em agosto de 2019, marcas de vestuário líderes, uma entidade sindical, defensores dos direitos das mulheres e um grande fornecedor estabeleceram vários acordos para combater a violência de gênero e assédio no setor de vestuário de Lesoto. Os defensores dos trabalhadores identificaram essas questões como generalizadas, embora os programas de auditoria social dessas marcas não tenham captado tais violações. Os acordos condicionam a continuidade dos negócios dos fornecedores ao cumprimento dos acordos e à incorporação não só de treinamento dos trabalhadores, mas também de um canal de denúncias confidencial para defensores locais independentes (Abimourched et al 2019). O principal estudo sobre a DDDH nos termos do MSA britânico sugeriu que a presença de um canal de denúncias é crucial para garantir um processo de ciclo completo (McCorquodale et al 2017, 211).<sup>62</sup> Além disso, experiências com canais de reclamação só podem melhorar o aprendizado organizacional dentro das empresas obrigadas a prestar informações.

## 5. Conclusão

Um indicador de efetividade (Phillips, Le Baron e Wallin 2018, 29) dos regimes corporativos de transparência em direitos humanos, segundo argumentamos, é sua capacidade de acelerar as mudanças transformadoras no interior das organizações empresariais, já que o objetivo é aproveitar não só os próprios recursos de governança da empresa, mas também potencializar o apoio aos esforços globais antiescravidão. “Mudança transformadora” em relação a como as empresas pensam e agem frente a direitos humanos compreenderia a adoção generalizada de uma DDDH robusta e significativa em todo o mundo, correspondendo ao que se pode entender como mudanças nas culturas corporativas e melhorias de nível básico em relação a direitos humanos (ver Harrison 2013, 108).<sup>63</sup> Uma suposição principal de duas etapas dos regimes de

59 *Coalition of Immokalee Workers’* (CIW) no original, [nota dos trad.]

60 *Food Fair Code*, no original [nota dos trad.]

61 As auditorias independentes são supervisionadas pelo *Fair Foods Standards Council* e, em relação ao item 4.1 acima, incorporam entrevistas de trabalhadores com 50% ou mais da força de trabalho em qualquer fazenda.

62 Veja também os temas 4 e 5 do IHRB 2011.

63 Saber se e como os regimes de denúncia realmente reduzem as violações substantivas dos direitos humanos nas cadeias de abastecimento envolveria um exercício empírico complexo e não é uma questão que tenha sido avaliada com autoridade: veja Sarfaty

transparência nos moldes do MSA é que eles estimularão as empresas a adotar a DDDH e, além disso, que a DDDH terá efeitos internos transformadores do comportamento e dos processos de aprendizagem (além dos impactos “externos” desses relatórios diante do “policimento” de *compliance* pelos mercados e pelos consumidores). No entanto, a experiência e as evidências sobre esses regimes de informações em outras esferas socioambientais sugerem boas razões para a cautela perante a presunção de que os regimes de transparência cuja “DDDH” tenha por foco prevalente a auditoria possam gerar qualquer tipo de consciência sistêmica interna e mudança dentro das empresas, sem desconsiderar os motivos concorrenciais e de mercado que levam as empresas a utilizá-los. A importância central da DDDH para o modelo UNGPs é elogiada como estratégica porque as empresas já estão muito familiarizadas com o conceito de “*due diligence*”. No entanto, essa familiaridade também traz o risco de que as maiores empresas da Austrália simplesmente encaixem as informações do MSA em seu já saturado programa de conformidade, preferindo as técnicas já familiares de declarações de sustentabilidade. Até agora, essas atividades de declaração têm sido fortemente dependentes de auditorias sociais, pelo menos no que diz respeito à dimensão de “impacto social” na dimensão mais ampla dos fatores de desempenho ambiental, social e de governança corporativa (“ESG”) para a agenda geral de sustentabilidade corporativa).<sup>64</sup>

Logo após o UNGPs de 2011, Muchlinski advertiu (2012, 158) que a DDDH como uma obrigação de processo (ao invés de resultado) carregava o risco de “degenerar em um exercício formulário de ‘assinale aqui’ projetado para fins de relações públicas”, ao invés de uma parte integrante e séria da tomada de decisão corporativa. Naquela época, um relatório já apontava que muitas empresas continuavam a ver a DDDH exclusivamente com foco em auditoria, mesmo quando “privadamente reconheciam que ela não estava funcionando” (Shift 2013). Advertindo explicitamente o problema “assinale aqui”/ “lista de checagem”(*checklist*), EY observou que a indústria de auditoria de conformidade social não mostrou progresso em relação ao investimento e que o volume de atividade da indústria de auditoria social pode de fato ter criado uma “ilusão perigosa” de progresso nas próprias normas substantivas do trabalho (EY 2016, 2). Recentemente, a revisão abrangente do MSA do governo do Reino Unido reafirmou textualmente o risco da conformidade “assinale aqui”/ “*checklist*” de Muchlinski, de 2012 (Reino Unido 2019, par. [2.3.1]).

A implementação de DDDH está implícita no MSA da Austrália, compreendendo apenas um dever de informar. Argumentamos que um cenário do MSA é de que as empresas informantes adotarão uma confiança excessiva nas auditorias sociais em substituição (ou tomando parte

2015; Nolan, 2016, 275.

64 DDDH podem ser (e provavelmente serão) incluídos em sistemas mais amplos de gestão de riscos corporativos: Princípio 17 do UNGPs e Comentário do Princípio 18. O paradoxo, é claro, é que nosso apelo para a integração da DDDH nos sistemas de gestão das empresas também pode levar a DDDH relacionada ao MSA a se tornar apenas mais um exercício de *compliance* entre muitos desses sistemas.

desproporcional) de uma DDDH rigorosa. Nesse caso, o risco de conformidade “assinale aqui” é real (Ford, Islam e Nolan 2019).<sup>65</sup> Não apenas as questões de qualidade/precisão do MSA permaneceriam sem solução, mas também os efeitos da “assimilação” de medidas dessa natureza e a “competição” entre as empresas nos termos do MSA parecem de improvável realização. A Seção 3 mostrou como o processo dentro das empresas para realizar essas auditorias pode se tornar superficial e simples formalidade de *compliance*, “os negócios de sempre” em torno das cadeias de abastecimento (Labowitz e Baumann-Pauly 2014). A adoção do MSA pelas maiores empresas da Austrália com o objetivo de remexer significativamente as atividades estreitas, centradas em auditoria e em formalidades de *compliance* pode não dar ao MSA uma ‘vitória vazia’ (Mares 2018), mas deve representar uma oportunidade perdida (Buhmann 2018) para a mais profunda transformação cultural e gerencial corporativa - ouvir, aprender, prevenir e se envolver com problemas substantivos - prevista pelo UNGPs e agora pelo MSA. Propusemos três maneiras de melhorar a auditoria na DDDH. No entanto, com os padrões de auditoria atuais, evidências mais convincentes são necessárias para confirmar a probabilidade de que os regimes de informação não penais possam desencadear a transformação indispensável dentro das empresas, para que cumpram o seu papel potencial de co-governança “sinérgica”, e assim ajudar governos e a sociedade civil a lidarem com problemas graves risco a direitos humanos.

## Referências

- ABIMOURCHED, R.; MATLHO, L.; TNTLAMA & R RUNGE. 13 September 2019. ‘Lesotho garment workers struck landmark deals to tackle gender-based violence. Here’s how it happened.’ Business and Human Rights Resource Centre.
- AFL-CIO. 2013. Responsibility Outsourced: Social Audits, Workplace Certification And Twenty Years Of Failure To Protect Worker Rights, US.
- ANNAN, Kofi. 1999. ‘UN Global Compact with Business’ UN Secretary-General’s speech, World Economic Forum, Davos, 31 January 1999.
- ANNER M, Bair J and BLASI J. 2013. ‘Toward joint liability in global supply chains: addressing the root causes of labor violations in international subcontracting networks’ *Comp. Labor law & Policy Journal* Vol 35:1.
- APH. 2017 Hidden in Plain Sight: Enquiry into a Modern Slavery Act in Australia. Report of the Joint Standing Committee on Foreign Affairs. Canberra: Commonwealth of Australia.

65 Ver Ford 2015, 11 para uma discussão deste risco em relação aos negócios e à implementação de direitos humanos em geral.

- Australian Government. 2019. 'Commonwealth Modern Slavery Act: Guidance for Reporting Entities' Canberra: Commonwealth of Australia; <https://www.homeaffairs.gov.au/criminaljustice/files/modern-slavery-reporting-entities.pdf>.
- AYRES, Ian and BRAITHWAITE, John. 1992. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press
- BARRIENTOS, S and SMITH, S. 'The ETI code of labour practice: Do workers really benefit? Reporting on the ETI Impact Assessment 2006, Part 1: Main Findings' (Institute of Development Studies, University of Sussex, 2006) <<http://www.ids.ac.uk/project/ethicaltrading-initiative-impact-assessment>>
- BARRIENTOS S and SMITH S. 2007. 'Do workers benefit from ethical trade? Assessing codes of labour practice in global production systems' 28(4) *Third World Quarterly* 713 (Barrientos & Smith 2007).
- BATEMAN, Alexis and BONANNI, Leonardo. 2019. 'What Supply Chain Transparency Really Means' *Harvard Business Review* (online, 20 August 2019).
- BEN-SHAHAR, Omri and SCHNEIDER, Carl. 2011 and 2014. 'The Failure of Mandated Disclosure' (2011) 159 *Univ. of Pennsylvania Law Rev.* 647-746.
- BEN-SHAHAR, Omri and SCHNEIDER, Carl. 2014. *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*. Princeton University Press.
- BONNITCHA, Jonathan and MCCORQUODALE, Robert. 2017. 'The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights' 28(3) *European Journal of International Law* 899-919
- BOSE, N. 2013. 'Insight: Bangladesh struggles to check garment factories are safe', *Thomson Reuters*, <<https://www.reuters.com/article/us-bangladesh-building-inspections-insig/insightbangladesh-struggles-to-check-garment-factories-are-safe-idUSBRE96R0DA20130728>>.
- BRAITHWAITE, John. 2008. *Regulatory Capitalism*. Cheltenham: Edward Elgar.
- BRAITHWAITE, John, and DRAHOS, Peter. 2000. *Global Business Regulation*. Oxford University Press.
- BUHMANN, Karen. 2018. 'Neglecting the Proactive Aspect of Due Diligence?' 3 *Business and Human Rts Jnl* 23.
- CHARLESWORTH, Hilary and LARKING, Emma (eds). 2015. *Human Rights and the Universal Periodic Review: Rituals and Ritualism*. Cambridge University Press.
- CLARKE, Julia, et al. 1999. 'Use of corporate social disclosures' 8(1) *Business Ethics* 5.

- CLAESON, B. 2019. 'Making rights effective in public procurement supply chains: Lessons learned from the electronics sector' in Martin-Ortega, O. and O'Brien, M (eds). 2019. *Public Procurement and Human Rights: Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as a Buyer*. 192
- CLEAN CLOTHES CAMPAIGN. 2005. 'Looking for a Quick Fix: How weak social auditing is keeping workers in sweatshops' < <https://cleanclothes.org/resources/publications/05-quickfix.pdf/view>>.
- CLEAN CLOTHES CAMPAIGN. 2009. 'Cashing in: Giant retailers, purchasing practices, and working conditions in the garment industry' < <https://cleanclothes.org/resources/publications/cashingin.pdf/view>>
- COALITION OF IMMOKALEE WORKERS (CIW) 'Slavery in the Field and the Food we eat': <http://ciwonline.org/Resources/tools/general/10Slavery%20in%20the%20Fields.pdf>
- CROWTHER, David. 2017. *A Social Critique of Corporate Reporting: A Semiotic Analysis of Corporate Financial and Environmental Reporting: A Semiotic Analysis of Corporate Financial and Environmental Reporting*. Abingdon: Routledge.
- DAVID, Fiona et al. 2012. 'Harnessing the power of business to eliminate Modern Slavery', Walk Free Foundation. dePiazza, Samuel and Eccles, Robert. 2002. *Building Public Trust: the future of Corporate Reporting*. Wiley.
- ETHICAL TRADING INITIATIVE, 'Auditing working conditions' <<http://www.ethicaltrade.org/issues/auditing-working-conditions>> (ETI Auditing Working Conditions).
- EY. 2016. 'Human Rights and Professional Wrongs: Rethinking Corporate Social Compliance in the Supply Chain' (Ernst and Young Global 2016): [https://www.eycomstg.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY\\_-\\_Human\\_rights\\_and\\_professional\\_wrongs/\\$FILE/ey-Social-compliance-and-human-rightsreport.pdf](https://www.eycomstg.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY_-_Human_rights_and_professional_wrongs/$FILE/ey-Social-compliance-and-human-rightsreport.pdf).
- FAIR WORK OMBUDSMAN. 2018. *An inquiry into the procurement of cleaners in Tasmanian supermarkets*, <https://www.fairwork.gov.au/reports/inquiry-into-the-procurement-of-cleanersin-tasmanian-supermarkets/download-pdf>
- FORD, Cristie and CONDON, Mary, (eds.). 2011. 'New Governance and the Business Organisation' 33(4) *Law and Policy* (Special Issue). Ford, Cristy. 2005. 'Toward a new model of Securities Law enforcement' 57 *Administrative Law Rev.* 757.
- FORD, Jolyon, ISLAM Azizul M., and NOLAN, Justine. 2019. 'Regulating Transparency and Disclosures on Modern Slavery in Global Supply Chains' (Melbourne: CPA Australia).
- FORD, Jolyon and O'BRIEN, Claire. (2019). 'Domestic institutionalisation of business and human rights: national protection systems amid transnational dynamics' *Nordic Journal of Human Rights* (Special Issue on National Protection Systems, Jensen, Lagoutte and Lorion (eds.) (forthcoming).

- FORD, Jolyon and NOLAN, Justine. 2017. 'Written Submission to Parliamentary Joint Committee on Foreign Affairs and Trade on 'Proposals for a Modern Slavery Act in Australia'' (August 2017).
- FORD, Jolyon. 2018. 'Can consumers and market actors 'regulate' corporate reporting on Modern Slavery risk?' (Blog) (Business and Human Rights Resource Centre, London, December 2018).
- FORD, Jolyon. 2015. 'Business and Human Rights: bridging the governance gap'. London: Chatham House.
- FORD, Jolyon. 2015b. *Regulating Business for Peace*. Cambridge Univ. Press.
- FORMENTINI, Marco and TATTICHI, Paulo. 2016. 'Corporate sustainability approaches and governance mechanisms in sustainable supply chain management 112 *Journal of Cleaner Production* 1920-1933.
- FRANSEN, Luc and LEBARON, Genevieve. 2018. 'Big audit firms as regulatory intermediaries in transnational labor governance' 13(2) *Regulation and Governance* 260-279.
- GOND, Jean-Pascal and HERRBACH, Olivier. 2006. 'Social Reporting as an organisational Learning tool? A theoretical framework' 65 *Journal of Business Ethics* 359.
- GOVINDAN, Kannan et al (eds). 2016. 'Embedding Sustainability Dynamics in Supply Chain Relationship Management and Governance Structures' Special Issue 112(3) *Journal of Cleaner Production* 1813-2144.
- GRABOSKY, Peter. 2017. 'Meta-regulation' in Drahos, Peter (ed.) *Regulatory Theory*. Canberra: ANU Press.
- GRABOSKY, Peter. 1995. 'Using Non-Governmental Resources to Foster Regulatory Compliance' 8 *Governance* 527-550.
- GRAY, Robert, et al. 1995. 'Corporate social and environmental reporting: a review of the literature and a longitudinal study of UK disclosure' 8(2) *Accounting, Auditing & Accountability Journal* 47.
- GUNNINGHAM, Neil and HOLLEY, Cameron. 2010. *Bringing the R word back: Regulation, Environment and NRM*. ASSA.
- GUNNINGHAM, Neil et al. 2004. 'Social License and Environmental Protection' 29(2) *Law & Social Inquiry* 307.
- HARRISON, James. 2013. 'Establishing a meaningful human rights due diligence process for corporations: learning from experience of human rights impact assessment' 31(2) *Impact Assessment and Project Appraisal* 107-117.
- HODGES, Christopher. 2015. *Law and Corporate Behaviour: Integrating Regulation, Enforcement, and Ethics*. Oxford: Hart.

- HOLLEY, Cameron. 2017. 'Environmental Regulation and Governance' in Drahos, Peter (ed.) *Regulatory Theory*. Canberra: ANU Press.
- HOUSE OF LORDS, House of Commons Joint Committee on Human Rights, *Human Rights and Business 2017: Promoting responsibility and ensuring accountability*, Sixth Report of Session 2016–17 HL PAPER 153, HC 443 (5 April 2017) <https://www.publications.parliament.uk/pa/jt201617/jtselect/jtrights/443/443.pdf> (UK Joint Committee Report).
- HUMAN RIGHTS WATCH. 2016. 'Human Rights in Supply Chains: a call for a binding global standard on due diligence' (New York: Human Rights Watch).
- HUMAN RIGHTS WATCH. 22 April 2015. 'Whoever Raises their Head Suffers the Most': Workers' Rights in Bangladesh's Garment Factories' <https://www.hrw.org/report/2015/04/22/whoever-raises-their-head-suffers-most/workersrights-bangladeshs-garment>
- IOANNOU, Ioannis and SERAFEIM, George. 2017. 'Consequences of Corporate Sustainability Reporting' RWP No. 11-100. Cambridge MA: Harvard Business School.
- IHRB 2011. 'The State of Play of HRDD: anticipating the next five years' Vol. 1. London: Institute for Human Rights and Business.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION. (ILO). 2016. 'Fishers first: Good practices to end labour exploitation at sea' <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_515365.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_515365.pdf)> .
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION. (ILO). 2016. 'Workplace Compliance in Global Supply Chains, ILO.
- KENWAY E. 2019. 'FLEX welcomes recommendations to give Modern Slavery Act "transparency" requirement more teeth', Labour Exploitation, <<https://labourexploitation.org/news/flex-welcomes-recommendations-give-modern-slaveryact-transparency-requirement-more-teeth>>.
- KINDERMAN, Daniel. 2016. 'Time for a Reality Check' 35(1) *Policy & Society* 29.
- LABOWITZ, Sarah and BAUMANN-PAULY, Dorothée. 2014. 'Business-as-Usual is not an option: supply chains and sourcing after Rana Plaza'. New York: NYU Stern School.
- LANDAU, I. 2019. 'Human rights due diligence and the risk of cosmetic compliance' *Melbourne Journal of International Law* Vol 20 222-247.
- LEBARON, G. and LISTER J. 2016. 'SPERI Global Political Economy Brief No. 1: Ethical Audits and the Supply Chains of Global Corporations', Sheffield Political Economy Research Institute, University of Sheffield < <http://speri.dept.shef.ac.uk/wpcontent/uploads/2016/01/Global-Brief-1-Ethical-Audits-and-the-Supply-Chains-of-Global-Corporations.pdf>>

- LEBARON, G. and LISTER J. 2015. 'Benchmarking global supply chains: the power of the 'ethical audit' regime' 41(5) *Review of International Studies* 905 – 924.
- LEBARON, G., Lister J. and DAUVERGNE. 2017. 'Governing Global Supply Chain Sustainability through the Ethical Audit Regime' *Globalizations* 1-18.
- LOCKE, R. 2013. *The promise and limits of private power: Promoting labor standards in a global economy* Cambridge, Cambridge University Press.
- LOCKE, R., AMENGUAL and MANGLA A. 2009. 'Virtue out of Necessity? Compliance, Commitment, and the Improvement of Labor Conditions in Global Supply Chains' 37(3) *Politics & Society* 319.
- LOCKE, R.M. and ROMIS, M. 2007. 'Improving working conditions in a global supply chain' *MIT Sloan Management Review* 48 (2).
- LOZANO, Rodrigo et al. 2016. 'Elucidating the relationship between Sustainability Reporting and Organisational Change Management for Sustainability' 125 *Journal of Cleaner Production* 168-188.
- LUNDAN, Sarianna, and MUCHLINKSI, Peter. 2012. 'Human Rights Due Diligence in Global Value Chains' New Policy Challenges for European Multinationals, *Progress in International Business Research* Vol. 7. Emerald Group.
- MACDONALD, Kate. 2014. *The politics of global supply chains: Power and governance beyond the state* Cambridge Polity Press.
- MARES, Radu. 2018. 'Corporate Transparency laws: a 'hollow victory'? 36(3) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 189-213.
- MARTIN-ORTEGA, Olga. 2014. 'Human rights due diligence for corporations: from voluntary standards to hard law at last?' 32(1) *Netherlands Quarterly of Human Rights*.
- MCCORQUODALE, Robert, et al. 2017. 'Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises' 2(2) *Business and Human Rights Journal* 195-224.
- MCPHAIL, Ken and FERGUSON, John. 2016. 'The past, present and future of accounting for human rights' 29(4) *Accounting, Auditing & Accountability Journal* 526.
- MCKINSEY and Co. 2019. 'Fashion's new must-have: sustainable sourcing at scale' Report on Apparel CPO Survey (1 October 2019).
- MELISH, Tara and MEIDINGER, Errol. 2012. 'Protect, Respect, Remedy and Participate': new governance lessons for the Ruggie framework' in MARES, Radu (ed.) *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*. Martinus Nijhoff.

- MINISTER. 2018. (The Hon. Alex Hawke MP), ‘Second Reading Speech of the Modern Slavery Bill 2018’ House of Representatives, Commonwealth of Australia, *Parliamentary Debates* 6754–6757, 28 June 2018.
- MUCHLINSKI, Peter. 2012. ‘Implementing the new UN corporate human rights framework’ 22(1) *Business Ethics Quarterly* 145-177.
- NARINE, Marcia. 2015. ‘Disclosing disclosure’s defects: corporate responsibility for human rights impact’ 47 *Columbia Human Rts. LRev* 84.
- NEW, Stephen. 2015. ‘Modern slavery and the supply chain: the limits of CSR?’ 20(6) *Supply Chain Management* 697.
- NOLAN, Justine and BOTT, Geoffrey. 2018. ‘Global supply chains and human rights: forced labour and modern slavery’ 24(1) *Aus. Jnl Human Rts.* 44.
- NOLAN, Justine. 2014 ‘Refining the rules of the game: the corporate responsibility to respect human rights’ 30 *Utrecht Jnl. Intl Law* 7.
- NOLAN, Justine. 2016. ‘Mapping the Movement: the regulatory framework for business and human rights’ in Baumann-Pauly, Dorothée and Nolan, Justine (eds.) *Business and Human Rights: From Principles to Practice*. Abingdon: Routledge.
- NOLAN, Justine and BOERSMA M. 2019. *Addressing Modern Slavery UNSW Press*.
- OPBR. 2012. ‘Influencing consumer behaviour: Improving regulatory design’. Canberra: Office of Best Practice Regulation.
- OECD. 2016. ‘Due Diligence Guidance for responsible supply chains of minerals from conflict-affected and high-risk areas’ 3rd Edition. Paris: OECD. <https://www.oecd.org/corporate/mne/mining.htm>
- OECD DUE DILIGENCE GUIDANCE FOR RESPONSIBLE SUPPLY CHAINS IN THE GARMENT AND FOOTWEAR SECTOR. 2017.
- OHCHR. 2012. ‘The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide’. Geneva: Office of the UN High Commissioner for Human Rights.
- O’ROURKE, Dara. 2006. ‘Multi-stakeholder regulation: privatizing or socializing global labor standards?’ 34(5) *World Development* 899, 907.
- OSTROM, Elinor. 2010. ‘Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems’ 2(2) *Transnational Corporations Review* 1.
- OUTHWAITE, Opi. and MARTIN-ORTEGA, Olga. 2019. ‘Worker-driven monitoring – Redefining supply chain monitoring to improve labour rights in global supply chains’ Vol. 23(4) *Competition and Change*, 378.
- PARKER, Christine. 2002. *The Open Corporation*. Cambridge University Press.

- PEKDEMIR, C., GLASBERGEN P. and CÖRVERS R. 2015. 'On the transformative capacity of private fair labour arrangements' in Axel Marx, Jan Wouters, Glenn Rayp, Laura Beke (eds), *Global Governance of Labour Rights: Assessing the Effectiveness of Transnational Public and Private Policy Initiatives* (Edward Elgar Publishing).
- PHILLIPS, Nicola, LE BARON, Genevieve and WALLIN, Sarah. 2018. 'Mapping and measuring the effectiveness of labour-related disclosure requirements for global supply chains' Research Department Working Paper No. 32. Geneva: ILO.
- POWER, Michael. 1999. *The Audit Society: Rituals of Verification*. Oxford University Press.
- PRENKERT, Jamie and SHACKLEFORD, Scott. 2014. 'Business, Human Rights and the Promise of Polycentricity' *Vanderbilt Jnl of Transnational Law* 451-498.
- REINECKE J. and DONAGHEY J. 2015. 'The 'Accord for Fire and Building Safety in Bangladesh' in response to the Rana Plaza disaster' in AXEL Marx, JAN Wouters, GLENN Rayp, LAURA Beke (eds), *Global Governance of Labour Rights: Assessing the Effectiveness of Transnational Public and Private Policy Initiatives* Edward Elgar Publishing.
- RITCHEY, R. Glenn et al. 2010. 'Exploring a governance theory of supply chain management' 31(1) *Journal of Business and Logistics* 237-256.
- RUGGIE, John. 2013. *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. New York: Norton.
- RUGGIE, John. 2014. 'Global Governance and 'New Governance' Theory: Lessons from Business and Human Rights' 20 *Global Governance* 4
- RUGGIE, John and SHERMAN, John. 2017. 'The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply' 28(3) *European Journal of International Law* 921-928.
- SHIFT. 2013. 'From Audit to Innovation: Advancing Human Rights in Global Supply Chains'.
- SOUTER, Geoffrey et al. 1995. 'A Management Perspective on Business Ethics' 14 *Jnl of Business Ethics* 603.
- TAYLOR, Mark. 2011. 'The Ruggie Framework: Polycentric regulation and the implications for Corporate Social Responsibility' 5(1) *Nordic Journal of Applied Ethics* 9.
- TERWINDT, C. and ARMSTRONG, A. 2019. 'Oversight and accountability in the social auditing industry: the role of social compliance initiatives' *International Labour Review* Vol. 158 No. 2 245-272.
- UK GOVERNMENT. 2019. 'Independent review of the *Modern Slavery Act* 2015: Final Report' (UK Government, 22 May 2019): <https://www.gov.uk/government/publications/independentreview-of-the-modern-slavery-act-final-report>.

- UK GOVERNMENT. 2015. *Transparency in Supply Chains: A Practical Guide* (2015) ([www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/471996/Transparency\\_in\\_Supply\\_Chains\\_etc\\_\\_A\\_practical\\_guide\\_final\\_.pdf](http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/471996/Transparency_in_Supply_Chains_etc__A_practical_guide_final_.pdf)).
- UNGA. 2017 *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises* United Nations General Assembly (18 July 2017), UN Doc A/72/162 (UN Working Group).
- UNGA. 2018. ‘Corporate human rights due diligence – emerging practices, challenges and ways forward’ *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises* United Nations General Assembly (16 October 2018), UN Doc A/73/163 (UN Guidance).
- UTTING, P. 2014. ‘Multistakeholder regulation of business: Assessing the pros and cons’ in Rob Van Tulder, Alain Verbeke, Roger Strange (eds) *International Business and Sustainable Development (Progress in International Business Research, Volume 8)* Emerald Group Publishing Limited.
- VAUGHAN-WHITEHEAD, D. and CARO, LP. 2017. ‘Purchasing Practices and Working Conditions in Global Supply Chains: Global Survey Results’, International Labour Organization.
- VERITE. July 2018. ‘Gap Inc: Employing Workers’ Sense of Value as a Key Performance Indicator (KPI) to Drive Facility Improvement in Social Responsibility’: <https://www.verite.org/wp-content/uploads/2018/08/Verite-Gap-Inc-Employing-Workers-SOV-as-KPI.pdf>
- WORLD BANK. 2003. “Strengthening Implementation of Corporate Social Responsibility in Global Supply Chains”, available at: [http://siteresources.worldbank.org/INTPSD/Resources/CSR/Strengthening\\_Implementatio.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTPSD/Resources/CSR/Strengthening_Implementatio.pdf).

**Publicado originalmente em** (2020) 26(1) *Australian Journal of Human Rights* e 1 [2020] *University of New South Wales Faculty of Law Research Series (UNSWLRS)* 29.

**Tradução:** Mariana Bernardi Esteves, Rafael de Oliveira Honorio, Julia Bauli Lima, Antonio Sestito Neto, Ligia Paula Pires Pinto e José Antonio Siqueira Pontes.

**Revisão técnica:** Ligia Paula Pires Pinto e José Antonio Siqueira Pontes.

## SOBRE OS AUTORES:

### Jolyon Ford

Associate Dean (International, 2017) at Australian National University, once Associate Fellow of the Royal Institute for International Affairs, London (Chatham House) and Research Associate of the Global Economic Governance programme at the University of Oxford's Blavatnik School of Government. Also held a senior role at Oxford Analytica. worked in the federal public service, intergovernmental organisation, academia, civil society, the private sector and freelance consulting. Holds degrees from the University of KwaZulu-Natal (South Africa), Cambridge University, and the ANU. Legal Practitioner in New South Wales. Among other works, author of *Regulating Business for Peace* (Cambridge University Press, 2015); *Business and Human Rights: bridging the governance gap* (Chatham House, London, 2015); *Business and Human Rights: emerging challenges to consensus and coherence* (Chatham House, London, 2015); *Investing in Stability: can extractive-sector development help build peace?* (Chatham House, London, 2015).

### Justine Nolan

Professor in the Faculty of Law at UNSW Sydney. Visiting Professorial Scholar at NYU's Stern Center for Business and Human Rights. Research with focuses on the intersection of business and human rights, in particular, corporate responsibility for human rights and modern slavery. Co-authored the book *Addressing Modern Slavery* (UNSW Press, 2019). Other recent publications include *The International Law of Human Rights* (OUP, 2017) and *Business and Human Rights: From Principles to Practice* (Routledge, 2016). Teaches international human rights law and related courses on global law, development, globalisation and business and human rights, closely working with business and civil society and has been a key driver of the Australian business and human rights movement. In 2019 awarded 'Academic of the Year' at the Australian Law Awards. From 2016-2019, Associate Dean Academic at UNSW Law.

# ESTONIA'S SUCCESS AND CHILE'S FAILURE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF CRYPTOCURRENCY REGULATIONS AND THE IMPACT ON ANTI MONEY LAUNDERING IN ESTONIA AND CHILE

---

O SUCESSO DA ESTÔNIA E O FRACASSO DO CHILE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA REGULAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS E SEUS IMPACTOS NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO NA ESTÔNIA E NO CHILE

# ESTONIA'S SUCCESS AND CHILE'S FAILURE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF CRYPTOCURRENCY REGULATIONS AND THE IMPACT ON ANTI MONEY LAUNDERING IN ESTONIA AND CHILE

## O SUCESSO DA ESTÔNIA E O FRACASSO DO CHILE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA REGULAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS E SEUS IMPACTOS NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO NA ESTÔNIA E NO CHILE

---

**MONET VALDEZ**

California Western School of Law

Email: MValdez@law.cwsl.edu

---

**Abstract:** This Article is a critical analysis of the lack of cryptocurrency regulations in Chile and offers gains Chile may have by implementing Estonia's pro-cryptocurrency approach. Additionally, the absence of regulations in Chile is examined through the comparative lens of Chile and Estonia's global ranking in anti-money laundering. Part A begins with a brief introduction to blockchain and financial technology. Parts B and C will discuss Estonia's and Chile's existing crypto attitudes. Part D will include recent histories of anti-money laundering efforts of both Estonia and Chile. Part E will assess other factors that may also be impacting Estonia's decrease and Chile's increase in economic crimes—like money laundering. Finally, Part F will discuss whether a “one size fits all” approach works, and, particularly, if Estonia's success could transfer to a high-risk country like Chile through the adoption of pro-cryptocurrency legislation.

**Keywords:** anti-money laundering, blockchain, cryptocurrency, FinTech, distribution ledger, Chile, Estonia.

**Resumo:** Este artigo oferece uma análise crítica da falta de regulamentações de criptomoedas no Chile e o que este país poderia ganhar seguindo a abordagem pró-criptomoeda da Estônia. Além disso, a ausência de regulação no Chile é analisada com lentes comparativas da posição do Chile e da Estônia do ranking global de combate à lavagem de dinheiro. A Parte A começa com uma breve introdução ao blockchain e à tecnologia financeira. As partes B e C discutirão a legislação de criptomoedas existente, ou a falta dela, no Chile e na Estônia. A Parte D tratará da história recente de esforços anti-lavagem de dinheiro da Estônia e do Chile. A Parte

E examinará mais de perto outros fatores que também podem estar impactando a redução, na Estônia, e o aumento, no Chile, de crimes econômicos como a lavagem de dinheiro. Finalmente, a Parte F será uma discussão sobre se uma abordagem “padrão único” funcionaria e, particularmente, se o sucesso da Estônia poderia ser transferido para um país de alto risco como o Chile por meio da adoção de legislação pró-criptomoedas.

**Palavras-chave:** anti-lavagem de dinheiro, blockchain, criptomoeda, FinTech, registro de distribuição, Chile, Estônia.

## Introduction

Picture this: the year is 1983. Microsoft Word has just launched. NASA’s STS-7 Mission, carrying the first female astronaut, Sally Ride, came home safely. Most notably, the Super Mario Bros. video game was released on Nintendo. Teenagers were listening to Bonnie Tyler and The Police, chain-smoking the cigarette pack that only cost them 80 cents - all while contemplating the future that will surely have flying cars and robot armies. While neither flying cars nor robot armies have come to fruition, the early 2000s did see the birth of something arguably even more futuristic — cryptocurrency.

Following the global recession of 2008, Bitcoin and other cryptocurrencies gained traction all over the world as people lost trust in traditional banking systems.<sup>1</sup> The modern era is still not sure how to feel about it. An alternative to central bank-backed (fiat) money, cryptocurrency appeals to many because of its anonymity. A combination of “financial technology,” the word “fintech” describes new tech that seeks to improve and automate the delivery and use of financial services.<sup>2</sup> However, cryptocurrency also worries lawmakers because that same anonymity may enable fraudsters to launder money under the radar. This is because cryptocurrencies are so unregulated and not yet fully understood by legislators. Cryptocurrencies are only now beginning to report to financial institutions, but only in countries where effective regulations are actually in place. Some countries either do not have regulations in place, or do not permit cryptocurrency at all. Those that do not permit cryptocurrencies take the stance against it in an effort to fight money laundering and other economic crimes.

1 *Latest Developments in FinTech*, FINTECH WEEKLY, <https://www.fintechweekly.com/fintech-definition> (last visited Aug. 24, 2020).

2 Julia Kagan, *Financial Technology – FinTech*, INVESTOPEDIA, <https://www.investopedia.com/terms/f/fintech.asp> (last updated June 25, 2019).

This Paper will examine the different prescriptions of Estonia and Chile regarding cryptocurrency and the effect their stance has on anti-money laundering (AML) efforts. Whereas Estonia supports cryptocurrency and is consistently ranked among the countries with the lowest risk of money laundering, Chile is anti-cryptocurrency and is seeing a steady increase in money laundering. According to the Basel Index, the only independent, research-based index that ranks countries according to their risk of money laundering and terrorism financing using related factors, out of 125 countries, Chile ranks at 104 and Estonia ranks 125.<sup>3</sup> Position 125 represents the country with the lowest risk, placing Estonia in first place in the fight against money laundering.

Part A will feature a brief and overly simplified introduction to cryptocurrency and blockchain technology. Parts B and C will discuss the respective regulations in place for cryptocurrency in both Estonia and Chile. Part D will include Estonia's and Chile's recent histories of money laundering efforts. Part E will take a closer look at other factors that may also be influencing Estonia's decrease and Chile's increase in economic crimes like money laundering. Finally, Part F will be a discussion about whether a "one size fits all" approach works, and, particularly, if Estonia's success could transfer to a high-risk country like Chile through the adoption of pro-cryptocurrency legislation.

### **Part A: A brief introduction to cryptocurrency**

"Cryptocurrency is an internet-based medium of exchange which uses cryptographical functions to conduct financial transactions."<sup>4</sup> In English, cryptocurrency is a workaround from large banking institutions and their fees. It promotes transparency and decentralization with the collaboration of one large network, a peer-to-peer system working off of transactions called a blockchain.<sup>5</sup> While the idea behind autonomous financial transactions has been around for decades, the cryptocurrency craze did not take off until 2008 when Satoshi Nakamoto<sup>6</sup> published a paper explaining Bitcoin, just one type of cryptocurrency, releasing the technology to the world shortly thereafter.<sup>7</sup> Since its release, many governmental agencies, powerhouse businesses, and investors around the world have strived to understand the complexities that make up cryptocurrency and

3 INT'L CTR. FOR ASSET RECOVERY, BASEL AML INDEX 2019 A COUNTRY RANKING AND REVIEW OF MONEY LAUNDERING AND TERRORIST FINANCING RISKS AROUND THE WORLD 5-6 (Basel Institute on Governance, Basel, Switz. 2019), <https://www.baselgovernance.org/sites/default/files/2019-08/Basel%20AML%20Index%202019.pdf>.

4 Ameer Rosic, *What is Cryptocurrency? [Everything You Need To Know!]*, BLOCKGEEKS, <https://blockgeeks.com/guides/what-is-cryptocurrency/> (last visited Aug. 24, 2020) (explaining the basics of crypto technology and its origins using various media sources).

5 *Id.*

6 Satoshi Nakamoto is a pseudonymous group who published *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, a paper which details blockchain benefits, transactions, and protection against double spending. *Who Is Satoshi Nakamoto?*, COINDESK, <https://www.coindesk.com/information/who-is-satoshi-nakamoto> (last visited Aug. 24, 2020).

7 One of the solutions Nakamoto proposes is a time stamp server within the blockchain, which Nakamoto provides a working formula for. Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, BITCOIN, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (last visited Aug. 24, 2020); see also Brian Martucci, *What is Cryptocurrency – How it Works, History & Bitcoin Alternatives*, MONEY CRASHERS, <https://www.moneycrashers.com/cryptocurrency-history-bitcoin-alternatives/> (last visited Aug. 24, 2020).

blockchain. In other words, it is not for the faint of heart. For example, the International Monetary Fund (IMF) and the World Bank created a cryptocurrency sandbox learning environment as a joint venture in an effort to dissect and test blockchain technologies.<sup>8</sup> Due to the speed at which cryptocurrency is developing and its increased popularity, world leaders are faced with the tough decision to either support cryptocurrency, a financial system that is not attached to any regulated bank, or to implement roadblocks to slow or prevent its development.

Some countries such as Australia, Canada, and the United States take a more positive stance toward cryptocurrency and have developing legislation in place.<sup>9</sup> While they do support it, these countries are still attempting to define cryptocurrency so as to be able to regulate it and prevent cryptocurrency from operating under the radar of governmental agencies.<sup>10</sup> Although technically autonomous, blockchain transactions do interact with several agencies, particularly in Canada.<sup>11</sup> In Canada, the Canadian Securities Administrators (CSA) released an informative notice regarding cryptocurrency offerings.<sup>12</sup> The notice explains Canada's implementation of a four prong test to determine if an investment contract exists when the initial offering is made with a virtual currency.<sup>13</sup> Additionally, because cryptocurrency transactions are considered "business income" in Canada, the transactions fall under the purview of the Canada Revenue Agency and are subject to AML laws.<sup>14</sup> This means that Bitcoin, along with other cryptocurrencies, must report to and keep records for some financial institutions in Canada, thus curtailing some of that anonymity.

Cryptocurrency continues to draw both skeptics and supporters and has since its inception. One of the most popular issues raised against cryptocurrencies, like Bitcoin, is that cryptocurrency should meet a licensing requirement.<sup>15</sup> However, the problem with granting licensure to cryptocurrencies without fully understanding the operation is that potential risks of cryptocurrencies are not fully addressed or mitigated under the current infrastructures of payment systems.<sup>16</sup> The question posed is whether it would be possible for the system of one payment

8 Ana Berman, *IMF and World Bank Launch Quasi-Cryptocurrency in Exploration of Blockchain Tech*, COINTELEGRAPH (Apr. 14, 2019), <https://cointelegraph.com/news/imf-and-world-bank-launch-quasi-cryptocurrency-in-exploration-of-blockchain-tech>.

9 Prableen Bajpai, *Countries Where Bitcoin is Legal & Illegal (DISH, OTSK)*, INVESTOPEDIA (May 9, 2019), <https://www.investopedia.com/articles/forex/041515/countries-where-bitcoin-legal-illegal.asp>.

10 *Id.*

11 *Id.*

12 Canada Securities Administrators, *CSA Staff Notice 46-307 Cryptocurrency Offerings* (Aug. 24, 2017), [http://research.osc.gov.on.ca/ld.php?content\\_id=34149486](http://research.osc.gov.on.ca/ld.php?content_id=34149486).

13 *Id.*

14 *Guide for Cryptocurrency Users and Tax Professionals*, GOV'T OF CAN. (June 27, 2019), <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/programs/about-canada-revenue-agency-cra/compliance/digital-currency/cryptocurrency-guide.html>.

15

To date, there has been no clarity about either the legal basis for granting such authorizations [licensing] or about their potential risks and implications for the conventional payment systems. As is the case with many legal issues, making a determination on issuing such an authorization or license often boils down to whether cryptocurrency exchanges can fall within the definitional parameters of *payment institution*.

Hossein Nabilou, *The Dark Side of Licensing Cryptocurrency Exchanges as Payment Institutions*, Vol. 14:1, L. & FIN. MKS REV. 39-47 (June 2019), <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17521440.2019.1626545>.

16 *Id.* (describing the need for a legal basis in order to effectively grant licensing to cryptocurrencies without upsetting the current parameters).

infrastructure to have the ability to regulate an entirely different payment infrastructure. Another point the skeptic makes says that cryptocurrency enables money laundering.<sup>17</sup> This relates back to the first argument in that there is a severe lack of oversight and regulation to cryptocurrency. In particular, the Securities and Exchange Commission (SEC) and the Internal Revenue Service (IRS) in the United States posit that the risk for fraud and manipulation is large because of the absence of regulation like in traditional markets.<sup>18</sup> Additionally, the New York Department of Financial Services (NYDFS) has cited its own concerns that “[cryptocurrency] serv[e] as a money changer of choice for terrorists, drug smugglers, illegal weapons dealers, money launderers, and human traffickers [and] could expose the virtual currency industry to extraordinarily serious criminal penalties.”<sup>19</sup>

Autonomy, on the other hand, is part of cryptocurrency’s very appeal. Supporters of cryptocurrency emphasize the exciting possibilities for peer-to-peer payment systems, money transmission, mobile payment systems, and investment opportunities.<sup>20</sup> Furthermore, blockchain technology defenders argue that it is not as risky as some say. Blockchain uses cryptography and provides users with a private and public key to encrypt and decrypt transactions.<sup>21</sup> Both camps feel strongly about virtual currencies and countries continue to develop regulations accordingly.

## Part B: The pro crypto legislation of Estonia

While Estonia is not feature prominently in media or popular culture, the small country is a prosperous digitalized society with one of the highest literacy rates in the world at 99.89%.<sup>22</sup> Estonia faced conquest from both Nazi Germany and the U.S.S.R. throughout the 20th century.<sup>23</sup> Estonia’s independence was recognized in August of 1991 and formally adopted a constitution in June of 1992, joining the European Union (EU) in 2004.<sup>24</sup> In 2011, Estonia replaced its currency with the Euro and incorporated it with operations of the Bank of Estonia, drawing major foreign investments from Sweden and Finland.<sup>25</sup>

17

Regulations often fail to affect such virtual currencies due to lack of foresight by the regulation writers, creating a legal gray area. Thus, criminals can continue to capitalize on technological innovation to bolster their illegal activities. Money laundering is one par[t]icular criminal craft that stands to benefit from technological advancement.

Danton Bryans, *Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution*, 89 IND. L. J. 441-72 (2014).

18 Judge Herbert B. Dixon Jr. (Ret.), *Cryptocurrency: The Next Step in the Noncash Era*, 58 JUDGES’ J., no. 4 (Fall 2019), [https://www.americanbar.org/groups/judicial/publications/judges\\_journal/2019/fall/cryptocurrency-next-step-the-noncash-era/](https://www.americanbar.org/groups/judicial/publications/judges_journal/2019/fall/cryptocurrency-next-step-the-noncash-era/).

19 V. G. Comizio, *Virtual Currencies: Growing Regulatory Framework and Challenges in the Emerging Fintech Ecosystem*, 21 N.C. BANKING INST. 131, 147 (2017) (quoting Rob Wile, *New York Will Be Holding Hearings on Bitcoin*, BUSINESS INSIDER (Nov. 4, 2013, 2:43 P.M.), <http://www.businessinsider.com/new-york-to-hold-hearings-on-bitcoin-2013-11>).

20 See Nabilou, *supra* note 15.

21 Jared Cotton, *Sending A Bit More Coin Home? An Analysis of Retail User Protection in Bitcoin Remittance Markets*, 49 VICTORIA U. OF WELLINGTON L. REV. 107,131 (2018).

22 *Estonia Education and Literacy*, UNESCO, <http://uis.unesco.org/en/country/ee?theme=education-and-literacy> (last visited Apr. 17, 2020).

23 Arno Artur Kõörna & James H. Bater, *Estonia*, BRITANNICA, <https://www.britannica.com/place/Estonia/Independence-lost> (last updated Aug. 18, 2020).

24 *European Community: Declaration on Yugoslavia and the Guidelines on the Recognition of New States*, 31 INT’L LEGAL MATERIALS 1485,1487 (1992).

25 U.S. DEP’T OF STATE, 2019 INVESTMENT CLIMATE STATEMENT: ESTONIA (2019), <https://www.state.gov/reports/2019-investment->

As a highly digitalized society, Estonia is supportive of crypto users. Estonia employs several safeguards against cryptocurrency being used to commit fraud and launder money. These regulations include several levels of governmental agencies working together. This Paper will coin the term “trickle-down finance laws.” Beginning with the global scope, the Financial Action Task Force (FATF) is “an independent inter-governmental body that develops and promotes policies to protect the global financial system against money laundering....”<sup>26</sup> The official FATF Recommendations are recognized by the global community as AML standards.<sup>27</sup> In June 2019, the FATF updated their Recommendations to include the “goal of managing and mitigating the risks reemerging from virtual assets....”<sup>28</sup> Additionally, the FATF suggested that countries should regulate virtual asset service providers by ensuring that they are licensed, registered, and subject to AML laws and other relevant FATF Recommendations.<sup>29</sup>

In June 2018, the EU passed the Directive (EU) 2018/843, also known as the “5AMLD,” amending the prior four versions.<sup>30</sup> This document is the EU’s primary directive against money laundering and terrorism financing.<sup>31</sup> The Directive is the second layer of the trickle-down finance laws that Estonia uses to combat money laundering. The 5AMLD gives EU Member States the authority to require that countries with high-risk of money laundering have additional mitigating measures in place before any business transactions or relationships are formed.<sup>32</sup> The development of cryptocurrencies also led to adding new definitions for “virtual currencies” and “custodian wallet providers” in the 5AMLD.<sup>33</sup> Furthermore, new regulations in the Directive took a cue from the FATF by requiring that providers of exchange services between virtual currencies be registered.<sup>34</sup> To keep up with the development of blockchain and other FinTech impacts, 5AMLD will release a report every three years beginning in 2022 to assess the Directive’s success.<sup>35</sup>

Finally, at the local level of the trickle-down finance laws, Estonia enacted the Money Laundering and Terrorism Financing Prevention Act (MLTFPA) in 2007.<sup>36</sup> Estonia saw a busy

---

climate-statements/estonia/ [hereinafter INVESTMENT CLIMATE STATEMENT].

26 *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations*, FATF 2012-2019, (FATF Paris, Fr.) updated June 2019, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf> [hereinafter *FATF Recommendations*].

27 *Id.*

28 *Id.*

29 *Id.*

30 Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council, amending Directive (EU) 2015/849, on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, *Official Journal of the European Union*, May 20, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=EN> [hereinafter Directive (EU) 2018/843].

31 *Id.*

32 *Id.*

33 *Id.*

34 *Id.*

35 *Id.*

36 Protocol for the Money Laundering and Terrorist Financing Prevention Act, Oct. 26, 2017, Republic of Estonia Riigikogu, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/509012020001/consolide> [hereinafter MLTFPA].

year in 2019, where it both incorporated the EU's 5AMLD into its national law, and proposed amendments with stricter requirements for virtual currencies to its own regulations. The proposed amendments came as a direct response to Estonian case law. In 2014, Otto de Voogd, owner of a bitcoin trading platform BTC.ee, was ordered by an Estonian Financial Intelligence Unit (FIU) to provide client information, arguing that his crypto business was subject to Estonian AML laws.<sup>37</sup> Voogd filed suit against the FIU claiming, among other things, that the FIU was overreaching and expanding the MLTFPA scope under § 6(4) and that he did not meet the definition of an “obliged entity” and should therefore not be subject to the MLTFPA requirements of disclosure.<sup>38</sup> The case reached the Estonian Supreme Court. In a landmark decision, the Court sided with the FIU and relied on the definition of an “alternative means of payment service provider” to include Voogd and his crypto business, thereby upholding the Estonian law.<sup>39</sup>

In January 2020, the MLTFPA successfully amended the proposed stricter requirements.<sup>40</sup> They went into effect on March 10, 2020 for virtual currency service providers.<sup>41</sup> There are four relevant parts to the amendment.<sup>42</sup> First, management must now verify whether crypto businesses are established in a “European Economic Area” or with an “e-resident” through compulsory identification mandates.<sup>43</sup> Second, crypto businesses must appoint a Compliance Officer with the competence, means and access to relevant information across all the structural units of the business under § 17 of the MLTFPA.<sup>44</sup> Third, the registered office of the crypto business, the seat of the management board, and the place of business must be in Estonia, or a foreign company may be operating in Estonia through a branch which is registered in the commercial register and has its registered office and head office in Estonia.<sup>45</sup> Lastly, crypto businesses must have an existing payment account with a credit or payment institution in Estonia or a contracting state of the European Economic Area.<sup>46</sup> According to Pritt Lätt, contributor to Global Legal Insights and who is a renowned specialist in cryptocurrencies, crypto finance, and the Founder of the Estonian Cryptocurrency Association, “[t]he main

37 *Otto Albert de Voogd v. Police and Border Guard Board* [2019] Sup. Ct. Admin. Board Ct. Decision, (appeal taken from Tallinn Cir. Ct.) [hereinafter *Voogd*]. See also Pritt Lätt, *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020 Estonia* (Oct. 23, 2019), <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/estonia> [hereinafter Pritt Lätt].

38 Anne Veerpalu, *Decentralized Technology and Technology Neutrality in Legal Rules: An Analysis of De Voogd and Hedqvist*, 11 *BALTIC J. OF L. & POL.* 69. (2018).

39 See *Voogd*, *supra* note 37.

40 See MLTFPA, *supra* note 36.

41 Sorainen is “a fully integrated regional business law firm with offices throughout the region, in Estonia, Latvia, Lithuania, and Belarus[]” that was founded in 1995. The law firm specializes in business and tax law in the Baltic States and has experts in Fintech licensing processes and compliance assessment. Reimo Hammerberg & Krista Ševerev, *Estonian Anti-Money Laundering Law is Due to Implement Stricter Requirements for Virtual Currency Service Providers*, SORAINEN (Feb. 3, 2020), <https://www.sorainen.com/publications/estonian-anti-money-laundering-law-is-due-to-implement-stricter-requirements-for-virtual-currency-service-providers/>.

42 *Id.*

43 *Id.*

44 *Id.*

45 *Id.*

46 *Id.*

area that will create a struggle for crypto-businesses in Estonia is the banks, i.e. opening a bank account and operating payments, as the banks are quite s[k]eptical when it comes to cryptocurrency.<sup>47</sup> An interesting note is that Pritt Lätt was the attorney that represented Voogd in the landmark case discussed above.

Estonia is making it difficult for would-be money launderers and abusers of cryptocurrency to go undetected. With its employment of trickle-down finance laws, Estonia casts a wide net of protection. All this while simultaneously attracting foreign investors by being a renowned digitalized community that accepts virtual currencies. The success that Estonia enjoys can be attributed to their highly adaptive legal system that chooses to dissect cryptocurrency, blockchain, and other FinTech initiatives in order to implement effective regulations.

### **Part C: Chile's blind eye**

While Estonia has set forth extensive regulations to prevent individuals and businesses alike from money laundering or committing other fraud through cryptocurrency transactions, Chile has chosen an altogether different path. Known for its long strip of land that borders the Pacific Ocean in South America, Chile spent many years under Spanish rule. Conquistadores did not find the wealth they found in Peru, as Chile had no gold nor a high civilization.<sup>48</sup> After years of struggling for autonomy, Chile gained its independence in 1810.<sup>49</sup> Currently, Chile is part of the Pacific Alliance with Mexico, Peru, and Colombia.<sup>50</sup> The Pacific Alliance is an initiative of regional integration established on April 28, 2011.<sup>51</sup> The primary goals of the initiative are moving progressively toward the free mobility of goods, services, resources and people by driving further development and competitiveness, and becoming a platform of political, economic, and commercial integration.<sup>52</sup>

The official bank of the country is the Central Bank of Chile (BCC); the BCC implements the internal banking policies of the Chilean government.<sup>53</sup> Cryptocurrencies are not currently recognized by Chile's monetary system.<sup>54</sup> Additionally, Chile has no regulations in place for crypto exchanges, nor any that stop people from exchanging their cryptocurrencies for goods or services.<sup>55</sup> In other words, cryptocurrency clearly exists in Chile, whether in small numbers or

47 See Pritt Lätt, *supra* note 37.

48 Paul W. Drake & César N. Caviedes, *Chile*, BRITANNICA (April 14, 2020), <https://www.britannica.com/place/Chile/Recreation#ref25247>.

49 *Id.*

50 See *What is the Pacific Alliance*, PACIFIC ALLIANCE <https://alianzapacifico.net/en/what-is-the-pacific-alliance/> (last visited Apr. 17, 2020).

51 *Id.*

52 *Id.*

53 See generally *Banco Central de Chile* [Central Bank of Chile], <https://www.bcentral.cl/web/banco-central/inicio> (last visited May 21, 2020).

54 Fatir Malik, *Chile's Bitcoin and Crypto Regulations Will Send Shock Waves Across the World*, BLOCKPUBLISHER (Apr. 24, 2019), <https://blockpublisher.com/chiles-bitcoin-and-crypto-regulations-will-send-shock-waves-across-the-world/>.

55 Janneke Eriksen, *The Current State of Chile's Cryptocurrency Regulations*, CRYPTOCURRENCY365 (May 27, 2018), <https://>

not. However, Chile has not set up protections against the risks that come with the technology, choosing instead to ignore it altogether.

Fatir Malik, electrical engineer turned blockchain developer, writes of Chile's resistance to FinTech in *Block Publisher*, an independent blockchain and cryptocurrency news publication.<sup>56</sup> Historically, Chile has often been criticized for being “old school” when it comes to development in FinTech.<sup>57</sup> Instead, Chilean banks have taken the position that regulations at this time are unimportant because there are such few crypto users in the country.<sup>58</sup> Tensions between the state owned banks and crypto businesses have escalated to the point that Chilean banks, such as BancoEstado, closed crypto accounts without explanation, seemingly attempting to curtail crypto development.<sup>59</sup> This forced the Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Chile's anti-monopoly court, to get involved in mid-2018, who granted protection to local cryptocurrency exchanges by forcing banks to keep the accounts open.<sup>60</sup>

However, in December 2018, the Chilean Supreme Court handed down a decision supporting BancoEstado and reversing the Santiago Court of Appeal's decision.<sup>61</sup> While the lower court ordered protection for crypto businesses' bank accounts, the Chilean Supreme Court sided with Chilean banks, writing that BancoEstado's policies did not violate any constitutional rules and therefore their actions could not be seen as illegal.<sup>62</sup> The presiding judge addressed the problem with the lack of crypto regulations in his decision.<sup>63</sup> Cryptocurrencies cannot be seen as a legitimate currency because they are not backed or regulated by any governmental agency.<sup>64</sup> Additionally, the Court went on to say that banks have a duty to report any suspicious activity that hints at money laundering under AML laws, and a bank may not be able to report to the fullest extent if they host crypto accounts that do not disclose information.<sup>65</sup> This decision was closely followed by the global media and many scrutinized the Court for siding with national banks instead of promoting development and legislation for the FinTech sector in Chile. The *OrionX* decision is similar to the *Voogd* decision in Estonia in that they both involved crypto businesses and called into question the existing crypto regulations, or in Chile's case, the lack thereof. One of the major differences, however, is that the *Voogd* decision upheld Estonian

---

[www.cryptocurrency365.com/news/the-current-state-of-chiles-cryptocurrency-regulations/](http://www.cryptocurrency365.com/news/the-current-state-of-chiles-cryptocurrency-regulations/).

56 See Malik, *supra* note 54.

57 *Id.*

58 *Id.*

59 See Eriksen, *supra* note 55.

60 See Malik, *supra* note 54.

61 *OrionX SPA contra del Banco del Estado de Chile/OrionX v. BancoEstado*, Chilean Supreme Court, 3d Chamber (Chile 2018) [hereinafter *OrionX v. BancoEstado*]. See also Jimmi Aki, *Chilean Supreme Court Backs Bank's Closure of Crypto Exchange Account*, CCN (Dec. 6, 2018), <https://www.ccn.com/chilean-supreme-court-backs-banks-closure-of-crypto-exchange-account/>.

62 See *OrionX v. BancoEstado*, *supra* note 61.

63 *Id.*

64 J. Shiraz, *Chilean Supreme Court Orders OrionX Exchange to Halt Ongoing Crypto Operations*, BITCOINEXCHANGEGUIDE (Dec. 6, 2018), <https://bitcoinexchangeguide.com/chilean-supreme-court-orders-orionx-exchange-to-halt-ongoing-crypto-operations>

65 See *OrionX v. BancoEstado*, *supra* note 61.

cryptocurrency laws rendering them effective in monitoring crypto businesses who do not want to disclose information. The *OrionX* decision sided with the banks' closure of crypto accounts because no cryptocurrency laws are in place.

Despite the blow to cryptocurrency with the Chilean Supreme Court's decision and after months of legal drama, Chile's tone toward cryptocurrency is seeing a change. In April 2019, Chile's Finance Minister, Felipe Larraín, introduced legislation to the Chilean Parliament on regulating cryptocurrencies—seemingly a direct response to the legal battle between Chilean banks and crypto businesses.<sup>66</sup> Speaking to media outlets, Larraín was quoted as saying, “[r]egulation of these platforms would mitigate some of the risks, such as money laundering and terrorist financing, and increase the legal certainty with which they operate.” Larraín seems to be open to the innovative development of blockchain while being explicitly aware of the risks ignored without any regulations in place. The bill may face the most opposition from the Chilean Association of Banks (ABIF), as banks have said, “[our] policy [is] not to deal with companies involved in the cryptocurrency sector.”<sup>67</sup>

Chile is part of the Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC), “a regional economic forum established in 1989 to leverage the growing interdependence of the Asia-Pacific.”<sup>68</sup> Made up of twenty-one member nations, including the United States, Russia, Mexico, and China, Chile is only one of two South American members.<sup>69</sup> APEC produced the Osaka Action Agenda in 1995.<sup>70</sup> Members of APEC must adhere to the guidelines to implement a strategic economic roadmap.<sup>71</sup> The Osaka Action Agenda is comprised of the Bogor Goals, which APEC outlines as:

When APEC Leaders gathered in Bogor, Indonesia in 1994, they committed to achieve free and open trade and investment by 2010 for industrialized economies and by 2020 for developing economies. APEC members agreed to pursue this goal by further reducing barriers to trade and investment and by promoting the free flow of goods, services and capital. These targets became known as the “Bogor Goals,” an ambitious manifestation of APEC’s common belief that free and open trade and investment are essential to realize the growth potential of the region and enhance economic and social outcomes for all APEC economies.<sup>72</sup>

In 2018, APEC published its biannual assessment of members' progress with regard to the Bogor Goals. In its report, it assessed Chile's performance, highlighting Chile's accomplishments

66 Adrian Zmudzinski, *Chilean Government Introduces New Cryptocurrency and Fintech Regulation Bill to Congress*, COINTELEGRAPH (Apr. 21, 2019), <https://cointelegraph.com/news/chilean-government-introduces-new-cryptocurrency-and-fintech-regulation-bill-to-congress>.

67 See Aki, *supra* note 61. See also *Asociación de Bancos e Instituciones Financieras A.G.* (ABIF), BNAmericas, <https://www.bnamericas.com/en/company-profile/asociacion-de-bancos-e-instituciones-financieras-ag-abif> (last visited May 21, 2020).

68 See *What is Asia-Pacific Economic Cooperation?*, ASIA-PACIFIC ECON. COOPERATION, <https://apec.org/About-Us/About-APEC> (last visited Apr. 17, 2020).

69 *Id.*

70 *Id.*

71 *Id.*

72 See *Assessment of Achievements of the Bogor Goals*, ASIA-PACIFIC ECON. COOPERATION, <https://www.apec.org/About-Us/About-APEC/Achievements-and-Benefits/Bogor-Goals>, (last visited Aug. 26, 2020). See generally APEC Policy Support Unit, *APEC's Bogor Goals Progress Report-2018*, APEC#218-SE-01.18, APEC Secretariat, <https://www.apec.org/Publications/2018/11/APEC-Bogor-Goals-Progress-Report> (last visited Apr. 17, 2020) [hereinafter APEC Policy Support Unit].

as well as areas for improvement. Of significance, APEC noted no change in Chile's foreign investment regime since 2016.<sup>73</sup> This is important to cryptocurrency because without change in this particular area, Chile is missing out on foreign investment from crypto businesses or crypto users, which could be a source of significant funding to aid in Chilean development.

In October 2019, APEC held a Finance Ministers' Meeting in Santiago, Chile under Larraín's Chairmanship. In a joint Ministerial Statement, Larraín was quoted, Efficient, innovative, and competitive financial markets are important for continued growth. We acknowledge that technological innovation can deliver significant benefits to the financial system and the broader economy. New technologies can strengthen the work of financial supervision and regulation that may be applied to a wide range of industries within the APEC region to facilitate and improve compliance. However, we are mindful of the risks that digitalization poses such as security concerns, including those related to anti-money laundering matters or data confidentiality, and gaps in levels of readiness and capacities.<sup>74</sup>

Larraín seems liberal when it comes to FinTech and supports the innovative concept. However, he is acutely aware of the risk of money laundering that could accompany blockchain technology. It is obvious by the Joint Ministerial Statement that APEC has given their full support to Chile's development of cryptocurrency legislation.

Interestingly, in their assessment, APEC commented that Chile, as is often the case, was chosen as a "pilot economy" for some new initiatives in a few different sectors.<sup>75</sup> This is undoubtedly an exciting time for Chile. If Chile's Parliament accepts and implements cryptocurrency legislation, Chile opens the door to investors from abroad given its successful record in attracting foreign direct investment over the years.<sup>76</sup> Additionally, they would be putting deterrents in place against any would-be money laundering frauds. As of this writing, it remains to be seen what kind of fight the courts, banks, or other interested parties may put up against the FinTech sector. What is clear, however, is that Chile's eyes are no longer closed to the realm of possibilities that cryptocurrency offers.

#### **Part D: Anti-money laundering efforts**

Most countries have their own set of AML laws and usually employ FATF Recommendations in some form or another. Chile and Estonia are two countries that have their own extensive AML infrastructure to defend themselves against fraud. According to the FATF website, Estonia is not a listed Member but adheres to the European Commission's laws, who is a listed Member.<sup>77</sup> Likewise, Chile is not a listed FATF Member.<sup>78</sup> However, both Estonia

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> Asia-Pacific Economic Cooperation, Ministerial Declaration of 7 December 2019, APEC Doc. [https://www.apec.org/Meeting-Papers/Sectoral-Ministerial-Meetings/Finance/2019\\_finance](https://www.apec.org/Meeting-Papers/Sectoral-Ministerial-Meetings/Finance/2019_finance).

<sup>75</sup> See APEC Policy Support Unit, *supra* note 72.

<sup>76</sup> Antonio De La Jara, *Foreign Investment in Chile Surges Due to New Law: Government*, REUTERS (July 11, 2018), <https://www.reuters.com/article/us-chile-investment-idUSKBN1K12NO>.

<sup>77</sup> See generally Financial Action Task Force, <https://www.fatf-gafi.org> (last visited Apr. 17, 2020).

<sup>78</sup> *Id.*

and Chile are part of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), and so indirectly observe the Recommendations.<sup>79</sup> Chile also belongs to the Financial Action Task Force of Latin America (GAFILAT).<sup>80</sup> This organization is different from the FATF in that, “GAFILAT enables regional factors to be taken into account in the implementation of anti-money laundering measures.”<sup>81</sup>

The FATF Recommendations were established in 1989 with the FATF Recommendations coming out in 1990.<sup>82</sup> Elsewhere in the world, Mexico’s Sinaloa Cartel formed in 1990 and Colombia’s Medellin Cartel formed in 1976, the latter of which gained power was at its height in the 80s and early 1990s.<sup>83</sup> These two powerful cartels were making billions of dollars in the sale and production of drugs, which saw a sharp increase in the early 1990s.<sup>84</sup> The creation of the FATF may have been a direct response to the severe increase in money laundering. In 1996, the FATF standards were revised for the first time to extend the scope beyond only drug related money laundering.<sup>85</sup> Then, in October 2001 just after the terror attacks of September 11, 2001, the standards were revised again to include terrorism financing.<sup>86</sup> Finally, the standards were revised once more in 2012 to include new techniques being used in money laundering, such as cryptocurrency trends.<sup>87</sup> The revisions of 2012 highlight the intergovernmental concern that cryptocurrency will create new money laundering opportunities.

Chile and Estonia are both Members of the FATF with good reason as they both rely heavily on their FIUs, who are ultimately derived from the FATF Recommendations. The Chilean Financial Intelligence Unit (Unidad de Análisis Financiero (UAF)), was created by Act. No.19.913, known as the Chilean Anti-Money Laundering Act.<sup>88</sup> Article 3 of the Chilean Anti-Money Laundering Act imposes a duty on financial institutions to appoint an official or compliance officer responsible for relations with the Financial Intelligence Unit.<sup>89</sup> The compliance officer monitors the implementation of money laundering policies.<sup>90</sup> The UAF

79 See *Chile Signs Up as First OECD Member in South America*, OECD (Nov. 1, 2010), <http://www.oecd.org/chile/chilesignsupasfirstoecdmemberinsouthamerica.htm>. See also *Estonia and the OECD*, OECD (Dec. 9, 2010), <http://www.oecd.org/estonia/estoniaandtheoecd.htm>.

80 See Financial Action Task Force of Latin America (GAFILAT), FAFTA, <https://www.fatf-gafi.org/pages/gafilat.html> (last visited Apr. 17, 2020).

81 *Id.*

82 See FATF Recommendations, *supra* note 26.

83 *Sinaloa Cartel*, TERRORISM RESEARCH & ANALYSIS CONSORTIUM, <https://www.trackingterrorism.org/group/sinaloa-cartel> (last visited Apr. 17, 2020). See also CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, MEXICO: ORGANIZED CRIME AND DRUG TRAFFICKING ORGANIZATIONS R41576 (updated July 28, 2020), <https://fas.org/sgp/crs/row/R41576.pdf>.

84 See *Trends in World Drug Markets*, U.N. OFFICE OF DRUGS AND CRIME (July 4, 2005), [https://www.unodc.org/pdf/WDR\\_2005/volume\\_1\\_chap1\\_dynamics.pdf](https://www.unodc.org/pdf/WDR_2005/volume_1_chap1_dynamics.pdf).

85 *Money Laundering and the Financing of Terrorism*, EGMONT PRINCIPLES GROUP, <https://www.egmontgroup.org/en/content/money-laundering-and-financing-terrorism> (last visited Apr. 17, 2020).

86 *Id.*

87 *Id.*

88 Act No. 19.913, Financial Intelligence Unit, Government of Chile, *Chilean Legislation ALA/CFT*, Official Diary (Dec. 18, 2003), [https://www.uaf.cl/legislacion/nuestra\\_ley.aspx](https://www.uaf.cl/legislacion/nuestra_ley.aspx).

89 *Id.*

90 *Id.*

is an independent body and related to the Chilean Government through the Public Treasury Secretary (Ministerio de Hacienda).<sup>91</sup> The UAF has the duty of requesting, receiving, analyzing, and forwarding to competent criminal prosecution authorities any financial information that arouses suspicions of money laundering activities, similar to the duties of Estonian FIUs.<sup>92</sup> Additionally, the UAF can also provide information directly to the courts that are dealing with asset laundering cases just as Estonian FIUs monitor and assist with money laundering cases.<sup>93</sup>

Both Estonia and Chile are listed Members of the Egmont Group, which is described on their website as:

... a united body of 164 Financial Intelligence Units (FIUs). The Egmont Group provides a platform for the secure exchange of expertise and financial intelligence to combat money laundering and terrorist financing (ML/TF). This is especially relevant as FIUs are uniquely positioned to cooperate and support national and international efforts to counter terrorist financing and are the trusted gateway for sharing financial information domestically and internationally in accordance with global Anti Money Laundering and Counter Financing of Terrorism (AML/CFT) standards [of the FATF].<sup>94</sup>

Additionally, Estonia is a Non-permanent Member of the United Nations Security Council who will begin their term of Presidency in May 2020.<sup>95</sup> Estonia ran their campaign for a seat on the United Nations Security Council by advocating the need for creative e-solutions.<sup>96</sup> Chile is also a Non-permanent Member of the United Nations Security Council.<sup>97</sup> As Members, both countries agree to the Security Council Resolution 1617 (SR1617).<sup>98</sup> Under Paragraph 7, the SR1617 “[s]trongly urges all Member States to implement the comprehensive, international standards embodied in the Financial Action Task Force’s (FATF) Forty Recommendations on Money Laundering and the FATF Nine Special Recommendations on Terrorist Financing.”<sup>99</sup> Again, the FATF’s most recent revisions illustrate concerns that crypto exchanges enable money laundering. Chile’s absence of cryptocurrency regulations—to safeguard against fraud—is inconsistent with messaging from the OECD, the Security Council, and the FATF.

## Part E: Investigating other potential factors

Chile and Estonia belong to many of the same organizations or have counterparts in their respective countries. Because of this, it is important to examine other relevant factors that

91 *Id.*

92 *See Anti-Money Laundering Forum*, Central Authority for Reporting, [https://www.anti-moneylaundering.org/South\\_America/Chile.aspx](https://www.anti-moneylaundering.org/South_America/Chile.aspx) (last visited Apr. 17, 2020). *See generally* Chilean Financial Intelligence Unit/Unidad de Análisis Financiero, <https://www.uaf.cl/acerca/quehacemos.aspx> (last visited Apr. 17, 2020).

93 *See Anti-Money Laundering Forum*, *supra* note 92.

94 *See About*, Egmont Group, <https://egmontgroup.org/en/content/about> (last visited Apr. 17, 2020).

95 *See Current Members*, U.N. SECURITY COUNCIL, <https://www.un.org/securitycouncil/content/current-members> (last visited Apr. 17, 2020) [hereinafter *Current Members*].

96 *Estonia at the UN Security Council 2020-2021*, PERMANENT MISSION OF EST. TO THE U.N., <https://un.mfa.ee/un-security-council/campaign/> (last visited Apr. 17, 2020).

97 *See Current Members*, *supra* note 95.

98 S.C. Res. 1617, ¶ 7 (July 25, 2005).

99 *Id.*

may be impacting money laundering increases. There are three relevant factors that should be investigated: (1) personal income tax rate; (2) population; and (3) land size. This section will explain why each factor is worth looking into and discuss the potential for impact from each.

The OECD defines personal income tax “as the taxes levied on the net income (gross income minus allowable tax reliefs) and capital gains of individuals.”<sup>100</sup> As of 2020, Estonia, one of the most competitive tax systems, has a flat rate of 20 percent on personal income.<sup>101</sup> Since 2004, the percentage amount has decreased annually.<sup>102</sup> What this means is whether an Estonian is earning \$30,000 a year or \$100,000 a year, their personal income tax rate is 20 percent. Additionally, in Estonia any foreign income is tax exempt.<sup>103</sup> In comparison, Chile’s income tax structure increases up to 35.50 percent depending on earnings.<sup>104</sup> For example, an income between \$58,945.52 and \$75,787.10 in Chile would be subject to 23 percent, which surpasses Estonia’s 20 percent flat tax rate.<sup>105</sup> Further, an income of \$101,049.46 or more is taxable at the rate of 35.50 percent.<sup>106</sup> Chile’s tax structure applies to residents or foreign workers on all worldwide income.<sup>107</sup> Whereas in Estonia laundering money might not be worth the risk because personal income is getting taxed 20 percent no matter the earnings, Chile is a country where its wealthy citizens have more incentive to launder money due to the high personal income tax rate.

Population and land size between Chile and Estonia demonstrate a large gap. First, whereas Chile’s population is 18.7 million, Estonia’s population is 1.3 million.<sup>108</sup> Secondly, Chile’s land size is 756,102 square kilometers which dwarfs Estonia’s 45,228 square kilometers.<sup>109</sup> Estonia is one of the world’s smallest countries at roughly twice the size of New Jersey, while Chile is just less than twice the size of Montana.<sup>110</sup>

Not only do Chile’s and Estonia’s population and land size vary greatly, but the dispersion of their population among their land does, too. Much of Chile’s long strip of land is uninhabitable, and 90% of the population is located near the capital of Santiago, while Estonia

100 See *Tax on Personal Income*, OECD, <https://data.oecd.org/tax/tax-on-personal-income.htm>, (last visited Aug. 29, 2020).

101 See *Tax Rates*, REPUBLIC OF ESTONIA TAX AND CUSTOMS BOARD, (Feb. 20, 2020), <https://www.emta.ee/eng/business-client/income-expenses-supply-profits/tax-rates> [hereinafter *Tax Rates*]; Andrew Lundeen & Kyle Pomerleau, *Estonia Has the Most Competitive Tax System in the OECD*, TAX FOUNDATION, (Sept. 29, 2014), <https://taxfoundation.org/estonia-has-most-competitive-tax-system-oecd/>.

102 *Tax Rates*, *supra* note 101.

103 Lundeen & Pomerleau, *supra* note 101.

104 See *Chile Personal Income Tax Rates*, PWC Worldwide Tax, (June 2, 2020), <https://taxsummaries.pwc.com/chile/individual/taxes-on-personal-income>.

105 *Id.*

106 *Id.*

107 *Id.*

108 Rep. of the United Nations Development Programme, Human Development Reports, *Population*, June 17, 2019.

109 *South America Chile*, CIA, [https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print\\_ci.html](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print_ci.html) (last visited Apr. 17, 2020). See also *Estonia*, CIA, [https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print\\_en.html](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print_en.html) (last visited Apr. 17, 2020).

110 *Id.*

enjoys a fairly even distribution of their population throughout the country.<sup>111</sup> These country conditions are relevant because Chile's law enforcement and government are policing criminals, such as drug traffickers and money launderers, among a significantly larger population and have much more land to cover. In other words, Estonia's law enforcement is not as inundated as Chile's. This could play a significant role in the monitoring of money laundering.

A lack of cryptocurrency regulations might only be one of the factors contributing to Chile's increase in money laundering. Likewise, the factors listed above may actually be helping Estonia's supervision of money laundering within its borders. Estonia is a small country with impactful legislation in place derived from the European Union. Chile is also neighbors with some of the most prolific drug trafficking countries, such as Colombia and Peru, which make up 90% and 6% respectively of cocaine sales in the United States mainland alone.<sup>112</sup> Further analysis is needed into what percentage of Chile's money laundering is traced back to drug trafficking. Additionally, Estonia has a complicated relationship with Russia next door. While the Basel Index is a detailed account of countries statistical AML efforts, it would be interesting to see how the rankings would look if small and large countries were only pitted against other small and large countries, rather than globally.

### **Part F: Can one size fit all?**

Estonia is seeing success in the realm of AML because it is implementing global laws, EU laws, and it has heavy cryptocurrency regulations in place. Estonia embraces virtual wallet users and alternative forms of payments, making it one of the leading countries in Eastern and Central Europe regarding foreign direct investment per capita.<sup>113</sup> Although cryptocurrency and foreign investment brings its share of risks, Estonia's complex network of FIUs and trickled-down finance laws maintain order. Estonia continues to actively engage with cryptocurrency.

Chile has been resistant to cryptocurrencies. Chilean national banks have shown distaste for the innovative technology. The Chilean Supreme Court, as evidenced by their decision in the *OrionX* case, has its hands tied due to the lack of laws in place. Estonia has a large net to cast in an effort to catch criminals who may be tempted to launder money through blockchain technology. Chile turned a blind eye for too long by pretending that cryptocurrency did not exist. Even so, crypto businesses such as Cryptomarket, Buda, and Zawadi operate within its borders and facilitate millions of dollars' worth of transactions.<sup>114</sup> Without cryptocurrency regulations, Chile has no deterrents in place for crypto users that may be tempted to launder money.

111 *Id.*

112 U.S. DEP'T OF JUSTICE DRUG ENFORCEMENT ADMIN., NATIONAL DRUG THREAT ASSESSMENT (Dec. 2019), [https://www.dea.gov/sites/default/files/2020-01/2019-NDTA-final-01-14-2020\\_Low\\_Web-DIR-007-20\\_2019.pdf](https://www.dea.gov/sites/default/files/2020-01/2019-NDTA-final-01-14-2020_Low_Web-DIR-007-20_2019.pdf).

113 See 2019 INVESTMENT CLIMATE STATEMENT, *supra* note 25.

114 Jacob Atkins, 8 *Chilean Startups Banking on Disruptive Blockchain Solutions*, CONXTXTO (Sept. 5, 2019), <https://www.contxto.com/en/market-map/8-chilean-startups-banking-on-disruptive-blockchain-solutions/>.

If Chile fully embraces cryptocurrency, as Finance Minister Larraín proposes, internal organizations could be formed to better understand the technology and the impacts it could have on Chile's economy, for better or worse. Some Chilean organizations are already embracing blockchain, making the unresolved lack of legislation even more urgent.<sup>115</sup> By ignoring FinTech developments, Chile could be losing out on trade, foreign investors, and general financial competitiveness. Chile has much to gain by employing Estonia's pro-cryptocurrency attitude. Following Estonia's model, Chile could prosper as a prominent South American digitalized country that supports innovation, all while implementing policies to combat money laundering. It was Eric Hoffer, an American philosopher who was awarded the Presidential Medal of Freedom in 1983, who said, "[i]n a world of change, the Learners shall inherit the earth, while the Learned shall find themselves perfectly suited for a world that no longer exists."

## References

- Act No. 19.913, Financial Intelligence Unit, Government of Chile, *Chilean Legislation ALA/CFT*, Official Diary (Dec. 18, 2003), [https://www.uaf.cl/legislacion/nuestra\\_ley.aspx](https://www.uaf.cl/legislacion/nuestra_ley.aspx).
- Adrian Zmudzinski, *Chilean Government Introduces New Cryptocurrency and Fintech Regulation Bill to Congress*, COINTELEGRAPH (Apr. 21, 2019), <https://cointelegraph.com/news/chilean-government-introduces-new-cryptocurrency-and-fintech-regulation-bill-to-congress>.
- Ameer Rosic, *What is Cryptocurrency? [Everything You Need To Know!]*, BLOCKGEEKS, <https://blockgeeks.com/guides/what-is-cryptocurrency/> (last visited Aug. 24, 2020)
- Ana Berman, *IMF and World Bank Launch Quasi-Cryptocurrency in Exploration of Blockchain Tech*, COINTELEGRAPH (Apr. 14, 2019), <https://cointelegraph.com/news/imf-and-world-bank-launch-quasi-cryptocurrency-in-exploration-of-blockchain-tech>.
- Andrew Lundeen & Kyle Pomerleau, *Estonia Has the Most Competitive Tax System in the OECD*, TAX FOUNDATION, (Sept. 29, 2014), <https://taxfoundation.org/estonia-has-most-competitive-tax-system-oecd/>.
- Anne Veerpalu, *Decentralized Technology and Technology Neutrality in Legal Rules: An Analysis of De Voogd and Hedqvist*, 11 BALTIC J. OF L. & POL. 69. (2018).

<sup>115</sup> Jacob Atkins, *18 Fintechs in Chile Transforming the Financials Industry*, CONXTTO (June 26, 2019), <https://www.conxtto.com/en/market-map/17-fintech-startups-adding-diversity-to-the-chilean-ecosystem/>.

- Anti-Money Laundering Forum*, Central Authority for Reporting, [https://www.anti-moneylaundering.org/South\\_America/Chile.aspx](https://www.anti-moneylaundering.org/South_America/Chile.aspx) (last visited Apr. 17, 2020).
- Antonio De La Jara, *Foreign Investment in Chile Surges Due to New Law: Government*, REUTERS (July 11, 2018), <https://www.reuters.com/article/us-chile-investment-idUSKBN1K12NO>.
- APEC-Asia-Pacific Economic Cooperation. Policy Support Unit, *APEC's Bogor Goals Progress Report-2018*, APEC#218-SE-01.18, APEC Secretariat, <https://www.apec.org/Publications/2018/11/APEC-Bogor-Goals-Progress-Report> (last visited Apr. 17, 2020)
- Arno Artur Kööri & James H. Bater, *Estonia*, BRITANNICA, <https://www.britannica.com/place/Estonia/Independence-lost> (last updated Aug. 18, 2020).
- APEC-Asia-Pacific Economic Cooperation, Ministerial Declaration of 7 December 2019, APEC Doc. [https://www.apec.org/Meeting-Papers/Sectoral-Ministerial-Meetings/Finance/2019\\_finance](https://www.apec.org/Meeting-Papers/Sectoral-Ministerial-Meetings/Finance/2019_finance).
- Asociación de Bancos e Instituciones Financieras A.G. (ABIF)*, BNAMERICAS, <https://www.bnamericas.com/en/company-profile/asociacion-de-bancos-e-instituciones-financieras-ag-abif> (last visited May 21, 2020).
- Assessment of Achievements of the Bogor Goals*, ASIA-PACIFIC ECON. COOPERATION, <https://www.apec.org/About-Us/About-APEC/Achievements-and-Benefits/Bogor-Goals>, (last visited Aug. 26, 2020).
- Banco Central de Chile* [Central Bank of Chile] , <https://www.bcentral.cl/web/banco-central/inicio> (last visited May 21, 2020).
- Brian Martucci, *What is Cryptocurrency – How it Works, History & Bitcoin Alternatives*, MONEY CRASHERS, <https://www.moneycrashers.com/cryptocurrency-history-bitcoin-alternatives/> (last visited Aug. 24, 2020).
- Canada Securities Administrators, *CSA Staff Notice 46-307 Cryptocurrency Offerings* (Aug. 24, 2017), [http://research.osc.gov.on.ca/ld.php?content\\_id=34149486](http://research.osc.gov.on.ca/ld.php?content_id=34149486).
- Chile Personal Income Tax Rates*, PWC Worldwide Tax, (June 2, 2020), <https://taxsummaries.pwc.com/chile/individual/taxes-on-personal-income>.
- Chile Signs Up as First OECD Member in South America*, OECD (Nov. 1, 2010), <http://www.oecd.org/chile/chilesignsupasfirstoecdmemberinsouthamerica.htm>.
- Chilean Financial Intelligence Unit/Unidad de Análisis Financiero, <https://www.uaf.cl/acerca/quehacemos.aspx> (last visited Apr. 17, 2020).
- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, MEXICO: ORGANIZED CRIME AND DRUG TRAFFICKING ORGANIZATIONS R41576 (updated July 28, 2020), <https://fas.org/sgp/crs/row/R41576.pdf>.

- Current Members*, U.N. SECURITY COUNCIL, <https://www.un.org/securitycouncil/content/current-members> (last visited Apr. 17, 2020)
- Danton Bryans, *Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution*, 89 IND. L. J. 441-72 (2014).
- Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council, amending Directive (EU) 2015/849 and Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, *Official Journal of the European Union*, May 20, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=EN>
- Edgmont Group, <https://egmontgroup.org/en/content/about> (last visited Apr. 17, 2020).
- Estonia and the OECD*, OECD (Dec. 9, 2010), <http://www.oecd.org/estonia/estoniaandtheoecd.htm>.
- Estonia at the UN Security Council 2020-2021*, PERMANENT MISSION OF EST. TO THE U.N., <https://un.mfa.ee/un-security-council/campaign/> (last visited Apr. 17, 2020).
- Estonia Education and Literacy*, UNESCO, <http://uis.unesco.org/en/country/ee?theme=education-and-literacy> (last visited Apr. 17, 2020).
- Estonia*, CIA, [https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print\\_en.html](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print_en.html) (last visited Apr. 17, 2020).
- European Community: Declaration on Yugoslavia and the Guidelines on the Recognition of New States*, 31 INT'L LEGAL MATERIALS 1485,1487 (1992).
- Fatir Malik, *Chile's Bitcoin and Crypto Regulations Will Send Shock Waves Across the World*, BLOCKPUBLISHER (Apr. 24, 2019), <https://blockpublisher.com/chiles-bitcoin-and-crypto-regulations-will-send-shock-waves-across-the-world/>.
- Financial Action Task Force of Latin America (GAFILAT), FAFTA, <https://www.fatf-gafi.org/pages/gafilat.html> (last visited Apr. 17, 2020).
- Financial Action Task Force, <https://www.fatf-gafi.org> (last visited Apr. 17, 2020).
- Guide for Cryptocurrency Users and Tax Professionals*, GOV'T OF CAN. (June 27, 2019), <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/programs/about-canada-revenue-agency-cra/compliance/digital-currency/cryptocurrency-guide.html> .
- Hossein Nabilou, *The Dark Side of Licensing Cryptocurrency Exchanges as Payment Institutions*, Vol. 14:1, L. & FIN. MKS REV. 39-47 (June 2019), <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17521440.2019.1626545>.
- INT'L CTR. FOR ASSET RECOVERY, BASEL AML INDEX 2019 A COUNTRY RANKING AND REVIEW OF MONEY LAUNDERING AND TERRORIST FINANCING RISKS AROUND THE WORLD 5-6 (Basel Institute on Governance, Basel, Switz. 2019), <https://www.baselgovernance.org/sites/default/files/2019-08/Basel%20AML%20Index%202019.pdf>.

- International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations*, FATF 2012-2019, (FATF Paris, Fr.) updated June 2019, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>
- J. Shiraz, *Chilean Supreme Court Orders OrionX Exchange to Halt Ongoing Crypto Operations*, BITCOINEXCHANGEGUIDE (Dec. 6, 2018), <https://bitcoinexchangeguide.com/chilean-supreme-court-orders-orionx-exchange-to-halt-ongoing-crypto-operations>.
- Jacob Atkins, *18 Fintechs in Chile Transforming the Financials Industry*, CONXTTO (June 26, 2019), <https://www.conxtto.com/en/market-map/17-fintech-startups-adding-diversity-to-the-chilean-ecosystem/>.
- Jacob Atkins, *8 Chilean Startups Banking on Disruptive Blockchain Solutions*, CONXTTO (Sept. 5, 2019), <https://www.conxtto.com/en/market-map/8-chilean-startups-banking-on-disruptive-blockchain-solutions/>.
- Janneke Eriksen, *The Current State of Chile's Cryptocurrency Regulations*, CRYPTOCURRENCY365 (May 27, 2018), <https://www.cryptocurrency365.com/news/the-current-state-of-chiles-cryptocurrency-regulations/>.
- Jared Cotton, *Sending A Bit More Coin Home? An Analysis of Retail User Protection in Bitcoin Remittance Markets*, 49 VICTORIA U. OF WELLINGTON L. REV. 107,131 (2018).
- Jimmi Aki, *Chilean Supreme Court Backs Bank's Closure of Crypto Exchange Account*, CCN (Dec. 6, 2018), <https://www.ccn.com/chilean-supreme-court-backs-banks-closure-of-crypto-exchange-account/>.
- Judge Herbert B. Dixon Jr. (Ret.), *Cryptocurrency: The Next Step in the Noncash Era*, 58 JUDGES' J., no. 4 (Fall 2019), [https://www.americanbar.org/groups/judicial/publications/judges\\_journal/2019/fall/cryptocurrency-next-step-the-noncash-era/](https://www.americanbar.org/groups/judicial/publications/judges_journal/2019/fall/cryptocurrency-next-step-the-noncash-era/).
- Julia Kagan, *Financial Technology – FinTech*, INVESTOPEDIA, <https://www.investopedia.com/terms/f/fintech.asp> (last updated June 25, 2019).
- Latest Developments in FinTech*, FINTECH WEEKLY, <https://www.fintechweekly.com/fintech-definition> (last visited Aug. 24, 2020).
- Money Laundering and the Financing of Terrorism*, EGMONT PRINCIPLES GROUP, <https://www.egmontgroup.org/en/content/money-laundering-and-financing-terrorism> (last visited Apr. 17, 2020).
- OrionX SPA contra del Banco del Estado de Chile/OrionX v. BancoEstado*, Chilean Supreme Court, 3d Chamber (Chile 2018)
- Otto Albert de Voogd v. Police and Border Guard Board* [2019] Sup. Ct. Admin. Board Ct. Decision, (appeal taken from Tallinn Cir. Ct.)

- Paul W. Drake & César N. Caviedes, *Chile*, BRITANNICA (April 14, 2020), <https://www.britannica.com/place/Chile/Recreation#ref25247> .
- Prableen Bajpai, *Countries Where Bitcoin is Legal & Illegal (DISH, OTSK)*, INVESTOPEDIA (May 9, 2019), <https://www.investopedia.com/articles/forex/041515/countries-where-bitcoin-legal-illegal.asp> .
- Pritt Lätt, *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020 Estonia* (Oct. 23, 2019), <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/estonia>
- Protocol for the Money Laundering and Terrorist Financing Prevention Act, Oct. 26, 2017, Republic of Estonia Riigikogu, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/509012020001/consolide>
- Reimo Hammerberg & Krista Ševerev, *Estonian Anti-Money Laundering Law is Due to Implement Stricter Requirements for Virtual Currency Service Providers*, SORAINEN (Feb. 3, 2020), <https://www.sorainen.com/publications/estonian-anti-money-laundering-law-is-due-to-implement-stricter-requirements-for-virtual-currency-service-providers/> .
- Rep. of the United Nations Development Programme, Human Development Reports, *Population*, June 17, 2019.
- Rob Wile, *New York Will Be Holding Hearings on Bitcoin*, BUSINESS INSIDER (Nov. 4, 2013, 2:43 P.M.), <http://www.businessinsider.com/new-york-to-hold-hearings-on-bitcoin-2013-11>)
- Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, BITCOIN, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (last visited Aug. 24, 2020);
- Satoshi Nakamoto. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, a paper which details blockchain benefits, transactions, and protection against double spending.
- Sinaloa Cartel*, TERRORISM RESEARCH & ANALYSIS CONSORTIUM, <https://www.trackingterrorism.org/group/sinaloa-cartel> (last visited Apr. 17, 2020).
- South America Chile*, CIA, [https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print\\_ci.html](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print_ci.html) (last visited Apr. 17, 2020).
- Tax on Personal Income*, OECD, <https://data.oecd.org/tax/tax-on-personal-income.htm>, (last visited August 29, 2020).
- Tax Rates*, REPUBLIC OF ESTONIA TAX AND CUSTOMS BOARD, (Feb. 20, 2020), <https://www.emta.ee/eng/business-client/income-expenses-supply-profits/tax-rates>.
- Trends in World Drug Markets*, U.N. OFFICE OF DRUGS AND CRIME (July 4, 2005), [https://www.unodc.org/pdf/WDR\\_2005/volume\\_1\\_chap1\\_dynamics.pdf](https://www.unodc.org/pdf/WDR_2005/volume_1_chap1_dynamics.pdf) .
- U.N. S.C. Res. 1617, ¶ 7 (July 25, 2005).

- U.S. DEP'T OF JUSTICE DRUG ENFORCEMENT ADMIN., NATIONAL DRUG THREAT ASSESSMENT (Dec. 2019), [https://www.dea.gov/sites/default/files/2020-01/2019-NDTA-final-01-14-2020\\_Low\\_Web-DIR-007-20\\_2019.pdf](https://www.dea.gov/sites/default/files/2020-01/2019-NDTA-final-01-14-2020_Low_Web-DIR-007-20_2019.pdf).
- U.S. DEP'T OF STATE, 2019 INVESTMENT CLIMATE STATEMENT: ESTONIA (2019), <https://www.state.gov/reports/2019-investment-climate-statements/estonia/>
- V. G. Comizio, *Virtual Currencies: Growing Regulatory Framework and Challenges in the Emerging Fintech Ecosystem*, 21 N.C BANKING INST. 131, 147 (2017)
- What is Asia-Pacific Economic Cooperation?*, ASIA-PACIFIC ECON. COOPERATION, <https://apec.org/About-Us/About-APEC> (last visited Apr. 17, 2020).
- What is the Pacific Alliance*, PACIFIC ALLIANCE <https://alianzapacifico.net/en/what-is-the-pacific-alliance/> (last visited Apr. 17, 2020).
- Who Is Satoshi Nakamoto?*, COINDESK, <https://www.coindesk.com/information/who-is-satoshi-nakamoto> (last visited Aug. 24, 2020).

## SOBRE A AUTORA:

### Monet Valdez

*California Western School of Law  
Juris Doctor Candidate, California Western School of Law, San Diego,  
California, USA;*

Monet Valdez currently interns at Coinstructive, a blockchain and bitcoin consultation firm, assisting in cryptocurrency fraud investigations. She is a recipient of the San Diego La Raza Lawyers Association Scholarship Award and served as President of the La Raza Law Student Association at California Western. She would like to thank Professor James Cooper and Ariel Valerio-Meek for their support and unending encouragement. Ms. Valdez is excited to pursue a career in global financial crimes and FinTech once she graduates with a concentration in International Law.

MONET VALDEZ

Artigo recebido em 30/08/2020 | Artigo aceito em 09/09/2020

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

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

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA