



Reitor  
Marcos Sfair Sunye

Vice-Reitora  
Camila Girardi Fachin

Pró-Reitora de Pós-Graduação  
Edneia Amancio de Souza Ramos Cavalieri

### **SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

Diretora  
Melina Girardi Fachin

Vice-Diretor  
Rui Carlo Dissenha

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito  
Angela Couto Machado Fonseca

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito  
Guilherme Brenner Lucchesi

### **FACULDADE DE DIREITO**

Chefe do Departamento de Direito Privado  
Marco Aurélio Serau Júnior

Chefe do Departamento de Direito Público  
Fabricio Ricardo de Limas Tomio

Chefe do Departamento de Direito Civil e Processual Civil  
Adriana Espíndola Correa

Chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Penal  
Clara Maria Roman Borges

Chefe do Departamento de Práticas Jurídicas  
Marília Pedroso Xavier



## Revista da Faculdade de Direito UFPR

### Objetivo

A Revista da Faculdade de Direito UFPR, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e à Faculdade de Direito da UFPR, é uma publicação quadrimestral de trabalhos científicos. A Revista tem interesse em artigos, análises de decisões judiciais, comentários jurisprudenciais, traduções e resenhas críticas. A linha editorial da Revista abrange todas as áreas jurídicas. No intuito de aprofundar a cultura jurídica brasileira, porém, prestigia a aproximação do direito com outras áreas do conhecimento, assim como o compromisso com a construção de uma sociedade democrática, justa e solidária.

### Editora-Chefe

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

### Editor Adjunto

Ilton Norberto Robl Filho

### Editores-Gerentes

Márcio Eduardo Zuba • Marieli Colla Rockenbach

### Editores Executivos

Alcebiades Meireles • Ana Cláudia Milani e Silva • Daniela Urtado • Derek Assenço Creuz • Erick Kiyoshi Nakamura • Stephanie Meireles

### Revisor de Textos e Diagramador

Márcio Eduardo Zuba

### Conselho Editorial

Conselho Editorial: Antonio Carlos Wolkmer (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil), Antônio José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal), Bethania de Albuquerque Assy (PUC-Rio de Janeiro e Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil), Claudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil), Cláudia Perrone-Moisés (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil), David Ritchie (Mercer University School of Law, Macon, Georgia, Estados Unidos), Giovanni Cazzetta (Università degli Studi di Ferrara, Ferrara, Itália), José Antônio Peres Gediel (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil), José Carlos Moreira da Silva Filho (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil), Juliana Neuenschwander Magalhães (Universidade Federal do Rio Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil), Katya Kozicki (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil), Laymert Garcia dos Santos (Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil), Menelick de Carvalho Netto (Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil), Paulo Luiz Netto Lôbo (Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil), Ricardo Marcelo Fonseca (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil), Roberto Gargarella (Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina), Samuel Barbosa (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil).

Pareceristas permanentes: Alexandre Bernardino Costa (Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil), Cristiano Paixão (Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil), Eduardo Henrique Lopes Figueiredo (Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Paraná, Brasil), Fabíola Albuquerque Lobo (Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil), Jeanine Nicolazzi Phillippi (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil), José Ramón Narváez Hernández (Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México), Osvaldo Javier López-Ruiz (Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil).

Editores, membros do Conselho Editorial, docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, pesquisadores da Faculdade de Direito da UFPR e professores e pesquisadores de outras instituições, nomeados *ad hoc*, serão responsáveis pelos pareceres dos artigos submetidos para publicação.

### Endereço para contato:

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR)  
Praça Santos Andrade, 50 – Centro – 3º andar – CEP 80020-300 – Curitiba, PR, Brasil  
E-mail: [equiperfdufpr@gmail.com](mailto:equiperfdufpr@gmail.com)

R454

### DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

Revista da Faculdade de Direito UFPR / Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito.– ano 1, n. 1 (dez. 1953)- . – Curitiba: UFPR, 1953-v.; 24 cm.

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <https://revistas.ufpr.br/direito>

ISSN 2236-7284.

1. Direito. I. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito.

CDU 34

CDD 340

Catalogação na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas (SiBi)



Sistema de  
Bibliotecas





## SUMÁRIO CONTENTS

### 7 Editorial

### ARTIGOS

- 11 Investment screening mechanisms and their potential impacts on the international regime of technology transfer**  
Mecanismos de triagem de investimentos e seus potenciais impactos sobre o regime internacional de transferência de tecnologia  
**DOI:** <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i2.94126>  
*Natália de Lima Figueiredo*
- 43 Enquadramento conceitual e utilidade da figura “dano existencial” para o ordenamento jurídico brasileiro: análise dogmático-jurisprudencial a partir de acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho**  
Conceptual framework and utility of the “existential damage” figure within the Brazilian legal system: a dogmatic-jurisprudential analysis based on Superior Labor Court decisions  
**DOI:** <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i2.95177>  
*Thalles Ricardo Alciati Valim • Gabriela Prado de Abreu • Gabriel Ribeiro Santos*
- 67 “As terras, que são necessárias para a vivenda e passadio dos índios”: construção de direitos indígenas na América portuguesa e a conquista da Ibiapaba no Ceará colonial (1695-1730)**  
“The lands necessary for the dwelling and daily sustenance of the indigenous peoples”: construction of indigenous rights in Portuguese America and the conquest of Ibiapaba in colonial Ceará (1695-1730)  
**DOI:** <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i2.95554>  
*João Victor Diniz Ribeiro • David Rodrigues Stigger • Gustavo César Machado Cabral*
- 93 O comportamento da Corte Constitucional da Colômbia no controle preventivo dos atos de reforma constitucional: uma análise de seu ativismo judicial**  
The behavior of the Colombian Constitutional Court in the preventive control of constitutional reform acts: an analysis of its judicial activism  
**DOI:** <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i2.95733>  
*Beatriz Tavares Fernandes dos Santos • Jairo Néia Lima • Yenny Andrea Celemín Caicedo*
- 121 Um nacionalista liberal? (Re)pensando Alberto Torres a partir de sua atuação como ministro do Supremo no caso do banimento da Família Imperial (1903-1907)**  
A liberal nationalist? (Re)thinking Alberto Torres through his role as a Supreme Court justice in the case of the banishment of the Brazilian Imperial Family (1903-1907)  
**DOI:** <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i2.96284>  
*Wingler Alves Pereira • Matheus Della Monica*
- 141 Soluzioni giuridiche in tema di sostenibilità ambientale nel settore vitivinicolo: una comparazione tra l’esperienza francese e quella italiana**  
Soluções jurídicas em matéria de sustentabilidade ambiental no setor vitivinícola: uma comparação entre as experiências francesa e italiana / Legal solutions for environmental sustainability in the wine sector: a comparison between the French and Italian experiences  
**DOI:** <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i2.100586>  
*Luciana De Grazia*



## EDITORIAL

Os desafios contemporâneos do Direito ultrapassam a letra das normas: envolvem suas fronteiras, seus significados e suas responsabilidades diante de um mundo em transformação. Esta nova edição da RFDUFPR reúne estudos que, em distintas frentes temáticas, exploram essas tensões entre segurança e liberdade, tradição e inovação, nacional e global – reafirmando a vocação crítica e comparativa da pesquisa jurídica.

O primeiro artigo examina a proliferação dos *investment screening mechanisms* (ISMs) e seus efeitos sobre a transferência internacional de tecnologia. A análise revela um deslocamento da lógica cooperativa para uma lógica defensiva, em que a segurança tecnológica e os interesses estratégicos nacionais limitam a circulação global de inovação, afetando sobretudo os países em desenvolvimento.

O segundo texto investiga o “dano existencial”, figura oriunda do direito italiano e ainda de difícil consolidação no contexto brasileiro. A pesquisa, combinando análise dogmática e levantamento jurisprudencial, evidencia a fragilidade do transplante conceitual e a necessidade de reinterpretar categorias estrangeiras à luz da realidade local.

O terceiro artigo recupera a história jurídica da Serra da Ibiapaba, entre os séculos XVII e XVIII, mostrando como os povos indígenas atuaram como sujeitos jurídicos ativos, reinterpretando as normas coloniais para a defesa de seus direitos sobre a terra – contribuição relevante à compreensão das raízes da pluralidade jurídica brasileira.

No quarto artigo, a experiência colombiana de controle preventivo de constitucionalidade é analisada sob a ótica do ativismo judicial. O estudo mostra como a Corte Constitucional da Colômbia tem ultrapassado o controle procedimental para exercer papel substancial na proteção da ordem constitucional.

O quinto artigo revisita a atuação de Alberto Torres no Supremo Tribunal Federal, propondo nova leitura de seu pensamento político-constitucional e revelando aspectos liberais e institucionais até então pouco considerados pela historiografia jurídica.

Por fim, o sexto artigo examina as soluções jurídicas adotadas na França e na Itália para promover a sustentabilidade ambiental no setor vitivinícola, destacando a cooperação entre Estado e iniciativa privada como traço essencial do modelo decisório contemporâneo.

Em conjunto, os artigos reafirmam a força do diálogo interdisciplinar e comparado como caminho para compreender – e transformar – os dilemas atuais do Direito. Em um tempo em que as promessas da tecnologia coexistem com riscos inéditos, em que a retórica da sustentabilidade convive com crises ecológicas e em que o discurso da liberdade encontra seus próprios paradoxos, pensar o Direito é também pensar as condições de possibilidade do humano. Talvez seja justamente aí que resida a função maior da pesquisa jurídica: não apenas a de descrever o mundo normativo, mas a de interrogá-lo criticamente, abrindo caminho para a construção de horizontes mais justos, solidários e sustentáveis.

Boa leitura!

Equipe Editorial

## CITAÇÕES DESTA EDIÇÃO

“A questionável securitização da tecnologia na estrutura dos ISMs, sem nenhum critério discernível, não apenas abre caminho para uma maior fragmentação geoeconômica, mas também exacerba a crescente divisão tecnológica entre nações desenvolvidas e em desenvolvimento” (Figueiredo, 2025, p. 36, tradução nossa).

“A amplitude do conceito jurídico de dano moral, cujo sentido no ordenamento jurídico brasileiro permite a inclusão de diversas espécies de danos extrapatrimoniais, torna inviável, e até mesmo inútil, o reconhecimento de uma autonomia conceitual para os danos existenciais” (Valim; Abreu; Santos, 2025, p. 63).

“[...] para compreender a relação com a terra e com o território deve-se perceber a interligação de experiências sociais amplas, as quais não são fruto apenas do fenômeno normativo, mas se somam a ele” (Ribeiro; Stigger; Cabral, 2025, p. 69).

“[...] a decisão judicial ativista não necessariamente pode ser enquadrada como legítima ou ilegítima, sobretudo quando se considera que, no contexto colombiano, diversos autores apontam que a referida teoria permite barrar, em determinados momentos, atos com excesso de poder” (Santos; Lima; Celemín Caicedo, 2025, p. 116).

“A classificação de Torres como autoritário, conservador ou mesmo reacionário não explica sua defesa das liberdades individuais e a sua noção mais ampliada do cabimento do *habeas corpus*, em linha inclusive muito parecida com as daqueles que são considerados os principais idealizadores e aplicadores da teoria brasileira do *habeas corpus*: Rui Barbosa e Pedro Lessa” (Pereira; Della Monica, 2025, p. 135).

“O próximo passo, então [no setor vitivinícola], para fins de produção totalmente sustentável, não apenas com referência à qualidade ambiental, envolve também o cumprimento de normas relativas à sustentabilidade econômica e social” (De Grazia, 2025, p. 161, tradução nossa).





## EDITORIAL

The contemporary challenges of Law go beyond the letter of legal norms: they concern its boundaries, meanings, and responsibilities in a world undergoing constant transformation. This new issue of RFDUFPR brings together studies that, across different thematic fronts, explore the tensions between security and freedom, tradition and innovation, the national and the global — reaffirming the critical and comparative vocation of legal scholarship.

The first article examines the proliferation of investment screening mechanisms (ISMs) and their effects on international technology transfer. The analysis reveals a shift from a cooperative to a defensive logic, in which technological security and national strategic interests restrict the global circulation of innovation, particularly affecting developing countries.

The second text investigates the concept of “existential damage,” originally developed in Italian law and still difficult to consolidate in the Brazilian legal context. By combining dogmatic analysis and jurisprudential review, the study highlights the fragility of conceptual transplants and the need to reinterpret foreign categories in light of local realities.

The third article revisits the legal history of the Serra da Ibiapaba region between the seventeenth and eighteenth centuries, showing how Indigenous peoples acted as active legal subjects by reinterpreting colonial norms to defend their land rights — a valuable contribution to understanding the roots of Brazil’s legal pluralism.

In the fourth article, the Colombian experience with preventive constitutional review is analyzed through the lens of judicial activism. The study shows how the Constitutional Court of Colombia has gone beyond procedural review to play a substantive role in safeguarding constitutional order.

The fifth article reexamines the judicial activity of Alberto Torres in the Brazilian Supreme Federal Court, proposing a new interpretation of his political-constitutional thought and revealing liberal and institutional dimensions often overlooked by legal historiography.

Finally, the sixth article analyzes the legal solutions adopted in France and Italy to promote environmental sustainability in the wine sector, highlighting the cooperation between the State and private initiative as a defining feature of the contemporary decision-making model.

Together, the articles reaffirm the strength of interdisciplinary and comparative dialogue as a means to understand — and transform — the current dilemmas of Law. In an age when the promises of technology coexist with unprecedented risks, when the rhetoric of sustainability meets ecological crises, and when the discourse of freedom encounters its own paradoxes, reflecting on Law is also reflecting on the very conditions of the human. Perhaps therein lies the highest purpose of legal research: not merely to describe the normative world, but to question it critically, paving the way for the construction of fairer, more humane, and more sustainable horizons.

Enjoy your reading!

Editorial Team

## QUOTATIONS FROM THIS EDITION

“The questionable securitization of technology within the framework of ISMs without any discernible criteria not only paves the way for increased geoeconomic fragmentation but also exacerbates the growing technological divide between developed and developing nations.” (Figueiredo, 2025, 36)

“The breadth of the legal concept of moral damage — whose meaning in the Brazilian legal system allows the inclusion of various forms of non-pecuniary harm — makes it unfeasible, and even unnecessary, to recognize a distinct conceptual autonomy for existential damages.” (Valim, Abreu, and Santos, 2025, 63, translation ours)

“[...] to understand the relationship with land and territory, one must grasp the interconnection of broad social experiences, which are not solely the result of normative phenomena but rather develop in conjunction with them.” (Ribeiro, Stigger, and Cabral, 2025, 69, translation ours)

“[...] an activist judicial decision cannot necessarily be classified as legitimate or illegitimate, especially considering that, in the Colombian context, several authors point out that such a theory may, at certain times, serve to curb acts marked by excess of power.” (Santos, Lima, and Celemín Caicedo, 2025, 116, translation ours)

“Labeling Torres as authoritarian, conservative, or even reactionary does not account for his defense of individual liberties or for his broader understanding of the admissibility of habeas corpus — an approach that closely resembles that of Rui Barbosa and Pedro Lessa, regarded as the principal formulators and practitioners of the Brazilian theory of habeas corpus.” (Pereira and Della Monica, 2025, 135, translation ours)

“The next step [in the wine sector] toward fully sustainable production — not only in terms of environmental quality — also involves compliance with standards related to economic and social sustainability.” (De Grazia, 2025, 161, translation ours)





## INVESTMENT SCREENING MECHANISMS AND THEIR POTENTIAL IMPACTS ON THE INTERNATIONAL REGIME OF TECHNOLOGY TRANSFER

### MECANISMOS DE TRIAGEM DE INVESTIMENTOS E SEUS POTENCIAIS IMPACTOS SOBRE O REGIME INTERNACIONAL DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Submissão: 19 jan. 2024

Aprovação para publicação: 21 ago. 2025

***Natália de Lima Figueiredo***

Doutora em Direito Internacional Econômico

Afiliação institucional: Universidade Federal de São Paulo – Unifesp – (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0798-0609>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4248698363286467>

Email: [natalia.figueiredo@unifesp.br](mailto:natalia.figueiredo@unifesp.br)

**Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):**

FIGUEIREDO, Natália de Lima. Investment screening mechanisms and their potential impacts on the international regime of technology transfer. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 2, p. 11-42, maio/ago. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i2.94126>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/94126>. Acesso em: 31 ago. 2025.

**ABSTRACT**

This article analyses the proliferation of foreign investment screening mechanisms (ISMs) since 2016, with particular attention to their implications for international technology transfer. The study is based on a systematic review of literature, complemented by an examination of selected country cases, focusing on policies, strategies, and observed impacts. The methodological approach emphasises the identification of patterns and trends, employing comparative analysis to highlight differences across national contexts. Limitations arise from restricted data availability on the implementation and outcomes of ISMs in certain countries. The findings suggest that the spread of ISMs may mark a significant shift in the international framework of technology transfer. Predominantly introduced by developed economies, these mechanisms aim to protect advanced technologies, potentially constraining access for developing countries. The growing emphasis on national security as a justification reflects increasing concerns over safeguarding strategic technological advantages. The originality of this study lies in its comprehensive assessment of ISMs and their specific consequences for technology transfer. By mapping the driving forces behind their expansion, the article contributes to the understanding of current transformations in the global dynamics of innovation and technological security. It is suggested that future research include in-depth empirical analyses of the effects of ISMs on capital flows, examinations of the responses of developing countries, and assessments of the role of international cooperation in addressing common technological challenges.

**KEYWORDS**

Investment screening mechanisms. National security. Technology transfer.

**RESUMO**

Este artigo analisa a proliferação dos mecanismos de triagem de investimentos estrangeiros (ISMs, na sigla em inglês) desde 2016, com atenção particular às suas implicações para a transferência internacional de tecnologia. O estudo baseia-se em uma revisão sistemática de literatura, complementada pela análise de casos de países que implementaram ISMs, considerando suas políticas, estratégias e impactos observados. A abordagem metodológica privilegia a identificação de padrões e tendências, valendo-se de análise comparativa para evidenciar diferenças entre contextos nacionais. Reconhece-se a limitação decorrente da disponibilidade restrita de dados sobre a aplicação e os resultados dos ISMs em determinados países. Os achados sugerem que a difusão desses mecanismos pode representar uma mudança significativa no regime internacional de transferência de tecnologia. Predominantemente adotados por economias desenvolvidas, os ISMs visam proteger tecnologias avançadas, o que pode restringir o acesso de países em desenvolvimento. O fortalecimento da segurança nacional como justificativa revela a crescente preocupação em resguardar vantagens tecnológicas estratégicas. A originalidade deste estudo reside em sua avaliação abrangente dos ISMs e de suas consequências específicas para a transferência de tecnologia. Ao mapear as forças motrizes por trás de sua expansão, o artigo contribui para a compreensão das transformações atuais na dinâmica global da inovação e da segurança tecnológica. Sugere-se que pesquisas futuras incluam análises empíricas aprofundadas sobre os efeitos dos ISMs nos fluxos de capital, exame das reações dos países em desenvolvimento e avaliação do papel da cooperação internacional no enfrentamento de desafios tecnológicos comuns.

**PALAVRAS-CHAVE**

Mecanismos de triagem de investimentos. Segurança nacional. Transferência de tecnologia.

## INTRODUCTION

Since 2016, governments have enhanced their foreign investment screening mechanisms (ISMs) or introduced new ones based on national security grounds (Bauerle Danzman and Meunier 2023; OECD 2018; OECD 2020; OECD 2021; OECD-UNCTAD 2022; Sanchez-Badin et al. 2021). Recent data from UNCTAD on the evolution of foreign direct investment (FDI) screening mechanisms shows that at least 37 countries introduced a regulatory framework for the screening of investments on national security grounds since 1995, most of which are developed economies (29 out of 37 countries).

ISMs can be divided into two main categories: inbound and outbound. Inbound ISMs refer to the measures taken by a country to assess and monitor foreign investments entering its territory. Outbound ISMs refer to the measures taken by a country to assess and monitor investments made by its companies in other countries. The proliferation of ISMs mainly refers to inbound instruments.

However, on 9 August 2023, US President Joe Biden issued an executive order to regulate certain types of US outbound investment in semiconductors and microelectronics, quantum information technologies and artificial intelligence sectors in ‘countries of concern’, where this investment may be a threat to US national security. While the EU has been following in U.S. footsteps, China, Japan, South Korea, and Taiwan already have comparable rules in place (Kanieck et al. 2023).

According to a recent study conducted by the OECD-UNCTAD (2022), foreign investment in advanced technology has been identified as one of the major national security concerns within the framework of ISMs. In this context, reforms in the US ISM since 2018 have been primarily motivated by the need to contain technology flows that could contribute to the development of foreign technology, particularly from China (Bauerle Danzman and Kilcrease 2022; Bauerle Danzman and Meunier 2021; Canes-Wrone et al. 2020). Similarly, the adoption of a European ISM was mainly supported by European countries with higher levels of technological development, namely France, Germany, and Italy (Chan and Meunier 2022).

Recent studies indicate that ISMs represent one of the main tools used by governments to compete in high-tech industries within the context of the technological race in the Fourth Industrial Revolution.<sup>1</sup> Wu (2018, 110) mentions that the Committee on Foreign Investment in the U.S.

<sup>1</sup> The Fourth Industrial Revolution is a term that refers to a period of significant changes in how people live, work, and relate to one another, driven by the convergence of digital, physical, and biological technologies. This revolution is characterized by the adoption of technologies such as artificial intelligence, robotics, nanotechnology, biotechnology, the Internet of Things, among others, which are transforming industries and society (Schwab 2016).

(CFIUS)’s reform in the US has served to “expand the powers of the government’s investment review to prevent the aggressive moves by Chinese and other foreign firms to purchase key technologies and acquire a greater stake of the value chain.” Slawotsky (2021) highlights the repeated utilization of national security justifications by the US in the context of its ISM to safeguard its geopolitical and technological supremacy.

On one side, there is a movement towards the establishment of a new regulatory mechanism, primarily by developed countries, to address national security concerns and technological hegemony within the context of the Fourth Industrial Revolution. On the other side, developing countries (except for China) continue in general to depend on foreign technology and investment to deal with their own development processes. At the same time, they also face pressure to align their regulatory agenda with the trends of developed countries. If they have not yet implemented ISMs, some are studying the feasibility of introducing them.<sup>2</sup>

From the perspective of technology transfer regulation, there is concern that such mechanisms may be used to protect the technological hegemony of developed countries in technology markets, perpetuating the international domination of developing countries (Bian 2020) and the phenomenon of the middle-income trap.<sup>3</sup>

In this context, Toledo (2019, 43) emphasises that

[...] in Latin America, as in many African countries, a new neo-colonialism re-enacts previous modes of structuring relations in the international system and expands the exploitation of the periphery by central countries, replacing the interrupted processes of nation-building, both politically, economically, and technologically sovereign and independent, with new relations of dependency.

From the perspective of developing countries, restrictive inbound ISMs can, in theory, affect their ability to invest in developed countries in search of technology access. It is worth noting that one of the most recent aspects of globalization is the international expansion of multinationals from middle-income countries. Among the promising effects of this phenomenon is the potential positive

<sup>2</sup> Brazil, for example, does not currently have an ISM in effect, but there are efforts by the government to at least understand the suitability of its implementation. For instance, the Brazilian Institute of Applied Economic Research (Ipea) has issued a call for studies on ISMs in other countries and the potential operationalization of a Brazilian instrument (Baumann et al. 2020). Furthermore, in 2018, the former Secretariat of International Affairs of the Ministry of Planning (Seain/MP) developed a proposal for an ISM and the establishment of the Interministerial Commission for the Evaluation of Impacts on National Security of Large Foreign Direct Investment Projects (Sanchez-Badin et al. 2021).

<sup>3</sup> The “middle-income trap” describes the phenomenon in which certain countries reach a certain level of middle-income but struggle to sustain economic growth and end up stagnating. These countries face challenges in becoming high-income economies, mainly because they are unable to compete with other countries that already have production capabilities based on innovation and knowledge, while at the same time having significantly higher wages than low-income countries, making it difficult to compete based on cheap labour (CEPAL 2021; Tezanos et al. 2013).

impact on the development of these countries: through FDI in other countries, these multinationals can acquire new knowledge, which can contribute to the technological catch-up process in their home countries (Amighini et al. 2010).

To the extent that outbound ISMs adopted by developed countries could potentially reduce capital inflows to third countries, they could also affect the investments made by their companies in developing countries, in theory impacting potential technology transfer dynamics. Hence, it is important to understand how developed countries' ISMs are structured and the possible consequences for technology transfer specially to developing countries.

Furthermore, the proliferation of ISMs may create tension with the current predominant models and discourses regarding technology transfer and technology protection within the scope of international economic law. While the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) carries a specific type of language at the international level that encourages the transfer and dissemination of technology between developed and less-developed countries (Franco 2010; Moura 2020), the ISM logic seems to restrict access to technology. Besides, while the safeguarding of technology by developed nations has traditionally relied on intellectual property (IP) norms, there seems to be now a shift towards the operationalization of this protection through ISMs (though IP of course maintain its relevance).

In view of the above, this article aims to examine the driving forces behind the proliferation of ISMs, providing insights into their geoeconomic, political and technological components. In addition, it explores the broadening scope of national security within the context of ISMs, addressing the potential risks associated with geoeconomic fragmentation<sup>4</sup> and their implications for developing countries. The paper also delves into the potential shifts in regulations pertaining to international technology transfer and technology protection, considering the emergence of ISMs, thus highlighting changing trends in this domain. Finally, it offers suggestions for future research exploring these topics in greater depth.

Methodologically, this paper combines a systematic review of scholarship and policy documents with a comparative legal-institutional analysis of investment screening mechanisms (ISMs) and related outbound measures over 2016–2024, with emphasis on critical/emerging technologies. The core comparison comprises the United States, the European Union/Member States

<sup>4</sup> Geoeconomic fragmentation is characterized by a policy-driven reversal of the decades of global economic integration the world has experienced specially before the global financial crisis in 2008-2010. It “encompasses reversals along any and all of the different channels whereby countries engage with each other economically, including through trade, capital flows, the movement of workers across national boundaries, international payments, and multilateral cooperation to provide global public goods.” (Aiyar et al. 2023, 5)



(Germany, the United Kingdom, the Netherlands), and the Republic of Korea; for contrast, Mexico, India, Indonesia, and Vietnam are examined, mapping liberalization signals and/or the absence or alternative design of ISMs. Case selection follows three criteria: (a) technological salience and FDI weight; (b) regulatory density and data availability; and (c) relevance for technology-transfer effects toward developing countries.

## 1 DRIVERS OF ISMs AND THE ROLE OF TECHNOLOGICAL DOMINANCE

The proliferation of ISMs is directly linked to the broader phenomenon of geoeconomic fragmentation, with policymakers becoming more prone to raising barriers between countries, including in the areas of trade, capital, migration, and technology transfer.

Rising discontent with globalization in terms of its unequal distributional effects has fuelled political populism and trade tensions. Trade tensions between the US and China have further intensified global trade policy uncertainty, leading to a breakdown in multilateral trade dispute mechanisms. The COVID-19 pandemic and the war in Ukraine have exacerbated existing cracks in the global economic order. These events have revealed the vulnerabilities of production chains and financing networks that were previously considered reliable under stable global conditions.

The combination of the pandemic and geopolitical tensions has further highlighted the need for resilience and adaptability in the face of unforeseen challenges. Rising geopolitical tensions resulted in more protectionism and increasing use of cross-border restrictions on the national security grounds (Aiyar et al. 2023, 10). Therefore, a multitude of factors contribute to the phenomenon of geoeconomic fragmentation, and the related adoption of ISMs based on national security grounds.

According to the specialized literature, the intention to regulate foreign investment inflows was originally based on national security concerns of host countries. Initially, control was limited to defence sectors and military activities. However, in the last two decades, the concept of national security has significantly expanded, resulting in a gradual increase in the scope and content of ISMs (Bassan 2010; Bath 2015; Esplugues Mota 2018; OECD 2018; Sanchez-Badin et al. 2022).

A recent study by the OECD (2022) notes that foreign investment in advanced technology is at the forefront of national security concerns regarding these mechanisms. Some of the literature points to China as a determining factor in the growth of ISMs in the context of (i) the hegemonic dispute between China and the US and its Western allies, and (ii) China's investment strategy related to the acquisition of technology and critical infrastructure in various countries (Carrai 2020; Evennet 2021; Fukushima 2023; McCalman et al. 2023).



Not only the US, but other developed countries have condemned what they have termed as “forced technology transfer.” In this regard, representatives from the US, Japan, and the European Union published a “Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union” in 2018, in which they condemned what they called “unfair” and “non-market-based” laws and policies related to technology transfer.

In particular, the document emphasises that

Ministers further confirmed their shared view that no country should require or pressure technology transfer from foreign companies to domestic companies, including, for example, through the use of joint venture requirements, foreign equity limitations, administrative review and licensing processes, or other means. (United States, Japan, and European Union 2018)

Disputes have also been initiated not only by the US but also by the European Union within the WTO dispute settlement system against China’s alleged policies of forced technology transfer (WTO 2018a, 2018b).

In April 2023, the G7 Ministers’ made a statement, in which they emphasized

[...] the urgent need to take measures against illegitimate or forced state-led acquisition of critical technologies and intellectual property, especially when this constitutes a risk to the security of target countries. Critical and emerging technologies will have a transformative effect on the way societies function, and their unexpected, malicious, untrustworthy, or improper use has the potential to disrupt national and individual security. (G7 2023)

To illustrate the concerns, it is worth citing the US Executive Order of September 15, 2022, which provides formal guidance to the US agency responsible for investment screening analysis, the CFIUS, on the factors it should consider when conducting national security reviews. Among these criteria, the effect of the transaction on US technological leadership in specific industries is explicitly mentioned (Figueiredo 2025).

In addition to inbound ISMs, there are also control measures on outbound investments that potentially impact technology transfer among countries. For example, the CHIPS and Science Act, also enacted in the US, aims to foster investments in critical and emerging technologies in that country. According to this legislation, any semiconductor company receiving financial assistance from the US government is required to enter into an agreement with the Secretary of Commerce and “shall not engage in any significant transaction” involving the material expansion of semiconductor capacity in China or any other “foreign country of concern” for a period of 10 years (including the Islamic Republic of Iran, the Democratic People’s Republic of Korea, and the Russian Federation).

Furthermore, behind the recent adoption of an US outbound ISM there are “concerns arising from China’s indigenous development of technologies relevant to US national security.” (Bauerle

Danzman and Kilcrease 2022, 4) In fact, technology flows that could enable the development of foreign technology were at the centre of the concerns that led to the 2018 reforms in the US for its investment screening and export control mechanisms (Bauerle Danzman and Kilcrease 2022, 6).

Additionally, a study on the reasons behind the European Union's adoption of regulations on ISMs, Chan and Meunier (2022, 514–15) concluded, based on various interviews with high-ranking officials involved in the negotiation process, that the most important variable explaining the countries' support for the regulations was their level of technological development. In other words, countries with higher technological levels were more supportive of the European legislation on ISM.

The main proponents of a European ISM—France, Germany, and Italy—already had their ISM at the domestic level when the European mechanism was proposed in 2017. These Member States also have some of the highest levels of technology in Europe. Their own experience in protecting high-tech sectors and controlling technology transfers abroad motivated them to propose a European-level ISM (Chan and Meunier 2022, 534–35). Furthermore, the operationalization of ISMs in European countries seems to have a significant focus on Chinese investments, similar to the situation in the US, as many decisions taken in Germany and the UK, for instance, restricted several Chinese investments (Berg et al. 2022).

A consequence of this geopolitical tension between US and allies, on one side, and China, on the other, is that firms and policymakers are increasingly exploring methods to relocate production processes to countries they trust and share aligned political preferences with, in order to reduce the susceptibility of supply chains to geopolitical tensions, which has been termed as “friend-shoring.” In this sense, Ahn et al. (2023, 92) suggest that there may be a link between friend-shoring and ISMs when they state that “the importance of friend-shoring goes beyond just announcements and translates into investment-screening measures motivated by national security purposes.”

The focus on Chinese investments in the operationalization of American and European ISMs is also connected to technological issues. In an endeavour to acquire cutting-edge technologies, Chinese companies, frequently with indirect or informal connections to the government, are actively acquiring Western assets. Chinese investment in both Europe and the United States reached unprecedented levels in 2016 (Wu 2018, 106). Consequently, ISMs in the US and Europe have served to hamper attempts by Chinese firms to acquire their domestic technologies.

Slawotsky (2021, 8) comments that the geo-political competition with China has had a profound effect on the U.S. conceptualization of national security. By demonstrating the interconnectedness between emerging technologies and hegemonic rivalry, the U.S. has asserted its national security concerns over China's military-civilian fusion strategy through

measures like tightening foreign investment restrictions and imposing export restrictions.

China's remarkable accomplishments in technological markets have led the US to perceive itself as potentially growing weaker in comparison. Chinese technological advancements have been notable, encompassing leadership in areas such as Artificial Intelligence, Quantum Computing, and even successfully reaching the Far Side of the moon.

The US expresses exceptional concern over China's dominance in 5G technology, exemplified by Huawei. 5G offers significantly faster speeds compared to current technology, and Huawei is globally recognized as the most advanced and cost-effective provider, with no apparent U.S. competitor of equal magnitude (Slawotsky 2021, 25). In this context, the adoption of ISMs by developed countries also seems to suggest a close relationship with maintaining technological dominance in a competition to lead the Fourth Industrial Revolution (González 2018; Slawotsky 2021; Wu 2018).

Roberts et al. (2022, 8) note that now the focus of government intervention in relation to foreign investment is increasingly also widening beyond China. In both 2020 and 2021, over 85 percent of the acquisitions reviewed by CFIUS involved investors from non-Chinese origins. This trend is evident in various countries, such as France, where the proposed acquisition of the French company Photonis by the US group Teledyne in 2020 led to the first publicly announced refusal of FDI authorization.

Similarly, in the United Kingdom (UK), a majority of interventions on national security grounds from 2019 to 2021, under the public interest merger control regime, involved acquirers from non-Chinese backgrounds. These included proposed acquisitions by investors from Canada (Connect BidCo/Inmarsat in 2019) and the US (Advent International/Cobham in 2019, Parker Hannifin Corporation/Meggitt plc in 2022, Cobham Ultra Acquisitions Limited/Ultra Electronics Holdings Plc in 2022, and NVIDIA/Arm in 2022). In UK, this trend continues under the new standalone screening regime in effect since January 4, 2022. Transactions under review involve investors from countries like France (Altice/BT) and the United Arab Emirates (Tawazun/Reaction Engines).

As highlighted by González (2018), governments and companies worldwide are engaged in legitimate—and illegitimate—actions to establish themselves in a particular technology, for pioneering commercial application, and to gain traction in new markets. According to the author, while some disputes over technology transfer and intellectual property are longstanding, recent unilateral actions to address such tensions risk disrupting trade and investment flows and undermining the multilateral trading system.

The Fourth Industrial Revolution, as described by Schwab (2016), is driven by a

convergence of emerging technologies—like AI, robotics, IoT, autonomous vehicles, and biotechnology—that are rapidly evolving and merging across physical, digital, and biological domains. These innovations are set to transform how society produces, consumes, works, communicates, and interacts globally. Countries that lead in setting standards and mastering these technologies will gain significant economic and geopolitical advantages, as technological expertise becomes a key source of power.

Therefore, countries are using ISMs based on national security grounds as tools of industrial policy to control and direct foreign investment flows into prioritized sectors and activities, in line with the country's development strategy and strategy of technological leadership.<sup>5</sup> They often involve protecting strategic and sensitive sectors of the economy from foreign investments that could harm the local industry and weaken the country's competitive position. Such instruments have implications for trade, technological innovation and economic growth (Góes and Bekkers 2022).

In this context, concerns arise that an overly broad interpretation of the concept of national security on which ISMs are based, an increasing number of sectors covered, and opaque decision-making processes may create new barriers to investment and distort investment flows worldwide (Mildner and Schmucker 2021; Wernicke 2021).

## 2 ENLARGEMENT OF THE CONCEPT OF NATIONAL SECURITY

As explained in the 2023 UNCTAD Investment Policy Monitor, the notion of screening foreign investment based on national security concerns is not a new concept. Security exceptions are present in many trade and investment agreements. Some countries have incorporated a general safeguard clause in their investment laws, which provides a legal basis to reject undesirable foreign investments on national security grounds. Others have implemented sector-specific restrictions, where foreign participation beyond certain limits is seen as detrimental to national security.

In recent years, there has been a noticeable shift towards adopting more sophisticated procedures dedicated to investment screening for national security reasons. This trend began in the late 2000s, with a significant increase in the number of countries employing investment screening for national security between 2006 and 2009, tripling from 3 to 9. The global economic crisis and the rise in outward foreign direct investment (FDI) from developing nations prompted more developed

<sup>5</sup> The countries' strategies in competing in technological sectors are not only operated through ISMs. Wu (2018) argues that the contours of competition between states in technology sectors involve a set of policy instruments which include: (1) export-oriented policies, (2) technology transfer policies, and (3) investment reviews. Each can be deployed on its own, but their use can also be coordinated as part of a larger national strategy.

countries to implement dedicated regimes for screening investments. By 2014, 17 countries had integrated elements of investment screening into their national policies. From 2016 onwards, there has been a substantial influx of amendments to existing investment screening regulations, mainly in 2020 and 2021, with 29 countries introducing changes to expand the scope of their screening regimes (UNCTAD 2023).

The peak of regulatory activity took place in 2020, coinciding with the global risks associated with the COVID-19 pandemic. While the number of countries implementing new screening regimes had been steadily increasing over the past decade, the pandemic did not alter this trajectory but rather expedited it (UNCTAD 2023, 3).

The concept of national security in trade and investment instruments has been traditionally linked to a narrower definition generally related to territorial integrity, state survivance and military issues (Slawotsky 2018, 5). In the context of trade, the security exception established in Article XXI of the GATT 1994 was analysed for the first time in 2019 in *Russia — Traffic in Transit* (WTO 2019).

The dispute concerned restrictions imposed by Russia that prevented Ukraine from using road or rail transit routes across the Ukraine-Russia border for all traffic in transit destined for Kazakhstan. In this case, the Panel confirmed that it had the power to review whether the requirements of the provision were met, rather than leaving it to the self-judgment of the invoking Member.

In particular, the Panel analysed Article XXI(b)(iii), which sets forth that “nothing in this agreement shall be construed to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests taken in time of war or other emergency in international relations.”

According to the Panel, war relates to armed conflict (WTO 2019, para. 7.72) while “emergency in international economic relations” involves

[...] a situation of armed conflict, or of latent armed conflict, or of heightened tension or crisis, or of general instability engulfing or surrounding a state. Such situations give rise to particular types of interests for the Member in question, i.e. defence or military interests, or maintenance of law and public order interests. (WTO 2019, para. 7.76)

The Panel made clear that “political or economic differences between Members are not sufficient, of themselves, to constitute an emergency in international relations.” (WTO 2019, para. 7.75) It also introduced a requirement of good faith for WTO Members when resorting to such exception clause. In this sense, in determining whether the conditions of the chapeau of Article XXI(b) of the GATT 1994 were satisfied, the Panel point out that, although it is up to the Members to define their “essential security interests,” they shall be constricted to the obligation of good faith

so that they do not use such provision as an excuse to circumvent their multilateral obligations (WTO 2019, paras. 7.130–3).

In a 2020 WTO Panel interpreting the TRIPS security exception, it held that the essential security interests identified are ones that clearly “relat[e] to the quintessential functions of the state, namely, the protection of its territory and its population from external threats, and the maintenance of law and public order internally.” (WTO 2020, para. 7.280)

In recent years, international investment agreements (IIAs)—including bilateral investment treaties (BITs) and preferential trade agreements (PTAs) with investment chapters—have increasingly incorporated security exceptions, often referencing or mirroring WTO provisions (Knight and Voon 2020, 108). According to UNCTAD’s Investment Policy Hub, 388 out of 2,572 IIAs contain such clauses. The scope of “essential security interests” in these agreements varies significantly: while some, like the US-Argentina BIT, adopt broad and undefined language, others, such as the Canada Model FIPA, provide more narrowly defined exceptions (Yannaca-Small 2008, 103).

Investment tribunals have addressed security exceptions via treaty clauses or the customary international law defence of necessity under Article 25 of the ILC’s 2001 Articles on State Responsibility (Dimitropoulos 2019). Notably, claims against Argentina following its 2002 crisis expanded the understanding of “essential security” to include economic emergencies (CMS 2005; Enron 2007; LG&E 2006; Yannaca-Small 2008, 103), with tribunals acknowledging that economic collapse could pose threats as serious as military conflict (LG&E 2006, para. 238).

However, tribunals differed on whether Argentina’s crisis met the necessary threshold of severity (Yannaca-Small 2008, 104). More recently, in *CC/Devas v. India* (2016), the tribunal recognized that “national security issues relate to the existential core of a State” (para. 245) but distinguished between defence-related spectrum reservations and broader policy objectives (para. 354). Similarly, in *Deutsche Telekom v. India* (2017, paras. 265, 285–91), the tribunal found that India’s actions went beyond essential security, as they were motivated by multiple concerns including societal needs.

Now, turning to the definition of national security in ISMs, it is important to stress that they do not provide an explicit concept. Rather, they exhibit different levels of guidance through legislation<sup>6</sup> or policy (Knight and Voon 2020, 108) and link them to different strategic sectors

<sup>6</sup> On 15 September 2022, U.S. President Biden issued an Executive Order—the first of its kind since CFIUS was created in 1975—providing formal guidance on key national security factors to consider when reviewing foreign investments.

(Slawotsky 2021).

As relates to the relationship between national security and technology, Roberts et al. (2022, 2–3) mention that, “in many jurisdictions, FDI regulations now apply to transactions relating to critical infrastructure (including energy networks and ports), communications assets and advanced technology and data.”

Nowadays, therefore, national security in the existing ISMs goes beyond traditional military and defence issues and includes transactions involving critical infrastructure, communication assets, advanced technology, data, and various other sectors (Dimitropoulos 2019).

Slawotsky (2021, 7) notes that two significant developments are leading to interconnected complexity in interpreting the exception. Firstly, the emergence of dual-use technology has expanded the scope of security threats beyond traditional notions of armed attacks or territorial integrity. These advancements have introduced new dimensions to security concerns.<sup>7</sup> Secondly, the United States, perceiving a potential threat to its dominant position, has broadly invoked national security in various trade and investment scenarios, offering justifications that extend beyond historical narratives of armed conflicts or physical defence.

Technology has played a significant role in shaping the notion of national security. If one selects the largest foreign investors in the world according to OECD database (OECD 2022) which are also top innovators according to the WIPO Innovation Index (WIPO 2022), their ISMs have specific concerns with technological areas, as shown in the following Table.

Table – Technological focus of ISMs from top investors and innovators

US	The Netherlands	UK	Germany	South Korea
Mandatory filing requirements apply only to covered transactions that involve “TID US businesses,” which are certain US businesses involved	The Dutch ISM applies to investments in undertakings active in vital processes and sensitive technology and to	The British ISM cover all areas of the economy, some acquisitions of entities that carry out particularly sensitive work in 17 areas of the economy (such as in	Sensitive industries for Germany’s production (e.g. semiconductors and other high-tech products) and investments in critical infrastructure are under particularly tight scrutiny. Sectors that trigger a mandatory cross-	The Act on Prevention of Divulgence and Protection of Industrial Technology (ITPA) governs the transfer of National Core Technologies

These include: (1) impacts on the resilience of critical U.S. supply chains, even beyond the defence sector; (2) effects on U.S. technological leadership in sensitive areas like AI, microelectronics, quantum computing, and food security; (3) industry investment trends that could pose risks, such as repeated acquisitions in a single sector; (4) cybersecurity threats; and (5) risks related to the misuse of sensitive personal data.

<sup>7</sup> New areas of competition in the realm of dual-use technology encompass a wide range of fields including cloud technologies, semiconductor chips, hypersonic and new missile technologies, space-based applications, quantum and biotechnologies, autonomous and electric vehicles (AEVs), battery storage, and telecommunications. These technologies offer significant advantages to nations that incorporate them into their security and intelligence organizations, military establishments, and commercial industries. The impact of artificial intelligence (AI) alone is expected to reshape the nature of warfare, altering the speed and scale of military conflicts. (Araya and Mavinkurve 2022)



US	The Netherlands	UK	Germany	South Korea
with critical technologies, critical infrastructure or sensitive personal data.	“high-tech campuses.”	defence, civil nuclear, and quantum technologies) must be notified to the Secretary of State and receive approval before completion.	sectoral filing inter alia include: critical infrastructure; software for critical infrastructure; telecommunications monitoring; cloud computing; telematics infrastructure; media industry services for state communication infrastructures; medical/pharmaceutical industry; other critical industries (AI, robotics, semiconductors, nuclear, aviation and aerospace, quantum, satellite, additive manufacturing, IT etc.).	(NCT) to foreign companies as well as foreign acquisitions of domestic companies that hold National Core Technologies. MOTIE is the main government department responsible for administration of foreign acquisition of NCT.

Source: own authorship, from White & Case (2023).

Beyond the different transactions that have been restricted in technological sectors in the context of ISMs, “states are linking civilian technologies and consumer products to national security: Germany banned U.S.-made dolls; Russia banned LinkedIn; and India has blocked TikTok.” (Slawotsky 2021, 12) Technologies became tools for disruption and insecurities in the hands of the state, which builds a narrative of threat towards them and makes it sound as if they have the power to re-establish control over them.

This is not to say that such technologies do not pose any legitimate concerns. After all, semiconductors, artificial intelligence, telecommunications equipment, additives, robotics, quantum computing, and other emerging technologies blur the boundaries between economic and military use. Technological advancements have created risks. The widespread use of mobile applications, the Internet of Things, and the constant flow of content have blurred the distinction between economy and security (Cohen 2020).

Personal data from seemingly unrelated activities to national security, such as dating apps and smart cars, could potentially be exploited by foreign investors as leverage against specific individuals, for information gathering purposes, or as tools for disinformation, which in turn could jeopardize national security. The connectivity enabled by technological change also allows malicious actors to gain control over critical infrastructure. The grey areas between commercial and military technological advancements thus pose a fundamental challenge in regulating ISMs (Bauerle Danzman and Meunier 2021).

However, the most appropriate ways to deal with these concerns should be better evaluated



before framing such a wide variety of technologies in the context of ISMs, creating a threat scenario that may be controversial to bar investment from foreign investors. Ultimately, the state alone cannot ensure the security of technologies and there are a broad range of necessary countermeasures that includes many elements that cannot be designed or implemented by the state alone (Cavelty and Egloff 2019). In this context, there may be alternative approaches to ISMs to mitigate the concerns mentioned above.

Hence, though linking national security to the traditional concept of physical integrity and military/defence factors may not be well-suited for current reality, the expansive notion that has been adopted in the context of ISMs should be analysed with caution. It is necessary to better understand what is covered and what is not in the concept of national security, what is reasonable, what legal standards apply. Otherwise, one risks leaving the concept entirely to the absolute discretion of the state, which can be very dangerous.

Especially when it comes to technologies, it is necessary to have more technical discussions on what exactly their dangers are and if these dangers actually pose systemic threats to the state to be considered a national security issue. Even in the context of uncertainties of the risks related to technologies, the legal system has principles and instruments (e.g. precautionary principle) which could be resorted to without the need to frame everything within a national security concern. It is necessary to separate what is really a security issue from what it is not.

While security was initially associated with the study of war, military strategy, and geopolitics, its definition started to evolve from the 1970s onwards. With the maturation of the nuclear relationship between superpowers during the Cold War, the original broad meaning of security began to resurface, prompting a push to expand the international security agenda beyond its military and political focus. Economic and environmental security gradually became recognized, albeit controversial, aspects of this agenda during the later stages of the Cold War. In the 1990s, societal (or identity) security, human security, food security, and other dimensions were added to the expanding concept of security (Buzan and Hansen 2009, 2).

Discursive approaches to security, which defend that it cannot be defined in objective terms, help to explain the expansion of the concept. Security is, according to the Copenhagen School, a speech act and “by saying ‘security,’ a state representative declares an emergency condition, thus claiming a right to use whatever means are necessary to block a threatening development.” (Buzan et al. 1998, 21)

What is central to security analysis is thus “understanding the process through which particular ‘threats’ manifest themselves as security problems on the political agenda. ‘Threats’ in that

sense are ‘objective’ when they are accepted by significant political actors, not because they have an inherent threatening status.” What is considered a “security threat” will be influenced by different political, historical, geographical and economic factors surrounding a country.

Great power politics, the “continuous unfolding of new technologies and the need to assess their impact on the threats, vulnerabilities and the (in)stabilities of strategic relationships<sup>8</sup>” and key events also shape what states decide to define as security problems (Buzan and Hansen 2009, 52). Additionally, “for security speech acts to be successful, they also need to convince their relevant audiences.” (Buzan and Hansen 2009, 33–4)

In other words, security threats are, for the Copenhagen School, a convincing narrative built by a state to pursue its interests and legitimize its actions. It is a political concept. A more dangerous aspect of security is that its logic is based on “drama, urgency and exception,” i.e. “security is about making exceptional decisions.” (Buzan and Hansen 2009, 31–2) In this context, states, using the rhetoric of threat and security, justify exceptional measures. States set the tone of the threat and of the drama. It does not necessarily reflect the reality, but the narrative is built to convince the audience, and the audience starts to believe in the discourse. The state can take advantage to take disproportional and abusive measures.

Investment screening mechanisms (ISMs) risk undermining the rule of law due to their lack of transparency, accountability, and clear procedural standards. As noted by Sanchez-Badin et al. (2022), both the discretionary nature of their implementation and the vague security-based evaluation criteria contribute to unpredictability and legal uncertainty, reinforcing the perception that ISMs are politically driven rather than rule-based.

The effective securitisation of a subject justifies the use of all available means, including those outside the normal political rules of the game (Cavelty and Egloff 2019, 43). Therefore, considering that many developed countries are adopting a focus on technological areas, it is important to better understand whether the current narrative of securitization of new technologies, presenting them as a great danger threatening the state or society, is reasonable.

There is a growing acknowledgment that Western countries are currently embracing industrial policies, and this carries significant implications for the rule of law (Stiglitz 2023). Various countries have been implementing industrial policies for a considerable time. However, it becomes

<sup>8</sup> Buzan and Hansen highlight the dual-use nature of technology, noting that many innovations—such as the Internet, nuclear energy, and communication systems—have both civilian and military applications. This overlap complicates the analysis of threats like nuclear proliferation. As the concept of security expands beyond the military sphere, the range of technologies influencing international security studies also broadens.

concerning when these policies become intertwined with the notion of “security” since it grants the country immeasurable powers to accomplish its objectives. Consequently, this may lead to a complete disregard for the rule of law.

According to Roberts et al. (2018), there is a growing convergence between economics and security that has the potential to reshape the fundamental aspects of the international economic law regime. They refer to this phenomenon as the “New Geoeconomic World Order.” This convergence is evident in the efforts of economic superpowers to reformulate the rules and institutions governing international trade and investment, aiming to promote their own trade, investment, and security preferences. Consequently, the establishment of this New Geoeconomic World Order is expected to have a significant impact on the interpretation of the concept of national security (Dimitropoulos 2019).

However, it is important to note that the security rhetoric predominantly originates from developed countries with strong economic and technological capabilities. As observed in the case of ISMs, such measures are primarily implemented by these states. There are not enough studies about the new trends in investment policies or the recourse to national security measures in developing countries. Dimitropoulos (2019) suggests that ISMs and increased investment protectionism seem to be the order of the day for developed countries. Investment protectionism seems to be in a relative decline in the emerging economies of the East and South.

India, for instance, has loosened FDI requirements in recent years. Analysts comment that it will come as no surprise if the government were to further liberalize FDI requirements in India, and make it easier to invest into certain strategic sectors such as chemicals, healthcare and insurance (White & Case 2023); Indonesia has pursued a deregulatory agenda and does not have an ISM in place; Vietnam has recently implemented more favourable investment laws and incentives. In 2020, they introduced a revised Law on Investment, which clearly specifies the sectors that are off-limits for foreign investment and reduces the number of sectors considered “conditional” (White & Case 2023). In Latin America, only Mexico has an institutionalized ISM in place.

Recent geopolitical developments suggest a revival of non-alignment strategies among emerging economies in response to increasing global polarization. As Sahay (2022) notes, countries such as China, India, Brazil, and others have opted not to align fully with Western efforts to isolate Russia, instead seeking to preserve national interests. These states anticipate that their growing economic and demographic weight will enhance their bargaining power, enabling them to secure more favourable access to strategic technologies—ranging from defence systems to green technologies and advanced pharmaceuticals—which are seen as essential for their continued

development and geopolitical relevance.

In this context, it is necessary to understand how these emerging economies will cope with potentially expanding notions of national security from developed countries, especially considering that they represent a political construct to advance the economic, technological and political agendas of the latter. Likewise, it is necessary to verify if these countries will simply replicate the logic of national security or express criticism of it. Ultimately, they still benefit from and need an integrated international economy for their development purposes and a new fragmented geoeconomic order may not be aligned with their interests.

### **3 ISMs AND TECHNOLOGICAL SHARING: CONSEQUENCES FOR DEVELOPING COUNTRIES**

It is assumed that the transfer of technology is relevant for developing countries as a driving force to promote their economic development (Eaton and Kortum 1999; Freeman and Soete 1997; Furtado 1978; Keller 2002; Krugman 1990; Raslan 2021). For them, technological progress is still heavily influenced by their ability to access, adapt, and disseminate the technological knowledge that has already been created abroad (UNCTAD 2014, 1).

FDI can serve as a catalyst for developing countries to access and adopt technological advancements from more developed economies. Multinational corporations (MNCs) that invest in these countries can often transfer knowledge, skills, and technology through their investments. This transfer can occur through various channels such as training programs, joint ventures, licensing agreements, and the adoption of new production processes. MNCs may also conduct R&D in their home countries, and through FDI, they bring these research capabilities to the host countries.

FDI can also contribute to upgrading the technological capabilities of domestic industries in developing countries. By integrating into global value chains, domestic firms can learn from the best practices and technologies employed by MNCs. This spillover effect can lead to productivity improvements, enhanced competitiveness, and the development of new industries in the host country.

FDI can stimulate linkages between local firms and multinational companies, creating opportunities for knowledge spillovers. Local suppliers, subcontractors, and service providers may benefit from the transfer of technology and know-how through their interactions with foreign investors. This can lead to increased efficiency, improved product quality, and the development of a more competitive local business environment.

From the perspective of developing countries, understanding potential barriers to technology

transfer resulting from ISMs implemented by developed countries is of utmost importance for the analysis and design of policies that promote economic development (Cirera et al. 2022) and prevent the perpetuation of economic and technological dependence of developing countries.

As emphasized by Furtado (1978, 116), global domination has its primary source in the control of technological innovations. In this sense, it is stated that “technology dominance currently constitutes the cornerstone of the international power structure.” Few developing countries rank among the leading countries in technology sectors, with China being the prominent representative in the field of innovation, with high investment rates in research and development and a significant number of patent applications each year. Other countries such as India, Thailand, Vietnam, the Philippines, Russia, Chile, Brazil, and South Africa also seek to achieve more prominent positions in this field and have shown performance above expectations, but they still lag far behind the level of technological development of developed countries such as the United States, Japan, and European countries (WIPO 2022).

Where outbound ISMs are implemented in addition to other measures that limit investments abroad, this may have an impact on the ability of developing countries to access technologies. The same can be said in relation to inbound ISMs where they restrict investments from developing countries.

As explained above, one of the factors influencing the adoption of ISMs by developed countries was the increasing number of developing-country MNCs. Over the past few decades, FDI from developing countries has emerged as a significant driver of economic globalization (Aiyar et al. 2023). This growth is exemplified by the rise of emerging multinational enterprises (EMNEs), which represent the visible expansion of outward foreign direct investment (OFDI) from developing countries.

Between 1995 and 2015, the share of OFDI stocks from developing countries has tripled from 4% to 12%, amounting to an equivalent of US\$2.8 trillion. National security concerns have arisen in relation to these EMNEs particularly because state ownership is prominently widespread in many EMNEs, especially when compared to large multinational enterprises (MNEs) from developed countries (Bezuidenhout et al. 2021, 2–3).

Enterprises from China, Brazil, South Africa, India, Russia, and Turkey have made significant strides in penetrating markets of both developing and developed countries. This notable interest in investment by EMNEs is a result of economic liberalization in their home countries and fundamental changes in foreign trade and investment policies. These changes have not only attracted substantial levels of inward FDI but have also motivated enterprises from emerging markets to expand

their investments in foreign markets (Bezuidenhout et al. 2021, 5).

By investing in developed host countries, EMNEs can access their technology, which may empower them to upgrade their capabilities, improve competitiveness, and expand their market reach. It enables them to tap into the knowledge and resources available in these countries, driving their growth and success in the global economy.

Developed countries often possess cutting-edge technology, research and development capabilities, and innovative practices. EMNEs can leverage partnerships, collaborations, and acquisitions in the host country to gain access to these technologies. This allows them to enhance their own product offerings, improve production processes, and stay competitive in the global market.

Also, by operating in developed host countries, EMNEs can interact with local businesses, universities, and research institutions. This facilitates knowledge sharing, technology transfer, and learning from best practices. EMNEs can acquire valuable insights, expertise, and technical know-how from the developed country's technology ecosystem, which can be applied in their home country or other markets.

In addition, being present in a developed host country provides EMNEs with opportunities to build networks and collaborate with local firms, industry associations, and research clusters. These collaborations can lead to joint research and development projects, access to specialized resources, and knowledge exchange. Such partnerships can enhance the EMNE's technological capabilities and open doors to new market opportunities.

Further, by integrating advanced technologies from developed host countries into their operations, EMNEs can enhance their competitiveness in both domestic and international markets. Upgrading technological capabilities enables them to improve product quality, increase productivity, and develop innovative solutions that meet customer demands. This, in turn, helps them gain a competitive edge over their rivals.

A recent IMF study which has analysed the phenomenon of geopolitical fragmentation, of which the proliferation of ISMs is an integral part, concluded that several emerging market and developing economies are highly vulnerable to FDI relocation deriving from onshoring and friend-shoring strategies of advanced economies. This is explained by their reliance on FDI from geopolitically distant countries. Over the long term, the division of FDI due to the emergence of geopolitical blocs can result in significant declines in output. These declines can be particularly harsh for emerging market and developing economies that face increased limitations from advanced economies, which are their primary providers of FDI (Ahn et al. 2023).

The study also shows that if FDI continues to decrease and its distribution across countries

changes, it could have significant negative consequences for host countries. This could result in lower capital accumulation and limited technological advancements. Vertical FDI, which is more likely to be targeted by policies promoting investment in strategic sectors, contributes to economic growth due to its knowledge-intensive nature. The presence of multinational corporations also directly benefits local businesses. In advanced economies, competition from foreign firms encourages domestic firms to enhance productivity. In emerging market and developing economies, domestic suppliers benefit from technology transfers and increased demand for inputs from foreign firms in downstream sectors (Ahn et al. 2023, 94).

Aiyar et al. (2023), in turn, call attention to the fact that emerging markets and low-income countries are particularly vulnerable to trade and technology fragmentation. Due to their distance from the technological frontier, they suffer disproportionately when access to embodied technology and research and development (R&D) is limited.

Additionally, technological fragmentation and limited diffusion of technology could have a significant negative impact on innovation and productivity, especially for less developed countries. Barriers that restrict access to high-tech inputs and services can hinder the transfer of knowledge and impede income convergence between nations. Government intervention aimed at preventing technological advancements may result in costly barriers to technology diffusion. These efforts can discourage research and development due to restricted market access, hinder innovation (including for climate-friendly technologies and semiconductors), and create shortages in other industries, leading to higher prices and limited entry of new companies.

Recent data localization measures implemented by certain governments may lead to increased state control over data, data flows, and digital technologies, potentially hampering productivity and driving up prices. Efficiency losses resulting from technological and digital fragmentation can be particularly significant in areas where common platforms facilitate quick verification of tech protocols, such as in cross-border payments (Aiyar et al. 2023, 16).

In technological terms, it is important to recall that developing countries may face a challenge in the context of the Fourth Industrial Revolution if it results in substantial re-shoring of global manufacturing to advanced economies, which is likely to happen if competitiveness of firms is no longer driven primarily by access to low-cost labour. Historically, developing countries have relied on their cost advantages to build strong manufacturing sectors that serve the global economy. This pathway has allowed them to accumulate capital, transfer technology, and raise incomes.

However, if this pathway becomes less viable, these countries will need to reconsider their industrialization models and strategies. One concern is that the Fourth Industrial Revolution may



result in a winner-takes-all dynamic, both among countries and within them. This dynamic could exacerbate social tensions and conflicts, leading to a less cohesive and more volatile world. It is important to recognize and address this potential danger (Schwab 2016).

Considering the aforementioned factors, ISMs implemented by developed countries on national security grounds, as part of a broader strategy of geoeconomic fragmentation, could have a disproportionately severe impact on developing countries. These measures have the potential to impede the diffusion of technology and diminish the potential benefits derived from foreign direct investment (FDI). Consequently, this could further widen the technological gap between, in particular, developed and developing nations, if ISMs are to be employed as a “friend-shoring” tactic to redirect investments away from developing countries and impose limitations on investments from EMNEs.

These adverse effects should be considered by developing countries when deciding whether to emulate national security agendas of developed countries or to elaborate individual or joint strategies to contest them.

#### **4 POTENTIAL CHANGING TRENDS IN THE REGULATION RELATING TO INTERNATIONAL TECHNOLOGY TRANSFER AND TECHNOLOGY PROTECTION IN VIEW OF THE RISE OF ISMs**

The proliferation of ISMs along with friend-shoring mechanisms have the potential to bring about changing trends in the regulation relating to international technology transfer and technology protection. The increased use of ISMs can have implications for technology transfer, as it introduces an additional layer of scrutiny and regulation. It may lead to more stringent requirements and conditions imposed on foreign investors, particularly in sectors related to advanced technologies. Additionally, it represents a new form of technology protection, which has been historically made through intellectual property (IP) rules.

Traditionally, countries have protected their technology through national IP laws, in particular, patent laws. During the 18th and 19th centuries, lawmakers had nationalist concerns. In the US, patents were afforded to US citizens only. In France the individual introducing a foreign patent was treated on equal footing with the true inventor. The system was built to free ride on English inventions (WIPO 2017, 45).

With the intensification of trade among countries, the industrialists of the most technically developed countries launched the idea of international protection of patents. In 1883, with the signing of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, an internationalization phase in IP



protection begun. However, with the advent of globalization, the Paris Convention was not enough to protect the technology of major industrialised countries as it did not oblige other countries to adopt a minimum standard of protection.

The decolonization and independence of many developing countries and the economic growth of these emerging economies, with their own technological capacity and newly acquired capacity to reverse engineer foreign inventions resulted in tensions and concerns from the industrialized world. The problem was “solved” with the signing of the TRIPS Agreement in 1995, which obliged Members to adopt minimum standards of protection set forth in the Agreement, which should also be extended to nationals and those assimilated to residents of other countries (WIPO 2017, 47).

Still, the presence, within the context of the TRIPS Agreement, of more open concepts and a greater concern for balancing the rights of IP rights holders and the interests of Member countries regarding technological development, health and nutrition protection, promotion of public interest in sectors relevant to socio-economic and technological development, resulted in some policy space for developing countries to implement national technology transfer strategies.

Consequently, several developing countries have incorporated performance requirements, control of restrictive clauses, and administrative review of technology transfer contracts into their national legislations to ensure greater effectiveness in the process of disseminating technology to the domestic market through foreign investments (Franco 2010; Raslan 2021, 353).

However, countries in the Global North, to maintain their dominance in technology markets and, above all, to hinder the technological advancement of certain countries in the Global South, have reacted to more assertive domestic policies of developing countries regarding technology transfer. In this regard, the literature notes a tendency, on the part of developed countries, to adopt trade and investment agreements with developing countries that restrict the possibility for the latter to implement rules on technology transfer to foreign companies (Abbott 2020).<sup>9</sup> Developed countries have also started proposing bilateral treaties with developing countries, which establish higher

<sup>9</sup> Abbott (2020, 260–61) highlights a trend among developed countries to incorporate provisions that restrict domestic rules for technology transfer in preferential trade and investment agreements. As an illustrative example, the United States has included clauses to this effect in agreements with developing countries since the conclusion of its bilateral trade agreement with Chile in 2004, which stated that the approval of investments would not be conditioned on a performance requirement “to transfer specific technology, a production process, or other proprietary knowledge to a person in its territory.” (Article 10.5.1(f)) This type of provision has become a constant feature in U.S. negotiations of preferential agreements. Furthermore, it can be found in the text of the Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP), preserved in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP). The EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) also includes a restriction on technology transfer requirements in essentially identical terms.

protection standards than those set forth in the TRIPS Agreement, also known as TRIPS-Plus agreements (Basso 2005).

Furthermore, there is a narrative from developed countries, particularly the United States, members of the European Union, and Japan, condemning what they have labelled as “forced technology transfer” mechanisms by China (Raslan 2021; Yin 2022). In this sense, developed countries have demonstrated their willingness to adopt mechanisms that restrict the regulatory policy space of developing countries in order to curb national technology transfer policies and ultimately secure a leadership position in technology markets.

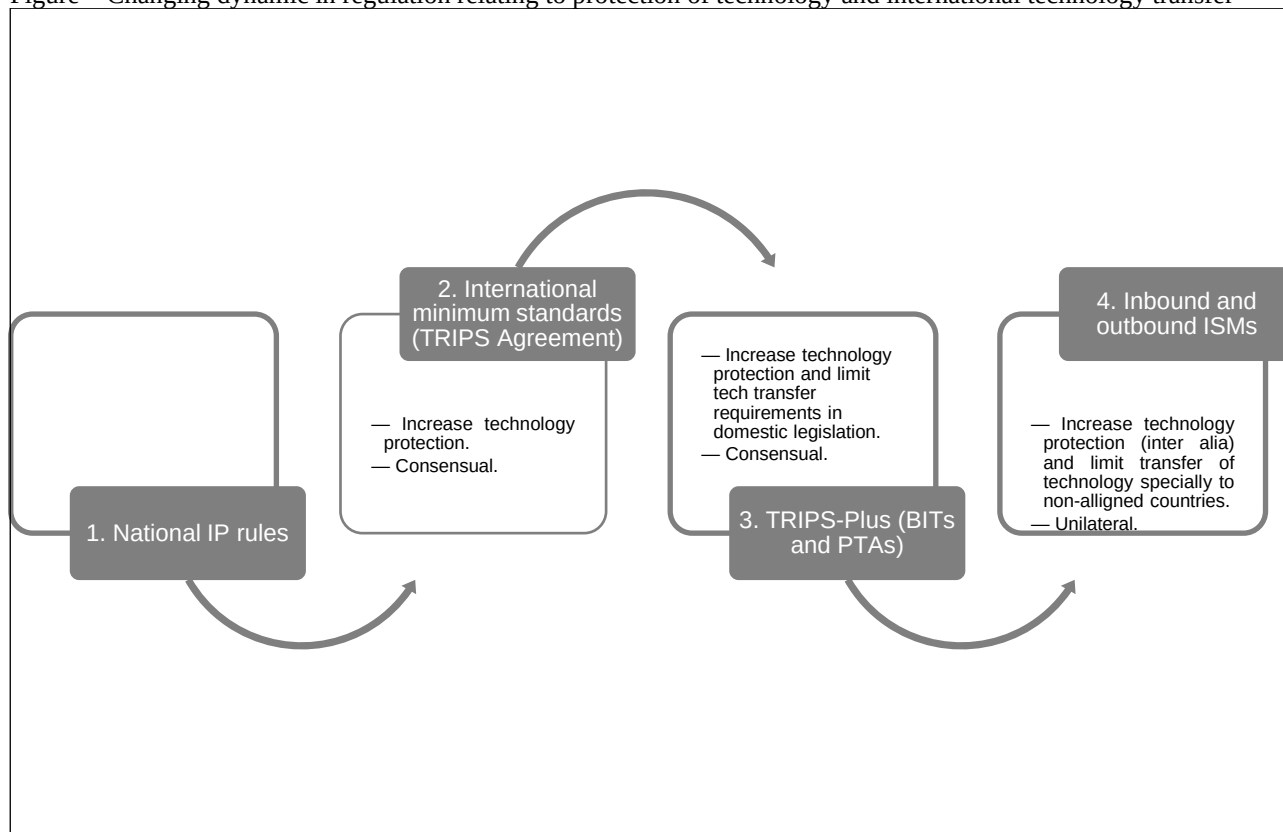
However, until recently, this movement by developed countries was carried out to some extent through consensus-based and negotiated mechanisms, as both the bargaining conducted within the framework of the TRIPS Agreement and the restrictions imposed under trade and investment agreements and TRIPS-Plus agreements presupposed negotiations and concessions between the two sides: the Global North and the Global South.

With the advent of ISMs, there seems to be a new dynamic in the regulation of international transfer of technology and technology protection.<sup>10</sup> Countries are, with their ISMs, adopting unilateral measures of extraterritorial scope and non-consensual nature to protect their indigenous technologies and keep them within the boundaries of the national territory or the territory of like-minded countries.

At the same time, they maintain the power to restrict the access of technologies to third countries either through limitations on, or prohibitions of, investments in their own country or through restricting the investments made by their companies abroad. Protection of technology is associated to a narrative of national security which allows countries to adopt extraordinary measures which may disregard the rule of law. The following Figure illustrates this changing dynamic.

<sup>10</sup> It is acknowledged that ISMs are not only used to protect technology but also advance other policy goals. Nonetheless, this article primarily concentrates on the dimension pertaining to the protection of technological sectors.

Figure – Changing dynamic in regulation relating to protection of technology and international technology transfer



Source: own authorship.

It is also interesting to note that the ISMs' logic of restricting investments based on national security considerations goes against the discourse constructed in the international arena regarding access to and dissemination of technology.<sup>11</sup>

## 5 CONCLUSIONS AND SUGGESTIONS FOR FUTURE RESEARCH

The proliferation of ISMs by developed countries and the resulting changing trends in technology protection and in international technology transfer regulation have the potential of significantly impacting developing countries. Developed countries, by resorting to a broad notion of national security, may adopt stricter measures to protect their technological advancements and strategic industries, which could limit the access of multinational companies from middle income countries to their cutting-edge technologies.

Due to friend-shoring trends, developing countries could also risk having fewer capital

<sup>11</sup> See the preamble and Articles 6, 7, and 66 of the TRIPS Agreement. See also item 17.6 of the 2030 Agenda for Sustainable Development. Other items also articulate this logic of global efforts to promote access and technology transfer to facilitate the development process, such as items 17.7, 17.8, 7.a, 8.1, 8.2, 9.4, 12.a, and 14.a.

inflows from developed countries which could also have adverse effects in terms of their economic and technological development. The questionable securitization of technology within the framework of ISMs without any discernible criteria not only paves the way for increased geoeconomic fragmentation but also exacerbates the growing technological divide between developed and developing nations.

Given this scenario, it is important that future research tests these hypotheses empirically by analysing the impact of decisions of investment screening authorities from developed countries on investments and capital flows from developed countries to developing countries. More broadly, it would be interesting to assess the impact of national security trade and investment measures from developed countries on developing ones.

In this analysis, it is necessary to isolate China from other developing countries due to its specific characteristics in terms of economic and technological capabilities and hegemonic power. It would also be worthwhile to create categories within the developing countries to better reflect their specific features in terms of economic, social and technological development. It would also be valuable to see if there are new clauses or obligations in new BITs and PTAs signed between developed and developing countries which could indicate new forms of restriction on technology transfer.

In addition, future studies could also analyse how developing countries are reacting to these trends. As mentioned, as many countries are adopting ISMs, they may feel under pressure to establish their own mechanisms. On the other side, there seems to be a liberalising trend in some countries as shown in the case of Vietnam. Also, there seems to be resurging a new strategy of non-alignment. In this context, it is important to assess the changes (if any) developing countries are doing in their investment laws.

At the same time, it is equally important to understand their moves in multilateral forums. As mentioned, one criticism to adopt ISMs on national grounds to address risks in technological markets lies on the fact that the state alone cannot solve problems that have a cross-border nature. Advanced technologies, such as artificial intelligence, biotechnology, and cybersecurity, often pose unique challenges that transcend national borders.

Issues like data protection, privacy, and cyber threats require collaborative efforts to develop common frameworks, information-sharing mechanisms, and coordinated responses. International cooperation allows for the pooling of resources and expertise to tackle these shared challenges effectively. Additionally, developing new means for governing emerging technologies requires a multi-stakeholder approach, engaging governments but also the private sector, civil society and other

experts (Roberts 2022). Furthermore, not all technologies may represent a security threat.

While the technology policy gap has continued to widen since 2018, international institutions have adapted and assumed new roles to foster global cooperation and tackle common digital and technological challenges. In parallel, a range of novel formats for international collaboration have emerged (Roberts 2022). In this context, it is important to analyse the extent to which developing countries can shift the forum of the technology debate to these international instances to avoid more protectionism from developed countries.

## REFERENCES

- Abbott, Frederick M. 2020. “Under the Radar: Reflections on ‘Forced’ Technology Transfer and the Erosion of Developmental Sovereignty.” *GRUR International* 69 (3): 260–3.
- Ahn, JaeBin, Benjamin Carton, Ashique Habib, Davide Malacrino, Dirk Muir, and Andrea Presbitero. 2023. “Chapter 4: Geoeconomic Fragmentation and Foreign Direct Investment.” In *World Economic Outlook: A Rock Recovery*. Washington, DC: International Monetary Fund.
- Aiyar, Shekhar, Jiaqian Chen, Christian H Ebeke, et al. 2023. “Geoeconomic Fragmentation and the Future of Multilateralism.” *IMF Staff Discussion Note* SDN/2023/001. Washington, DC: International Monetary Fund.
- Amighini, Alessia, Roberta Rabellotti, and Marco Sanfilippo. 2010. “Outward FDI from Developing Country MNEs as a Channel for Technological Catch-Up.” *Seoul Journal of Economics* 23 (2): 239–61.
- Araya, Daniel, and Maithili Mavinkurve. 2022. *Emerging Technologies, Game Changers and the Impact on National Security*. Reimagining a Canadian National Security Strategy, Report no. 9. Waterloo, ON: Centre for International Governance Innovation. <https://tinyurl.com/mutncsut>.
- Bassan, Fabio. 2010. “Host States and Sovereign Wealth Funds, between National Security and International Law.” *European Business Law Review* 21.
- Basso, Maristela. 2005. *Propriedade intelectual na era pós-OMC: Especial referência aos países latino-americanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Bath, Vivienne. 2015. “The ‘National Interest’, and Australian and Chinese Investment Law and Policy.” In *Australia’s Trade, Investment and Security in the Asian Century*, 97–114.
- Bauerle Danzman, Sarah, and Emily Kilcrease. 2022. “Sand in the Silicon: Designing an Outbound Investment Controls Mechanism.” Issue Brief. Center for a New American Security / Atlantic Council Economic Statecraft Initiative, September.

- Bauerle Danzman, Sarah, and Sophie Meunier. 2021. "The Big Screen: Mapping the Diffusion of Foreign Investment Screening Mechanisms." SSRN, August 28. <https://ssrn.com/abstract=3913248>.
- Bauerle Danzman, Sarah, and Sophie Meunier. 2023. "Mapping the Characteristics of Foreign Investment Screening Mechanisms: The New PRISM Dataset." *International Studies Quarterly*, 68 (2).
- Baumann, Renato, Michelle Ratton Sanchez-Badin, and Ana Maria Morais. 2020. "Instrumentos de avaliação do investimento externo." Brasília: Ipea.
- Berg, Orion, Tobias Heinrich, Farhad Jalinous, Thilo-Maximilian Wienke, and Sabine Kueper. 2022. "Germany Prohibits Sale of Two Companies to Chinese Investors – FDI Scrutiny in Full Swing." White & Case, November 16. <https://tinyurl.com/58xfadmr>.
- Bezuidenhout, Henri, Gabriel Mhonyera, Jacob Van Rensburg, Hsia Hua Sheng, José Marcos Carrera, Jr., and Xinjian Cui. 2021. "Emerging Market Global Players: The Case of Brazil, China and South Africa." *Sustainability* 13.
- Bian, Cheng. 2020. *National Security Review of Foreign Investment: A Comparative Legal Analysis of China, the United States and the European Union*. Abingdon: Routledge.
- Buzan, Barry, and Lene Hansen. 2009. *The Evolution of International Security Studies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Buzan, Barry, Ole Wæver, and Jaap de Wilde. 1998. *Security: A New Framework for Analysis*. Boulder, CO: Lynne Rienner.
- Canes-Wrone, Brandice, Lauren Mattioli, and Sophie Meunier. 2020. "Foreign Direct Investment Screening and Congressional Backlash Politics in the United States." *The British Journal of Politics and International Relations* 22 (4).
- Carrai, Maria Adele. 2020. "The Rise of Screening Mechanisms in the Global North: Weaponizing the Law against China's Weaponized Investments?" *The Chinese Journal of Comparative Law* 8 (2): 351–83. <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxaa026>.
- Cavelty, Myriam Dunn, and Florian J. Egloff. 2019. "The Politics of Cybersecurity: Balancing Different Roles of the State." *St Antony's International Review* 15 (1).
- CEPAL. 2021. *El desarrollo en transición: Hacia un pacto sostenible para América Latina y el Caribe*. LC/TS.2021/10.
- Chan, Z. T., and Sophie Meunier. 2022. "Behind the Screen: Understanding National Support for a Foreign Investment Screening Mechanism in the European Union." *Review of International Organizations* 17.

- Cirera, Xavier, Diego Comin, and Marcio Cruz. 2022. *Bridging the Technological Divide: Technology Adoption by Firms in Developing Countries*. Washington, DC: World Bank.
- Cohen, H. G. 2020. "Nations and Markets." *Journal of International Economic Law* 23 (4).
- Dimitropoulos, Georgios. 2019. "National Security: The Role of Investment Screening Mechanisms." In *Handbook of International Investment Law and Policy*, vol. 1.
- Eaton, Jonathan, and Samuel Kortum. 1999. "International Technology Diffusion: Theory and Measurement." *International Economic Review* 40 (3): 537–70.
- Esplugues Mota, Carlos. 2018. "A More Targeted Approach to Foreign Direct Investment: The Establishment of Screening Systems on National Security Grounds." *Brazilian Journal of International Law* 15: 440.
- Evenett, Simon J. 2021. "What Caused the Resurgence in FDI Screening?" *SUERF Policy Note* No. 240, May.
- Figueiredo, Natália de Lima. 2025. "CFIUS: Uma Visão Panorâmica." In *Instrumentos de Avaliação de Investimentos Externos no Mundo e Seus Debates no Brasil: Volume 1*, edited by Michelle R. Sanchez-Badin and Renato Baumann, 119–45. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).
- Franco, Karin Klempp. 2010. "A Regulação da Contratação Internacional de Transferência de Tecnologia: Perspectiva do Direito de Propriedade Industrial, das Normas Cambiais e Tributárias do Direito Concorrencial." PhD diss., University of São Paulo.
- Freeman, Christopher, and Luc Soete. 1997. *The Economics of Industrial Innovation*. London: Psychology Press.
- Fukushima, Glen S. 2023. "The Geopolitics and Economics of Technology in the Indo-Pacific: Security, Prosperity and Values." *EUI RSC Policy Paper* 2023/01, Global Governance Programme. <https://hdl.handle.net/1814/75402>.
- Furtado, Celso. 1978. "Accumulation and Creativity." *CEPAL Review*.
- G7. 2023. "Foreign Ministers' Communiqué." Japan, April 18.
- Góes, Carlos, and Eddy Bekkers. 2023. "The Impact of Geopolitical Conflicts on Trade, Growth, and Innovation." *arXiv preprint arXiv:2203.12173*. <https://arxiv.org/abs/2203.12173>.
- González, Anabel. 2018. "There's a New Global Technology Race. It Needs Better Trade Rules." World Economic Forum, May 31.
- Kaniecki, Chase D., Vladimir Novak, and Thomas Harbor. 2023. "Outbound Investment Screening Regime—EU May Follow in U.S. Footsteps." *Cleary Foreign Investment and International Trade Watch*, February.



- Keller, Wolfgang. 2002. "Geographic Localization of International Technology Diffusion." *American Economic Review* 92 (1): 120–42.
- Knight, Lizzie, and Tania Voon. 2020. "The Evolution of National Security at the Interface Between Domestic and International Investment Law and Policy: The Role of China." *The Journal of World Investment & Trade* 21 (1).
- Krugman, Paul. 1990. *Technology and International Trade*. Cambridge, MA: MIT Press.
- McCalman, Phillip, Laura Puzzello, Tania Voon, and Andrew Walter. 2023. "Inward Foreign Investment Screening Targets China: Interdisciplinary Perspectives." *Cambridge International Law Journal* 12 (1): 82–104. <https://doi.org/10.4337/cilj.2023.01.06>.
- Mildner, Stormy-Annika, and Max Schmucker. 2021. "Reforming Investment Screening in the European Union." *SWP Research Paper*.
- Moura, Pollyanna Paganoto. 2020. "O regime internacional de propriedade intelectual e suas implicações para as relações econômicas centro-periferia." PhD diss., Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). <https://tinyurl.com/2duay34f>.
- OECD. 2018. "Current Trends in Investment Policies Related to National Security and Public Order." Paris: OECD.
- OECD. 2020. "Investment Screening in Times of COVID-19 – and Beyond." Paris: OECD, July 7.
- OECD. 2021. "Investment Policy Developments in 62 Economies between 16 October 2020 and 15 March 2021." Paris: OECD, May.
- OECD. 2022. "Foreign Direct Investment in Figures." Paris: OECD.
- OECD-UNCTAD. 2022. "Twenty-Seventh Report on G20 Investment Measures." Paris: OECD, July 7.
- Raslan, Reem Anwar Ahmed. 2021. "Transfer of Technology: A North-South Debate?" *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 11 (3): 339–61.
- Roberts, Anthea, Henrique Choer Moraes, and Victor Ferguson. 2018. "The Geoeconomic World Order." *Lawfare*, November 19. <https://tinyurl.com/3259m7a4>.
- Roberts, Megan. 2022. "International Cooperation for a Better Digital Future." Tony Blair Institute for Global Change.
- Roberts, Veronica, Ruth Allen, and Ali MacGregor. 2022. "Key Current Trends in FDI: Global Overview." *Foreign Direct Investment Regulation Guide*, 2nd ed. Global Competition Review, December.
- Sahay, Tim. 2022. "A New Non-Alignment." *Phenomenal World*, November 9.
- Sanchez-Badin, Michelle Ratton, Ana Maria Morais, Carolina Bianchini Bonini, and Manu Misra.



2022. “Instrumentos de Avaliação dos Investimentos Externos: Experiências e Tendências de Estruturas Organizacionais em Quinze Sistemas.” Brasília: Ipea.
- Sanchez-Badin, Michelle Ratton, Ana Maria Moraes, Carolina Bianchini Bonini, and Manu Misra. 2021. “Avaliação de Investimentos Externos em Infraestrutura Crítica: Exemplos no Setor de Energia da Alemanha, da Austrália, dos Estados Unidos e da Rússia.” Brasília: Ipea.
- Schwab, Klaus. 2016. *The Fourth Industrial Revolution*. New York: Currency.
- Slawotsky, Joel. 2018. “The National Security Exception in U.S.–China FDI and Trade: Lessons from Delaware Corporate Law.” *The Chinese Journal of Comparative Law* 6 (2): 228–64.
- Slawotsky, Joel. 2021. “The Fusion of Ideology, Technology and Economic Power: Implications of the Emerging New United States National Security Conceptualization.” *Chinese Journal of International Law* 20 (1).
- Spellmann, Samuel. 2022. “O AIIB e a securitização do desenvolvimento: a transposição da ameaça chinesa para o financiamento multilateral.” *Mural Internacional* 13: 61502.
- Stiglitz, Joseph E. 2023. “Western Industrial Policy and International Law.” *Project Syndicate*, May 31. <https://tinyurl.com/4ds7fxt6>.
- Tezanos Vázquez, Sergio, and Andy Sumner. 2013. “Revisiting the Meaning of Development: A Multidimensional Taxonomy of Developing Countries.” *Journal of Development Studies* 49 (12).
- Toledo, Demétrio Gaspari Cirne de. 2019. “Aspectos Históricos e Conceituais da Dependência Tecnológica da América Latina sob o Novo Neocolonialismo.” *Revista de Economia Política Internacional* 18 (3).
- UNCTAD. 2014. *Current Studies on Science, Technology and Innovation*, No. 8 (UNCTAD/DTL/STICT/2013/8), December 17.
- UNCTAD. 2023. “Investment Policy Monitor, Issue No. 25: The Evolution of FDI Screening Mechanisms.” February 21.
- United States, Japan, and European Union. 2018. “Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union.” May 31. <https://tinyurl.com/343he26z>.
- Wernicke, Stephan F. 2021. “Investment Screening: The Return of Protectionism? A Business Perspective.” In *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions 2020: A Common European Law on Investment Screening*, 29–41.
- White & Case. 2023. “Foreign Direct Investment Reviews 2023: A Global Perspective.” <https://tinyurl.com/42dy6fx7>.
- WIPO. 2017. *Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice*. Wolters Kluwer.

WIPO. 2022. “Global Innovation Index.”

Wu, Mark. 2018. “Chapter 5: Export Policies, Technology Transfer Policies, and Investment Reviews: How States Compete in the Era of Global High-Tech Value Chains.” In *Governing Science and Technology under the International Economic Order*, edited by Mark Wu. Cheltenham: Edward Elgar.

Yannaca-Small, Katia. 2008. “Essential Security Interests under International Investment Law.” In *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*. Paris: OECD.

Yin, Qian. 2022. “Forced Technology Transfer Performance Requirement in International Investment Agreements—A Chinese Perspective.” *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 17 (2): 114–31.

## Case law

### International Investment Arbitration (ICSID / PCA)

*CC/Devas (Mauritius) Ltd. v. Republic of India*. Permanent Court of Arbitration (PCA), Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits (July 25, 2016).

*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Case No. ARB/01/8, Award (May 12, 2005).

*Deutsche Telekom AG v. Republic of India*. Permanent Court of Arbitration (PCA), Case No. 2014-10, Interim Award (December 13, 2017).

*Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Case No. ARB/01/3, Award (May 22, 2007).

*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (October 3, 2006).

### World Trade Organization (WTO) Disputes

WTO. China—Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, DS542 (2018a).

WTO. China—Certain Measures on the Transfer of Technology, DS549 (2018b).

WTO. Russia—Traffic in Transit, DS512 (Panel Report, 2019).

WTO. Saudi Arabia—Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, DS567 (Panel Report, 2020).

**ENQUADRAMENTO CONCEITUAL E UTILIDADE DA FIGURA “DANO EXISTENCIAL” PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE DOGMÁTICO-JURISPRUDENCIAL A PARTIR DE ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

**CONCEPTUAL FRAMEWORK AND UTILITY OF THE “EXISTENTIAL DAMAGE” FIGURE WITHIN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: A DOGMATIC-JURISPRUDENTIAL ANALYSIS BASED ON SUPERIOR LABOR COURT DECISIONS**

Submissão: 15 abr. 2024

Aprovação para publicação: 30 ago. 2025

**Thalles Ricardo Alciati Valim**

Doutor em Direito Civil

Afiliação institucional: Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – (Ituiutaba, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6962-9777>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/1454370462129378>

Email: [thalles.valim@gmail.com](mailto:thalles.valim@gmail.com)

**Gabriela Prado de Abreu**

Graduanda em Direito

Afiliação institucional: Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – (Ituiutaba, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-6738-6800>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/2266410654814881>

Email: [gabriela.1537887@discente.uemg.br](mailto:gabriela.1537887@discente.uemg.br)

**Gabriel Ribeiro Santos**

Graduado em Direito

Afiliação institucional: Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – (Ituiutaba, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-4868-1181>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4582624254594268>

Email: [gabriel06grs@gmail.com](mailto:gabriel06grs@gmail.com)

**Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):**

VALIM, Thalles Ricardo Alciati; ABREU, Gabriela Prado de; SANTOS, Gabriel Ribeiro. Enquadramento conceitual e utilidade da figura “dano existencial” para o ordenamento jurídico brasileiro: análise dogmático-jurisprudencial a partir de acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 2, p. 43-65, maio/ago. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufr.v70i2.95177>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/95177>. Acesso em: 31 ago. 2025.

## RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar as premissas para o reconhecimento dos danos existenciais – que têm sido aventados como uma *nova* hipótese de dano a ser indenizado, inserido no âmbito dos danos extrapatrimoniais – tanto na Itália quanto no Brasil. Trata-se de pesquisa dogmática que, mediante análise dos pressupostos legais e da interpretação dada pela doutrina, buscou identificar se há uma semântica partilhada entre os termos “*danno esistenziale*” e “dano existencial” nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro, respectivamente. Primeiramente, verificou-se se as premissas adotadas para o reconhecimento desse dano na Itália também estão presentes no contexto brasileiro, buscando-se compreender o contexto histórico do dano existencial em seu surgimento no ordenamento jurídico italiano. Na sequência, foi feita uma pesquisa empírica quantitativa, analisando-se acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho (TST) relacionados a um período de cinco anos. A análise dessa jurisprudência do TST revelou que não é comum o reconhecimento desse tipo de dano. Na maioria dos casos analisados foi negada a indenização e, quando ela foi concedida, houve dificuldade em diferenciar entre dano existencial e dano moral. Conclui-se que o dano existencial, sem o contexto de sua origem, oferece pouca utilidade ao sistema jurídico brasileiro.

## PALAVRAS-CHAVE

Danos extrapatrimoniais. Danos existenciais. Danos ao projeto de vida.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the premises for recognizing existential damages—proposed as a new category of compensable non-pecuniary damages—both in Italy and Brazil. It is a dogmatic legal study that, through examination of the legal requirements and doctrinal interpretations, seeks to identify whether a shared semantic understanding exists between the terms “*danno esistenziale*” and “*dano existencial*” within the Italian and Brazilian legal systems, respectively. Initially, the study investigates whether the premises established for recognizing this type of damage in Italy are also present in the Brazilian context, with an emphasis on understanding the historical emergence of existential damage in Italian law. Subsequently, a quantitative empirical research was conducted by analyzing Superior Labor Court (Tribunal Superior do Trabalho – TST) rulings over a five-year period. This jurisprudential analysis revealed that the recognition of existential damages by the TST is uncommon. In most cases, compensation was denied, and when granted, differentiating existential damage from moral damage proved challenging. The study concludes that, without the context of its origin, the concept of existential damage offers limited utility in the Brazilian legal framework.

## KEYWORDS

Non-pecuniary damages. Existential damages. Life project damages.

## INTRODUÇÃO

O dano existencial é figura que vem sendo aventada como uma nova espécie de dano extrapatrimonial, na esteira do fenômeno às vezes denominado “etiquetagem de danos”<sup>1</sup> que é caracterizado pela profusão de novos danos reconhecidos tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no exterior, tais como dano estético, danos à saúde, dano biológico, dano ambiental, dano coletivo e dano psíquico.

Em sistematização tradicional, há a divisão dos danos em duas grandes categorias: (i) a dos danos patrimoniais, que abrange o dano emergente e o lucro cessante, conforme o art. 402 do Código Civil, consistindo na lesão ao patrimônio do indivíduo e suscetível de valor pecuniário; e (ii) a dos danos extrapatrimoniais, que consiste no conjunto de danos insuscetíveis de estimação pecuniária.

A inserção do dano moral nessa divisão varia de acordo com o referencial teórico de cada jurista. Autores como Aguiar Dias (1987), Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 22) e Yussef S. Cahali (2011, p. 20-21) consideram como sinônimos o dano moral e o extrapatrimonial. Segundo, especificamente, Aguiar Dias (1987, p. 852), o dano moral é caracterizado pela violação de direitos não patrimoniais da vítima, que não podem ser mensurados em termos financeiros.

Por outro lado, há autores como Sérgio Cavalieri Filho (1998, p. 74) e Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 184), que, em vez de definirem o dano moral por exclusão em relação ao dano patrimonial, adotam uma definição baseada no tipo de lesão sofrida. Segundo essa última linha de raciocínio, o dano moral poderia ser definido como qualquer prejuízo que afete a dignidade humana e/ou os direitos da personalidade. Nessa perspectiva, o dano moral é compreendido como sendo sinônimo de violação a direitos da personalidade, enquanto o dano extrapatrimonial abrange todos os tipos de prejuízo que não podem ser quantificados em termos financeiros.

É importante mencionar que tanto a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V e X, quanto o Código Civil, em seu artigo 186, utilizam a expressão “danos morais” para se referir a todos os tipos de danos extrapatrimoniais (Martins-Costa, 2001, p. 191). O artigo 5º da Constituição Federal garante, em seu inciso V, o direito à indenização pelos danos materiais e morais ou à imagem. Já o inciso X reforça a importância da proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando também a possibilidade de indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua

<sup>1</sup> A expressão é citada, por exemplo, na decisão monocrática do ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, relator do REsp n. 226.190/RJ, j. 26 out. 1999, DJ 01 fev. 2000: “Independente da nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial, e sua classificação em dano moral, dano à pessoa, dano psíquico, dano estético, dano sexual, dano biológico, dano fisiológico, dano à saúde, dano à vida de relação etc., cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, ou todos reunidos sob uma ou outra dessas denominações, a verdade é que para o juiz essa disputa que se põe no âmbito da doutrina, essa verdadeira ‘guerra de etiquetas’ [...]”.

violação.

No âmbito dos danos morais e da classificação bipartida, surgem novas possibilidades de danos que são comumente classificadas como danos extrapatrimoniais. Exemplos desses danos incluem danos existenciais, danos estéticos, danos à saúde, danos coletivos e danos difusos. No entanto, a grande dificuldade reside em encontrar um local apropriado para enquadrar essas novas espécies de danos, seja inserindo-as no grupo dos danos extrapatrimoniais, seja no dos danos patrimoniais, seja criando uma categoria abrangente.

De forma mais específica, o dano existencial também se apresenta como uma categoria relativamente recente e cuja qualificação é igualmente objeto de discussão. Por um lado, uma corrente defende o dano existencial como uma espécie de dano moral (Moraes, 2009, p. 184-185); por outro, certos juristas apresentam-no como um tipo autônomo (Soares, 2009, p. 46), que não se enquadra nem como sinônimo de dano moral, nem como uma de suas espécies.

Preliminarmente, o dano existencial (*danno esistenziale*) é aquele dano que compromete a dimensão existencial, abrangendo as esferas pessoal, social e profissional (Frota, 2010, p. 244). Em outras palavras, trata-se da violação dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, cujas consequências negativas se refletem na esfera da vida social.

Por essa razão, o conceito de dano existencial é certamente vinculado ao de dano extrapatrimonial. Sua origem, contudo, não é brasileira, tendo surgido nos ordenamentos jurídicos francês e italiano, sendo que a alcunha “dano existencial” é pertencente ao Direito italiano. O fato é que a sistematização da jurisprudência desses dois países permitiu sintetizar o dano existencial como espécie de dano configurada a partir de duas modalidades: “(i) frustração de um projeto de vida ou de um lazer (*préjudice d’agrément*); ou (ii) frustração da vida social (*danno alla vita di relazione*)” (Frota, 2010, p. 275).

A primeira modalidade (projeto de vida – *préjudice d’agrément*) inicialmente esteve vinculada a uma concepção estrita, entendida como a frustração das situações de lazer e de outros prazeres da vida (Sanseverino, 2010, p. 303). Posteriormente, passou a conter um conjunto de situações fáticas mais amplo, incluindo-se nele as hipóteses em que há uma violação à “[...] liberdade do sujeito de realizar-se de acordo com a sua própria livre decisão [...]”, significando “[...] um dano de tal magnitude que afeta, portanto, a maneira como o sujeito decidiu viver, que muda o destino da pessoa, fazendo-a perder o próprio sentido de sua existência” (Sessarego, 1996, p. 43).

A segunda modalidade (vida de relação – *danno alla vita di relazione*)<sup>2</sup> compreende o

<sup>2</sup> É de se ressaltar, contudo, a posição de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010, p. 303), que, diferentemente da maioria dos autores, abrange o *préjudice d’agrément* no dano à vida de relação.

comprometimento das relações estabelecidas entre indivíduos, principalmente em contextos familiares e entre amigos, fundamentais para a narrativa pessoal e o crescimento integral do indivíduo. Distingue-se do dano ao projeto de vida, pois “[p]articipar de atividades recreativas, espirituais, culturais, esportivas e sociais não demanda, necessariamente, a intenção do ser humano ter projetos de ascensão social” (Belmonte, 2020, p. 321).

Apesar de ser comum encontrar, na jurisprudência, afirmações de acordo com as quais os danos existenciais são distintos dos danos morais, observa-se que os tribunais frequentemente utilizam os mesmos critérios de avaliação e quantificação da indenização empregados para os danos morais quando condenam e arbitram indenizações a título de danos existenciais.

Em suma, é preciso saber se há uma semântica comum para a expressão “dano existencial”, partilhada pelos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. Para além disso, deve-se verificar se o sentido atribuído à figura garante, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, autonomia em relação aos danos morais ou extrapatrimoniais.

A aparente contradição na avaliação do dano existencial põe em xeque a sua autonomia como categoria jurídica, o que sugere a necessidade de uma análise acerca das razões originais que levaram ao seu reconhecimento no ordenamento jurídico italiano. Em seguida, também será preciso verificar se (e como) a jurisprudência brasileira vem reconhecendo o dano existencial. Para isso, serão analisados julgados do Tribunal Superior do Trabalho (TST), visto que o dano existencial vem sendo frequentemente reconhecido em ilícitos decorrentes de relações de trabalho.

## 1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DANO EXISTENCIAL

O dano existencial tem origem no ordenamento jurídico italiano, formulado a partir de dois dispositivos do Código Civil daquele país, quais sejam: (i) o art. 2.043, que fundamenta a reparação de danos patrimoniais; e (ii) o art. 2.059, que serve como fundamentação para a reparação de danos extrapatrimoniais.

O art. 2.043 aduz que qualquer conduta culposa lesiva requer reparação, estabelecendo-se como uma cláusula geral de reparação de danos. O art. 2.059, por sua vez, regulamenta as hipóteses de indenização por danos morais ou extrapatrimoniais, permitindo-a apenas quando expressamente prevista pela legislação. Dessa forma, a reparação por danos morais na Itália apresenta-se como um sistema de tipicidade fechada, visto que depende de expressa previsão legal (Trimarchi, 2021, p. 590).

O fechamento do sistema de reparação por danos extrapatrimoniais foi essencial para a construção da categoria do dano existencial e de outros tipos de danos. Uma compreensão adequada



do dano existencial requer o entendimento de que ele é apenas a última etapa de um progressivo processo de identificação de novas formas de danos no sistema jurídico italiano, cujo início ocorreu com o advento do dano biológico.

O dano biológico seria o prejuízo que afeta a saúde do indivíduo como um todo, incluindo os aspectos físicos, psicológicos e sociais (Queiroz, 2013, p. 6). Esse tipo de dano foi inicialmente reconhecido com base no artigo 2.043<sup>3</sup> do Código Civil, como uma forma de superar as limitações do artigo 2.059. Dessa maneira, o reconhecimento do dano biológico ampliou as possibilidades de indenização<sup>4</sup>, abrangendo também as lesões capazes de afetar a saúde das vítimas, de forma ampla.

Em seguida, para romper de vez com as limitações impostas pelo Código Civil, vinculou-se o dano biológico diretamente com a Constituição Italiana, que consagra o direito à saúde como um direito fundamental (art. 32)<sup>5</sup>. A Constituição italiana foi, portanto, utilizada como válvula de escape em relação ao art. 2.059 do Código Civil italiano, para impedir que a restrição imposta por essa última norma fechasse as portas para o reconhecimento de reparação a lesões extrapatrimoniais.

Após a constatação de que o direito à saúde é um direito fundamental que requer proteção especial, houve uma progressiva utilização da terminologia “dano biológico” para rotular casos diversos, como forma de evitar as limitações impostas pelo artigo 2.059, que permitia apenas a reparação por danos extrapatrimoniais nos casos previstos em lei. Esse alargamento progressivo do conceito de dano biológico decorreu não apenas da proteção especial do Estado ao direito à saúde, mas também da invocação do dano biológico pelas cortes italianas como meio de reparação em casos que envolviam a violação de direitos fundamentais.

Neste estágio, foram identificadas hipóteses de dano biológico nas seguintes situações: (i) frustração de relações sexuais entre marido e esposa devido a erro médico em cirurgia que causou lesões no trato genital-urinário<sup>6</sup>; (ii) assédio sexual de empregador sobre empregados<sup>7</sup>; (iii) perda de oportunidade de aborto legal (*wrongful birth*) em razão de ausência de diagnóstico de que o feto nasceria com deficiência<sup>8</sup>.

Numa evolução dessa tendência de amplo reconhecimento dos danos reparáveis a partir de preceitos constitucionais, a categoria de dano existencial surgiu na Itália a partir do direito ao livre

<sup>3</sup> “Articolo 2043 – Chiunque cagiona ad altri un danno ingiusto, obbligato a risarcirlo”.

<sup>4</sup> Como deixou-se de lado uma teoria mais complexa e fechada, o artigo 2.043 do Código Civil Italiano deixa de maneira mais aberta a conceituação daquilo que é a responsabilidade civil, haja vista que o dispositivo assim aduz: “Quem quer que cause a outrem um dano injusto, é obrigado a repará-lo”.

<sup>5</sup> Itália, Corte costituzionale della Repubblica Italiana, Sentenza 184/1986, Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, 30 jun. 1986.

<sup>6</sup> Itália, Corte di Cassazione, sez. III civ., sentenza n. 6607, 11 nov. 1986.

<sup>7</sup> Itália, Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza n. 7768, 17 jul. 1995.

<sup>8</sup> Itália, Corte di Cassazione, sez. III civ., sentenza n. 12195, 1 dez. 1998.



desenvolvimento da personalidade, garantido pelo art. 2º da Constituição, que afirma: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do Homem, seja como ente singular, seja nas formações sociais em que se desenvolve a sua personalidade, e requer o adimplemento dos deveres inafastáveis de solidariedade política, econômica e social” (tradução nossa)<sup>9</sup>.

Paolo Cendon, um dos principais representantes dessa corrente doutrinária, afirma que “o dano biológico [...] nada mais é do que um dano existencial; isto é, um subtipo ou uma parcela desse último” (Cendon, 2015, p. 20, tradução nossa).

Conforme essa perspectiva, o dano existencial pode ser definido como “prejuízo causado à esfera existencial da vítima, determinando uma piora das suas condições de vida e uma danificação geral da personalidade” (Ludovico, 2020, p. 20).

Da breve exposição das origens, na Itália, percebe-se que o dano existencial foi reconhecido em razão da limitação imposta pelo artigo 2.059 do Código Civil. Se esse artigo não existisse, não haveria a necessidade de se criar uma categoria que fosse amparada diretamente na Constituição italiana. Isso porque o conceito amplo de dano moral já se mostra com potencial de indenizar praticamente qualquer situação de prejuízo extrapatrimonial, não importando a sua natureza específica. Nesse sentido, por exemplo, Massimo Bianca alertava contra indenização simultânea por danos morais e biológicos: “Adicionar à reparação do dano biológico também uma reparação pelo dano ‘moral’ redundante, portanto, em uma abusiva duplicidade do dano reparável” (Bianca, 1994, p. 181, tradução nossa)<sup>10</sup>.

Claramente, o problema que surge é o da banalização do dano existencial e, conseqüentemente, do dano moral. Por isso mesmo, a própria Corte de Cassação italiana, em sentença de 11 de novembro de 2008, promoveu recuos importantes no reconhecimento da autonomia do dano existencial. Nessa decisão, a Corte atribuiu uma função meramente descritiva para as diversas figuras vinculadas aos danos extrapatrimoniais – “[...] come mera sintesi descrittiva, vanno intese le distinte denominazioni [...]” –, inclusive o dano existencial, ao mesmo tempo que alertou para os riscos de se conceder indenizações supostamente distintas para as diversas espécies de danos extrapatrimoniais, na medida em que pode haver enriquecimento sem causa da vítima<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> No original: “Costituzione della Repubblica Italiana, Art. 2º. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

<sup>10</sup> No original: “Aggiungere al risarcimento del danno biologico anche il risarcimento del danno ‘morale’ si risolve pertanto in un’abusiva duplicazione del danno risarcibile”.

<sup>11</sup> Itália, Corte di Cassazione, sezioni unite civili, sentenze n. 26972, 26973, 26974 e 26975, 11 nov. 2008.

## 2 A RECEPÇÃO DO DANO EXISTENCIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Flaviana Rampazzo Soares foi uma das primeiras a tratar do dano existencial no Brasil, com a sua obra “Responsabilidade civil por dano existencial”, publicada em 2009. Juntamente com outros autores, tais como Júlio César Bebbber, Hidemberg Alves da Frota e Tula Wesendonck, a autora sustenta que o dano existencial deve ser reconhecido como um novo dano extrapatrimonial e, portanto, uma categoria autônoma. Para Flaviana Soares (2009, p. 44) o dano existencial é uma:

[...] lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja uma atividade, seja um conjunto de atividades que a vítima do dano normalmente tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar sua forma de realização, ou mesmo suprimir da sua rotina.

Já Júlio Cesar Bebbber (2009, p. 28) destaca alguns componentes cruciais para a quantificação (*quantum*) do dano existencial:

a) a injustiça do dano. Apenas o dano injusto e lesivo poderá ser considerado ato ilícito; b) a situação presente, os atos realizados (passado) rumo à conquista do projeto e/ou planejamento de vida e a situação futura com a qual deverá resignar-se ao sujeito; c) a direta e objetiva razoabilidade do projeto de vida do empregado. Apenas a ofensa e violação de projetos razoáveis (dentro de uma lógica do presente e perspectiva de futuro) determina o dano existencial, ou seja, é necessário haver possibilidade ou probabilidade de realização do projeto de vida; d) o alcance do dano. É indispensável que o dano injusto tenha frustrado (comprometido) a realização do projeto de vida (importando em renúncias diárias) que, agora, tem de ser reprogramado com as limitações que o dano impôs.

Mas a recepção da nova modalidade de dano extrapatrimonial não ocorreu pacificamente, havendo aqueles que apontam para a inserção da figura no conjunto dos danos morais. Entre eles, a título de exemplo, destaca-se Fernando Noronha, que, embora favorável à adoção do rótulo “dano existencial” como instrumento de identificação de novas hipóteses de lesão extrapatrimonial, adverte para a necessidade de sua recondução ao dano moral, após a identificação da lesão. Em sua visão, portanto, não se trata de modalidade autônoma de dano extrapatrimonial, mas espécie de dano moral. A utilidade da figura seria, então, meramente taxonômica:

A nosso ver, realmente é preciso considerar o dano existencial, mas não é necessário fazer dele uma categoria autônoma, para ser contraposta ao dano anímico. Pelo menos entre nós, em que não existem restrições à reparação desta espécie de danos, o dano existencial será um dos tipos que é possível distinguir dentro dos danos anímicos. Não é necessária a criação dessa nova categoria e, por outro lado, não parece ser exata a classificação dos danos em geral (danos patrimoniais, morais e existenciais) em que ela assenta e que é pressuposta pelos juristas que a sustentam (Noronha, 2005, p. 83).

Em outro extremo, levantam-se ainda vozes absolutamente contrárias ao reconhecimento do dano existencial, não enxergando qualquer utilidade para a figura no Direito brasileiro, vistas as

peculiaridades que suscitaram a sua construção pelo ordenamento jurídico italiano. Dentre essas vozes, pode-se citar a de José Fernando Simão, para quem o reconhecimento do dano existencial no Brasil representaria “servilismo de parte da doutrina brasileira que não consegue fazer uma verdadeira comparação de sistemas. Basta se verificar que, em um sistema aberto, a criação de um ‘novo dano’ carece de base teórica suficiente para a autonomia da categoria” (Simão, 2017).

No âmbito do Direito do Trabalho, o dano existencial tem adquirido crescente relevância. Ele decorreria de condutas ilícitas praticadas pelos empregadores, sobretudo aquelas em que se impede que o trabalhador estabeleça relações sociais e desfrute de uma vida em sociedade fora do ambiente de trabalho (Alvarenga; Boucinhas Filho, 2014, p. 185).

Após a promulgação da Lei nº 13.467/2017, conhecida popularmente como Reforma Trabalhista, houve a introdução, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), do artigo 223-B, que aduz: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda *a esfera moral ou existencial* da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação” (grifo nosso). Com a introdução dessa norma no ordenamento jurídico brasileiro, houve vozes na doutrina que argumentaram ter havido um reconhecimento explícito, pelo legislador, da reparabilidade dos danos existenciais (Oliveira, 2018, p. 82-104).

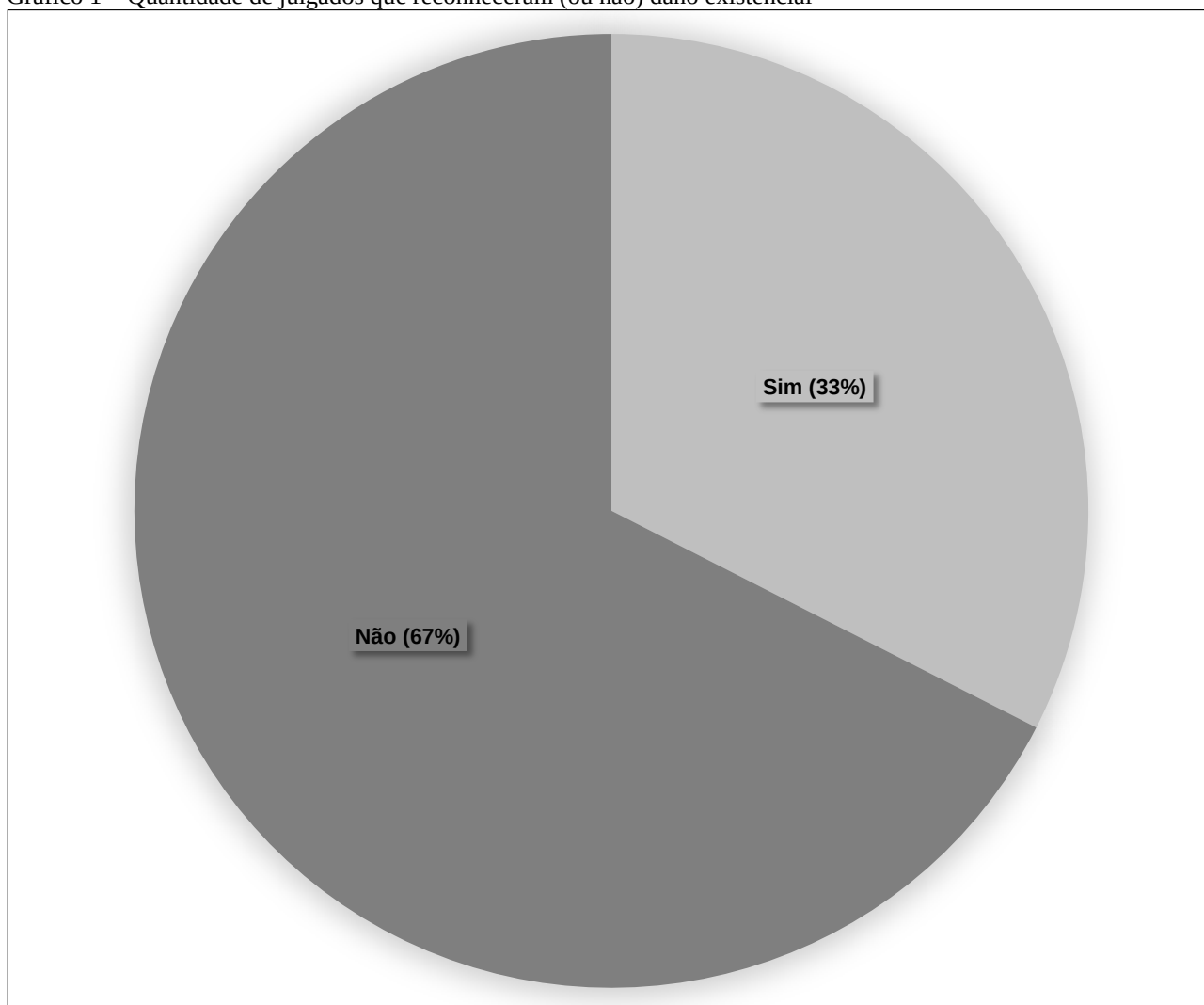
Daí advém, portanto, a utilidade de análise da jurisprudência trabalhista, com vistas a identificar como vem sendo interpretado o dano existencial, os pressupostos fáticos para o seu reconhecimento, bem como os critérios de arbitramento de indenização.

### 3 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE DANOS EXISTENCIAIS

Dadas as limitações do presente trabalho, a análise da jurisprudência trabalhista relacionada ao dano existencial ocorreu a partir de recorte temático-temporal, restringindo-se a coletar os acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho (TST) prolatados no período de 18 de março de 2018 a 19 de março de 2023. A coleta se deu mediante a utilização da ferramenta de pesquisa de jurisprudência disponibilizada pelo próprio tribunal em seu sítio eletrônico. Para tanto, foram empregadas as expressões “dano existencial” ou “danos existenciais”, com pesquisa pelos termos tanto nas ementas quanto no inteiro teor dos acórdãos.

Da pesquisa jurisprudencial foi obtido um total de trezentos e vinte e três acórdãos. Observou-se que, desse total, duzentos e dezoito não reconheceram direito a reparação por danos existenciais, correspondendo a cerca de 67% da amostra pesquisada, conforme o Gráfico 1.

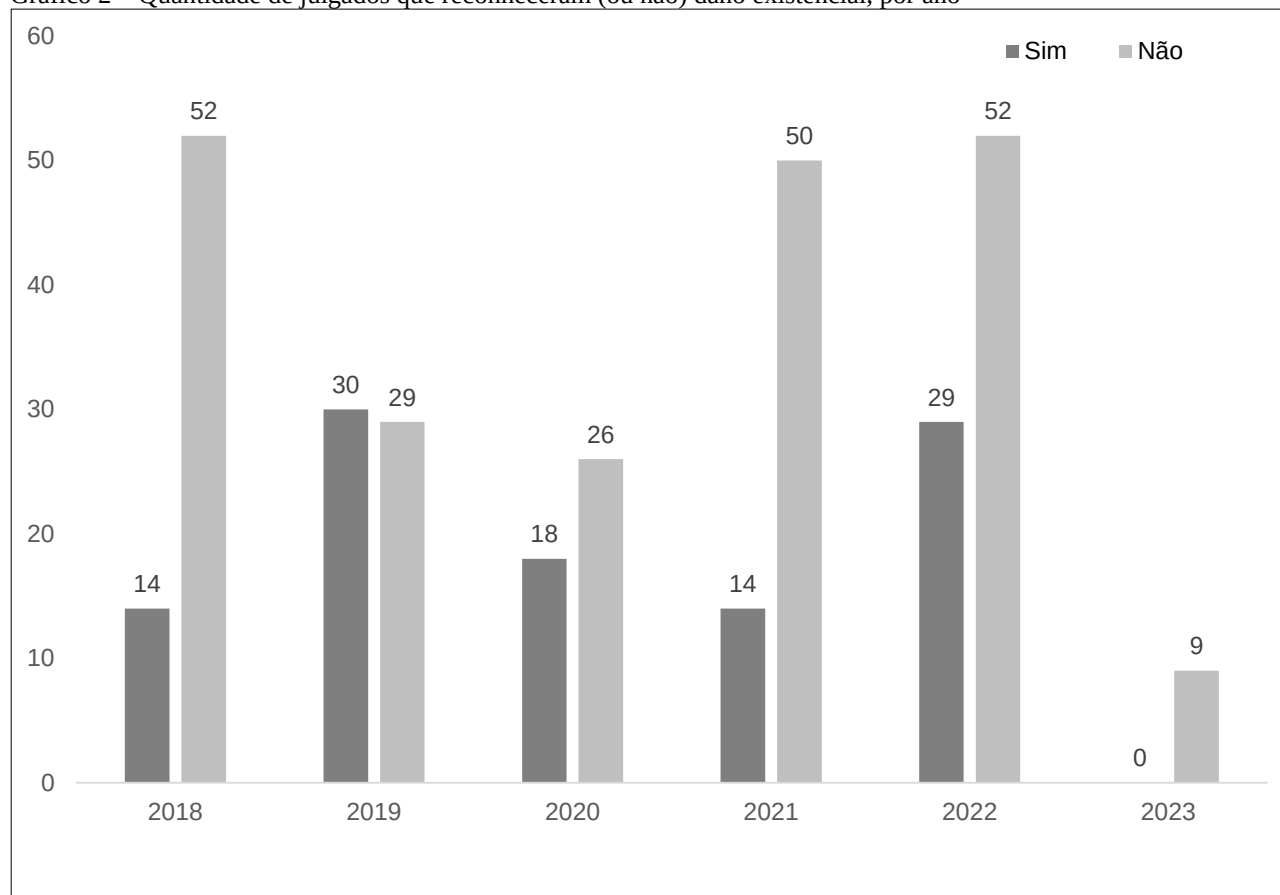
Gráfico 1 – Quantidade de julgados que reconheceram (ou não) dano existencial



Fonte: autoria própria, a partir de julgados encontrados no repositório institucional do TST.

Distribuídos anualmente, verificou-se que em todos os anos, salvo em 2019, o número de acórdãos que não reconheceram direito a reparação por danos existenciais foi significativamente superior ao dos que o reconheceram, sendo que, em 2023, até a data de 18 de março, nenhum acórdão havia condenado à indenização por danos existenciais, conforme o Gráfico 2.

Gráfico 2 – Quantidade de julgados que reconheceram (ou não) dano existencial, por ano



Fonte: autoria própria, a partir de julgados encontrados no repositório institucional do TST.

Dos acórdãos que reconheceram direito a reparação por danos existenciais, apenas três não o relacionaram a uma jornada de trabalho extenuante. Nesses três casos, as razões para as condenações foram: (i) leucemia desenvolvida por contato com benzeno em ambiente de trabalho, com a vítima tendo o direito de reparação por danos existenciais reconhecido em razão da comprovação de que perdera o “ânimo de viver”, mediante laudo pericial<sup>12</sup>; (ii) síndrome do pânico ocasionada em cobradora de ônibus que, em curto período, presenciou diversos assaltos à mão armada, sendo que, no último deles, caíram sobre si pedaços do cérebro de passageiro, que veio a óbito com tiro de arma de fogo em sua cabeça, após o assaltante brincar de “roleta-russa”<sup>13</sup>; (iii) supressão do direito a férias, por dezessete anos consecutivos, impedindo ao trabalhador usufruir de direito a lazer<sup>14</sup>.

Em todos os demais acórdãos, o reconhecimento dos danos existenciais esteve vinculado a uma jornada extenuante. Nesse grupo, que totalizou cento e dois acórdãos, há ainda uma subdivisão.

<sup>12</sup> TST, AIRR-550-20.2015.5.05.0029, 3ª Turma, relator ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 10/06/2022.

<sup>13</sup> TST, Ag-AIRR-20732-79.2019.5.04.0331, 3ª Turma, relator ministro Maurício Godinho Delgado, DEJT 25/02/2022.

<sup>14</sup> TST, RR-25699-03.2017.5.24.0002, 6ª Turma, relatora ministra Kátia Magalhaes Arruda, DEJT 11/02/2022.

De um lado, há um conjunto de acórdãos que entendem haver dano existencial em decorrência automática de jornada de trabalho extenuante, independentemente de a quantidade de horas extras habitual estar ou não acima do limite legal. De outro, encontram-se os acórdãos que estabelecem um patamar mínimo de horas trabalhadas, a partir do qual os danos existenciais seriam considerados *in re ipsa*<sup>15</sup>. Esse piso estabelecido é, em alguns casos, de dez horas<sup>16</sup>, mas, na maioria, estabeleceu-se o mínimo de doze horas trabalhadas<sup>17</sup>. Ao que parece, os dois valores máximos foram estabelecidos pela jurisprudência com base na quantidade máxima de sobrejornada de trabalho permitida pela legislação, sendo de 10 horas (CLT, arts. 58 e 59) ou doze horas (CLT, art. 59-A), a depender das circunstâncias.

Dos acórdãos que denegaram o pedido de reparação por danos existenciais, cento e sessenta e um (73,8 %) fundamentaram as suas conclusões na asserção de que a sobrejornada de trabalho não é, por si só, causadora dos danos existenciais, exigindo-se, para tanto, prova específica de uma lesão ao direito a lazer e convívio social<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Ag-AIRR - 806-04.2017.5.12.0059; RR - 1374-15.2017.5.10.0014; ARR - 555-75.2016.5.08.0012; ARR - 11568-08.2014.5.01.0054; RRAg - 20099-38.2013.5.04.0021; RR - 358-60.2014.5.04.0802; RR - 669-40.2017.5.12.0053; AIRR - 10204-79.2019.5.15.0104; ED-RR - 857-18.2016.5.12.0037; RRAg - 436-63.2016.5.06.0144; RR - 1607-89.2015.5.06.0144; ARR - 20211-45.2013.5.04.0752; AIRR - 11107-08.2016.5.03.0152; RR - 2133-66.2014.5.09.0028; RR - 1141-55.2013.5.04.0004; Ag-RR - 10920-05.2017.5.18.0004; Ag-E-ARR - 10503-48.2014.5.03.0142; RR - 1001084-55.2013.5.02.0463; AgR-E-ED-RR - 1625-41.2012.5.04.0801; ARR - 1001273-51.2016.5.02.0714; Ag-RR - 11398-08.2016.5.18.0017; Ag-RR - 10645-87.2014.5.15.0087; ARR - 476-02.2015.5.04.0802; Ag-AIRR - 10525-56.2017.5.03.0157; ED-ARR - 146-54.2014.5.17.0001; RR - 1280-86.2016.5.09.0513; ARR - 2016-65.2015.5.06.0144; ARR - 1000389-78.2016.5.02.0372; RR - 1000875-61.2017.5.02.0038; ARR - 20118-77.2016.5.04.0461; AIRR - 10282-52.2014.5.15.0103; ARR - 146-54.2014.5.17.0001; Ag-AIRR - 10888-65.2014.5.15.0011; ARR - 982-82.2014.5.04.0811; Ag-AIRR - 669-77.2014.5.04.0664; ARR - 590-11.2016.5.08.0117; Ag-AIRR - 1449-43.2013.5.09.0654; RR - 1321-17.2015.5.06.0143; RR - 102500-06.2009.5.17.0011; ARR - 10503-48.2014.5.03.0142; AIRR - 11477-85.2014.5.15.0034; AIRR - 1793-56.2013.5.09.0029; RR - 20509-83.2015.5.04.0811; ARR - 10473-89.2015.5.15.0062; AIRR - 1063-25.2016.5.12.0007; ARR - 2036-94.2014.5.02.0017; Ag-AIRR - 11583-19.2015.5.18.0102; Ag-AIRR - 10288-17.2015.5.03.0149; RR - 11053-80.2015.5.03.0086; RR - 503-31.2014.5.04.0701; RR - 11892-10.2015.5.03.0053; RR - 498-62.2012.5.04.0512; AIRR - 1395-95.2014.5.06.0017. ED-Ag-AIRR - 21745-93.2016.5.04.0404; RRAg - 2309-64.2016.5.09.0678.

<sup>16</sup> ED-Ag-AIRR - 21745-93.2016.5.04.0404; RRAg - 2309-64.2016.5.09.0678.

<sup>17</sup> ARR - 984-25.2017.5.12.0035; RRAg - 682-67.2017.5.09.0006; RRAg - 10893-10.2016.5.15.0014; AIRR - 696-69.2017.5.05.0036; Ag-AIRR - 10331-10.2019.5.15.0074; ED-RR - 1945-33.2014.5.09.0009; Ag-ED-RR - 10289-31.2018.5.15.0062; Ag-ED-ARR - 11465-16.2016.5.15.0062; Ag-ARR - 759-98.2015.5.17.0014; ARR - 183-86.2016.5.09.0663; RR - 463-85.2014.5.12.0035; Ag-AIRR - 10003-48.2014.5.15.0012; RR - 1945-33.2014.5.09.0009; RRAg - 21703-75.2016.5.04.0232; Ag-AIRR - 11871-04.2015.5.15.0052; RRAg - 1322-02.2013.5.04.0022; Ag-AIRR - 10013-49.2016.5.15.0036; Ag-RRAg - 1001550-13.2016.5.02.0441; RRAg - 20288-68.2016.5.04.0002; Ag-AIRR - 11088-85.2016.5.15.0081; RRAg - 10415-25.2015.5.15.0147; Ag-AIRR - 930-12.2017.5.09.0013; AIRR - 10271-71.2014.5.15.0087; RR - 1153-38.2015.5.17.0101; ED-ARR - 11568-08.2014.5.01.0054; ARR - 10972-60.2016.5.15.0152; ARR - 10278-49.2013.5.15.0103.

<sup>18</sup> Ag-AIRR - 20554-80.2017.5.04.0241; RRAg - 1869-44.2012.5.15.0063; RRAg - 352-53.2018.5.12.0038; Ag-RRAg - 1760-26.2017.5.06.0121; ARR - 11673-30.2016.5.09.0009; ARR - 595-69.2016.5.17.0121; RRAg - 903-02.2017.5.09.0022; Ag-AIRR - 11185-18.2016.5.03.0179; Ag-RRAg - 146-16.2019.5.12.0002; ARR - 1000808-48.2016.5.02.0033; Ag-AIRR - 10144-67.2015.5.09.0669; RRAg - 256-83.2017.5.12.0002; RR - 10435-16.2013.5.12.0035; ARR - 1002025-73.2017.5.02.0007; ARR - 854-80.2014.5.17.0009; RRAg - 10888-33.2019.5.15.0062; Ag-RR - 11156-08.2015.5.15.0069; ARR - 135-40.2014.5.05.0492; RR - 10844-

Da análise do conjunto de acórdãos coletados, percebe-se que a jurisprudência do TST não é unânime, muito menos majoritária, em reconhecer a existência de danos existenciais. A maioria dos julgados caminha no sentido oposto. Além disso, a quase totalidade dos julgados que tratam de dano existencial vinculam-no às situações de jornada extenuante, que comprometeriam as horas dedicadas ao lazer, ao convívio com familiares e amigos e ao desenvolvimento pessoal.

Essa visão do fenômeno parece confundir violação de norma jurídica – especificamente, o art. 59-A, da CLT – e o dano sofrido pelo trabalhador. De sorte que, violado o direito – a dita

85.2019.5.15.0006; Ag-AIRR - 1000046-09.2017.5.02.0482; ARR - 624-03.2015.5.12.0022; Ag-RRAg - 1000342-45.2020.5.02.0411; RR - 11143-39.2016.5.15.0080; RR - 21433-82.2017.5.04.0663; Ag-ED-RRAg - 1328-08.2017.5.09.0029; Ag-RR - 25590-13.2017.5.24.0091; ARR - 968-31.2014.5.17.0005; RR - 21880-72.2016.5.04.0512; Ag-RR - 11139-13.2016.5.09.0001; RRAg - 12017-17.2017.5.15.0071; Ag-AIRR - 11715-52.2017.5.15.0082; RRAg - 10146-56.2017.5.15.0101; AIRR - 1001060-18.2017.5.02.0065; RR - 1000546-95.2018.5.02.0076; RR - 11938-53.2017.5.15.0066; RRAg - 446-41.2017.5.12.0036; RRAg - 1001092-97.2017.5.02.0202; RRAg - 21703-75.2016.5.04.0232; Ag-AIRR - 11848-35.2016.5.09.0652; RRAg - 1739-61.2015.5.10.0007; RRAg - 575-56.2014.5.09.0029; ARR - 10766-38.2014.5.15.0048; RR - 1306-06.2014.5.09.0594; Ag-E-Ag-ARR - 310-74.2014.5.04.0811; AIRR - 1000576-30.2017.5.02.0444; ARR - 2013-54.2013.5.09.0029; RRAg - 1937-62.2017.5.09.0652; ARR - 1380-92.2017.5.12.0005; RRAg - 11385-96.2016.5.15.0112; AIRR - 12642-84.2015.5.15.0018; AIRR - 479-11.2017.5.09.0005; AIRR - 11288-84.2016.5.15.0019; RRAg - 11692-73.2016.5.09.0029; Ag-AIRR - 10152-20.2018.5.03.0018; RR - 10280-39.2015.5.15.0009; RR - 1790-03.2014.5.06.0142; AIRR - 1000451-54.2019.5.02.0036; AIRR - 1423-42.2016.5.12.0012; RR - 10944-59.2017.5.15.0087; RRAg - 21110-85.2016.5.04.0122; AIRR - 1001206-55.2016.5.02.0013; RRAg - 143-32.2017.5.09.0029; RRAg - 1040-23.2017.5.09.0009; RR - 96000-06.2013.5.17.0003; ARR - 866-03.2017.5.12.0018; ARR - 12287-05.2016.5.15.0062; Ag-ARR - 12225-62.2016.5.15.0062; RR - 939-62.2015.5.05.0010; RRAg - 11658-31.2016.5.15.0062; Ag-ARR - 310-74.2014.5.04.0811; Ag-RRAg - 1000284-70.2019.5.02.0607; AIRR - 1000947-22.2017.5.02.0467; RR - 248-91.2016.5.09.0013; RR - 11495-31.2016.5.15.0101; E-ED-ARR - 982-82.2014.5.04.0811; E-ARR - 2912-26.2013.5.15.0016; AIRR - 11009-18.2016.5.03.0186; Ag-RRAg - 1523-02.2015.5.17.0009; AIRR - 1001218-16.2017.5.02.0472; AIRR - 131-69.2016.5.09.0670; RR - 704-07.2017.5.09.0013; ARR - 13483-10.2016.5.15.0062; RR - 10945-63.2016.5.15.0092; Ag-AIRR - 10900-74.2015.5.08.0129; RRAg - 11651-39.2016.5.15.0062; RR - 342-41.2016.5.17.0005; AIRR - 1001094-48.2016.5.02.0252; AIRR - 1545-71.2017.5.09.0669; Ag-AIRR - 20074-15.2016.5.04.0831; ARR - 564-13.2015.5.09.0669; Ag-E-ED-RR - 1616-75.2014.5.09.0088; AIRR - 1512-96.2014.5.06.0143; AIRR - 101411-11.2017.5.01.0205; RR - 131171-46.2015.5.13.0009; AIRR - 11430-71.2014.5.15.0015; ARR - 10147-19.2017.5.15.0076; AIRR - 20443-74.2015.5.04.0271; ARR - 927-97.2015.5.02.0441; ARR - 10623-02.2015.5.03.0031; Ag-AIRR - 20367-79.2015.5.04.0811; Ag-RR - 1001097-51.2017.5.02.0063; RR - 20324-78.2016.5.04.0821; AIRR - 11130-64.2016.5.09.0029; ARR - 1000569-53.2017.5.02.0051; RR - 45-55.2014.5.09.0028; RR - 10348-06.2017.5.03.0024; RR - 246-85.2015.5.09.0004; AIRR - 175-70.2017.5.07.0036; ARR - 528-46.2014.5.09.0041; ARR - 955-03.2013.5.09.0195; Ag-AIRR - 20634-79.2014.5.04.0522; ARR - 942-56.2014.5.04.0761; AIRR - 1346-31.2011.5.04.0012; ARR - 819-69.2017.5.12.0037; ARR - 2430-56.2015.5.09.0669; RR - 566-56.2016.5.06.0143; ARR - 10256-81.2016.5.03.0147; AIRR - 12389-62.2015.5.15.0094; AIRR - 2111-29.2015.5.02.0202; AIRR - 863-81.2015.5.09.0671; AIRR - 5110-97.2015.5.10.0018; ARR - 220-75.2014.5.12.0057; RR - 12307-69.2015.5.15.0146; RR - 1358-32.2016.5.12.0017; ARR - 20063-10.2015.5.04.0802; AIRR - 326-19.2015.5.09.0014; ARR - 10261-18.2016.5.03.0143; RR - 655-84.2012.5.06.0122; RR - 1882-84.2016.5.12.0031; AIRR - 200-23.2016.5.06.0141; ARR - 10951-73.2016.5.18.0161; AIRR - 619-72.2016.5.06.0002; AIRR - 7-39.2015.5.09.0018; Ag-ED-AIRR - 1000193-39.2015.5.02.0471; RR - 884-96.2015.5.17.0101; ARR - 10312-16.2016.5.15.0104; RR - 1343-58.2016.5.12.0051; ARR - 624-14.2016.5.12.0007; ARR - 1217-76.2014.5.04.0802; AIRR - 360-77.2014.5.09.0127; AIRR - 350-98.2017.5.12.0012; AIRR - 1536-38.2015.5.09.0004; ARR - 1562-59.2013.5.09.0019; RR - 1497-87.2015.5.06.0145; AIRR - 1000960-88.2015.5.02.0435; AIRR - 346-02.2016.5.23.0041; AIRR - 1423-92.2016.5.12.0060; AIRR - 530-55.2016.5.23.0041; RR - 20334-41.2013.5.04.0203; AIRR - 1058-88.2015.5.06.0141; ED-AIRR - 820-16.2016.5.12.0061; ARR - 695-70.2015.5.09.0965; RR - 1507-65.2014.5.09.0022; RR - 625-56.2014.5.23.0041; AIRR - 1749-26.2016.5.11.0013; ARR-AIRR - 2650-67.2016.5.12.0012; AIRR - 935-78.2015.5.06.0145; ARR - 21811-69.2014.5.04.0331; AIRR - 1001335-72.2015.5.02.0473; RR - 20670-68.2015.5.04.0302; ARR - 626-70.2016.5.23.0041.



“antijuridicidade” –, a lesão à esfera existencial da vítima ocorreria automaticamente (*in re ipsa*). Entretanto, confundem-se dois aspectos diversos do ato ilícito. De um lado, tem-se o chamado “dano-evento”, que consiste na violação a um bem juridicamente tutelado. De outro, há o “dano-prejuízo”, isto é, as consequências prejudiciais sofridas pela vítima. A indenização deve verificar a existência de dano-prejuízo. Em outras palavras, é preciso haver prejuízo efetivo para que seja atribuído direito a indenização em benefício do reclamante.

Talvez seja essa a razão pela qual a maioria dos acórdãos denegatórios justifiquem a negativa do pleito reparatorio sustentando não haver dano existencial *in re ipsa* pelo simples fato de existir sobrejornada.

Por outro lado, ainda que não se negue, a princípio, a autonomia conceitual do dano existencial em relação ao dano moral, percebe-se não haver grande preocupação em se estremar os termos. Diversos são os acórdãos que apresentam expressões como “dano moral existencial” ou “dano moral/dano existencial”, a indicar que os termos seriam intercambiáveis<sup>19</sup>.

Em um dos acórdãos, referente a um pedido de condenação por danos existenciais em decorrência de negativa de férias, concluiu-se não haver direito a indenização, por ausência de autonomia conceitual dos danos existenciais:

[...] 3. Nesse contexto evolutivo, a figura do dano “existencial” tem surgido como categoria jurídica por demais indeterminada, capaz de albergar qualquer conteúdo que se queira, tal como expectativas de realização pessoal e progressão profissional frustradas, com vistas à imposição de indenização suplementar àquilo que o ordenamento jurídico já prevê como sanções pelo descumprimento de normas trabalhistas. 4. No caso, quer em face da concretude dos bens extra-patrimoniais tutelados por nosso ordenamento legal (honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e integridade física), quer pela indeterminação do conceito doutrinário de dano existencial, que sequer possui previsão legal, como o princípio aberto da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), não o tenho

<sup>19</sup> Ag-AIRR - 20554-80.2017.5.04.0241; Ag-AIRR - 11185-18.2016.5.03.0179; Ag-RRAg - 146-16.2019.5.12.0002; ARR - 1000808-48.2016.5.02.0033; ARR - 854-80.2014.5.17.0009; RRAg - 10888-33.2019.5.15.0062; RR - 10844-85.2019.5.15.0006; AIRR - 10820-95.2018.5.15.0037; Ag-AIRR - 1000046-09.2017.5.02.0482; RRAg - 11452-90.2019.5.03.0144; RRAg - 2309-64.2016.5.09.0678; RRAg - 10893-10.2016.5.15.0014; Ag-ED-RRAg - 1328-08.2017.5.09.0029; Ag-RR - 25590-13.2017.5.24.0091; ARR - 968-31.2014.5.17.0005; Ag-ED-RR - 10289-31.2018.5.15.0062; Ag-ARR - 759-98.2015.5.17.0014; RRAg - 1001092-97.2017.5.02.0202; ARR - 10766-38.2014.5.15.0048; Ag-AIRR - 11871-04.2015.5.15.0052; RRAg - 143-32.2017.5.09.0029; Ag-AIRR - 10013-49.2016.5.15.0036; RR - 1153-38.2015.5.17.0101; AIRR - 1000947-22.2017.5.02.0467; AIRR - 1001218-16.2017.5.02.0472; ARR - 10972-60.2016.5.15.0152; ARR - 10278-49.2013.5.15.0103; Ag-AIRR - 806-04.2017.5.12.0059; RRAg - 20099-38.2013.5.04.0021; ARR - 20211-45.2013.5.04.0752; ARR - 2715-54.2013.5.02.0074; RR - 2133-66.2014.5.09.0028; ARR - 10147-19.2017.5.15.0076; ED-RR - 1616-75.2014.5.09.0088; ARR - 10623-02.2015.5.03.0031; Ag-RR - 10645-87.2014.5.15.0087; AIRR - 11130-64.2016.5.09.0029; RR - 45-55.2014.5.09.0028; ARR - 955-03.2013.5.09.0195; AIRR - 24645-89.2014.5.24.0007; ARR - 942-56.2014.5.04.0761; Ag-AIRR - 1449-43.2013.5.09.0654; ARR - 819-69.2017.5.12.0037; RR - 566-56.2016.5.06.0143; AIRR - 11477-85.2014.5.15.0034; ARR - 220-75.2014.5.12.0057; RR - 12307-69.2015.5.15.0146; RR - 1358-32.2016.5.12.0017; ARR - 10261-18.2016.5.03.0143; RR - 672-25.2015.5.09.0513; ARR - 624-14.2016.5.12.0007; ARR - 1217-76.2014.5.04.0802; AIRR - 1536-38.2015.5.09.0004; AIRR - 1000960-88.2015.5.02.0435; AIRR - 346-02.2016.5.23.0041; AIRR - 530-55.2016.5.23.0041; RR - 11053-80.2015.5.03.0086; RR - 503-31.2014.5.04.0701; AIRR - 114500-79.2005.5.15.0093.



como passível de respaldar majoração indenizatória àquilo que a própria lei já estabeleceu como sanção, no caso da não concessão de férias, que deverão ser pagas em dobro (CLT, art. 137), razão pela qual é de se prover o recurso patronal, excluindo da condenação o dano “existencial” deferido<sup>20</sup>.

Em outro julgado, chegou-se a negar expressamente o pedido de reparação por danos existenciais, afirmando-se que a lesão sofrida já havia sido incluída no arbitramento da indenização por danos morais:

[...] DANO EXISTENCIAL. Ao contrário do que pretende o recorrente, a simples demonstração de divergência jurisprudencial acerca da classificação do dano existencial, como espécie autônoma em relação ao dano moral, não basta para ensejar o conhecimento do recurso de revista. Com efeito, a decisão regional não se esgota nessa divisão. Ao que tudo indica, houve o reconhecimento da lesão “existencial” sustentada pelo autor e seu enquadramento num conceito mais amplo – o dos danos morais. E todo esse conjunto foi considerado pelo julgador a quo para a definição do valor arbitrado. Nesse contexto, o reclamante deveria ter oposto embargos de declaração para que fossem especificados cada um dos aspectos morais e existenciais considerados no quantum arbitrado, a fim de demonstrar que o ressarcimento não foi proporcional ao prejuízo. Os arestos colacionados não tratam de todas essas nuances e sequer se aproximam do arcabouço fático que fundamentou a condenação. Limitam-se a enunciar premissa doutrinária acerca da categorização dos danos imateriais, conteúdo insuficiente para ensejar a revisão do acórdão recorrido. Agravo de instrumento a que se nega provimento [...] <sup>21</sup>.

Essa confusão entre os conceitos de dano moral e dano existencial ocorre, ao que parece, devido à própria estrutura do regime jurídico brasileiro de responsabilidade civil, que, diferentemente do que se encontra no ordenamento italiano, é caracterizado por uma abertura a novas hipóteses lesivas, todas elas abrangidas pela noção de danos morais (ou extrapatrimoniais).

#### 4 ESTRUTURA DO REGIME JURÍDICO BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

No contexto do regime jurídico da responsabilidade civil, existem dois tratamentos predominantes, caracterizados pelos modelos aberto e fechado de reparação de danos.

O modelo fechado é exemplificado pela Alemanha (Díez-Picazo, 1999, p. 298; Fromont; Knetsch, 2017, p. 206), que, no § 823, I, do Código Civil (BGB), dispõe que “quem, dolosa ou negligentemente, de forma antijurídica, lesione a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de uma pessoa, está obrigado a indenizá-la por qualquer dano que lhe tenha causado em decorrência disso”<sup>22</sup>.

O § 823, I, do BGB, restringe os tipos de danos indenizáveis a partir dos bens jurídicos cuja

<sup>20</sup> TST, RR-21015-56.2019.5.04.0702, 4ª Turma, relator ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 21/05/2021.

<sup>21</sup> TST, AIRR-114500-79.2005.5.15.0093, 7ª Turma, relator ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 13/04/2018.

<sup>22</sup> Tradução própria baseada na versão em castelhano disponível em ENCINAS, Emilio Eiranova. **Código Civil alemán comentado**: BGB. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 261.

lesão é reparável. Dessa maneira, compreende-se que são passíveis de reparações os danos à vida, à integridade física, à saúde, à liberdade e à propriedade, sendo ignorados quaisquer outros direitos de terceiros não mencionados expressamente pelo enunciado normativo<sup>23</sup>. Em outras palavras, mesmo que uma pessoa seja passível de responsabilização jurídica devido à existência de uma relação de imputação, não haverá a obrigação de reparação, caso não seja configurado um dano a um bem jurídico reconhecido pela legislação alemã. Por essa razão, este é considerado um modelo fechado.

Por outro lado, no modelo aberto, representado pelo ordenamento jurídico francês, inclui-se uma cláusula geral definidora de ato ilícito, sem haver circunscrição dos danos hipoteticamente indenizáveis. Dessarte, o art. 1.240, do Código Civil francês, estabelece que “todo e qualquer fato humano que cause a outrem *um dano* obriga aquele, por cuja culpa o prejuízo surgiu, a repará-lo”<sup>24</sup> (tradução nossa, grifo nosso).

De modo similar, o art. 186, do Código Civil brasileiro, afirma que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar *dano a outrem*, mesmo que exclusivamente moral, comete um ato ilícito” (grifo nosso). É importante ressaltar que os interesses cuja violação caracteriza um dano reparável não são enumerados em rol fechado nos países que, assim como França e Brasil, apresentam uma cláusula geral de reparação de danos.

Há, portanto, nos modelos abertos, uma ampla capacidade de reparar qualquer tipo de dano. No entanto, essa abertura propicia a inclusão de hipóteses de prejuízo excessivamente abrangentes, vinculadas a conceitos obscuros ou com alto grau de abstração, o que pode, efetivamente, resultar em reconhecimento de obrigação de indenizar quando não houver dano efetivo. Nesse cenário, os danos morais apresentam-se como sinônimo de danos extrapatrimoniais, permitindo englobar toda e qualquer consequência extrapatrimonial prejudicial que a vítima tenha suportado.

Aí reside a razão pela qual as tentativas de introduzir novas espécies de danos extrapatrimoniais no ordenamento jurídico brasileiro encontram obstáculo na amplitude do conceito de dano moral, implicando a absorção, por aquele velho conhecido, dos aventados “novos” danos.

Conforme mencionado pelo ministro Alexandre Agra Belmonte, é relevante realizar uma análise do dano moral no contexto das questões trabalhistas:

<sup>23</sup> “Bien que l’énumération se termine par la formule ‘ou un autre droit d’autrui’, il ne faut pas en déduire qu’une atteinte à n’importe quel droit personnel entraîne la réparation du préjudice qui en découle. La jurisprudence a notamment toujours refusé de considérer que la seule atteinte au patrimoine d’une personne ou à un simple droit de créance puisse être qualifiée d’atteinte à un ‘autre droit d’autrui’. En réalité, les rédacteurs du BGB avaient en tête les autres droits réels (sonstige dingliche Rechte), le droit au nom ainsi que les positions juridiques résultant d’un lien de famille”. Cf. FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 209-210.

<sup>24</sup> No original: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”.

[o]s danos morais trabalhistas podem ocorrer por ofensas: 1) De natureza individual: 1.1) Por ofensas aos atributos valorativos da personalidade (à integridade moral da pessoa humana e ao bom nome da pessoa jurídica). São as violações à honra, à imagem; 1.2) Por ofensas aos atributos físicos ou “materiais” da personalidade (à integridade física da pessoa humana). São as violações à vida, saúde, subsistência, liberdade pessoal ou de locomoção; 1.3) Por ofensas aos atributos espirituais da personalidade (à integridade psicológica da pessoa humana). São as violações à intimidade, vida privada, igualdade, liberdade sexual, autoria científica e artística. Os danos morais de natureza individual podem ser subjetivos ou interiores, quando avaliados em relação à sua repercussão no próprio ofendido (dores d’alma), e objetivos ou exteriores, quando pertinentes à projeção social das ofensas, ou seja, a sua repercussão em relação ao meio social (Belmonte, 2007, p. 160-161).

Nesse contexto, não há necessidade de se estabelecer uma autonomia para os danos existenciais, uma vez que tais danos podem ser abrangidos pelo conceito de dano moral. A análise da jurisprudência do TST revela ainda que, mesmo quando a autonomia da figura é perseguida, dificilmente ela é alcançada. A proximidade dos conceitos de dano existencial e dano moral levam ao tratamento indistinto pelos magistrados, que acabam por agrupar todas as lesões extrapatrimoniais em um mesmo montante indenizatório.

Por outro lado, também se verifica um efeito colateral indesejável na consideração autônoma dos danos existenciais. Ao retirá-los do abrigo dos danos morais, eles perdem a possibilidade de verificação *in re ipsa*, exigindo prova específica acerca da lesão sofrida. Como resultado, percebe-se que a maioria dos pleitos reparatórios é indeferida pela ausência de demonstração dos prejuízos alegados.

## 5 REFORMAS LEGISLATIVAS NA ESTRUTURA DO REGIME JURÍDICO BRASILEIRO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Do que já se viu, percebe-se que a utilidade ou não do conceito de danos existenciais depende do próprio modelo de regime jurídico adotado para a Responsabilidade Civil. Certo é que, atualmente, esse modelo não depende apenas do que é disposto pelo próprio Código Civil, mas também da legislação específica aplicável.

No que diz respeito às relações jurídicas de trabalho, faz-se mister ressaltar o Título II-A, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467, de 2017, acerca do dano extrapatrimonial.

Certamente, o conjunto de normas presente nesse título pretende romper com o modelo de reparação disposto pelas normas do Código Civil, visto que, já no dispositivo inicial (art. 223-A), determina o afastamento de toda e qualquer outra norma diferente daquelas presentes no próprio título, quando da reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes de relação de trabalho<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> CLT, art. 223-A: “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

A norma presente no art. 223-A é flagrantemente inconstitucional, haja vista que a Constituição Federal (art. 5º, incisos V e X) apresenta dispositivos que regulam especificamente os danos extrapatrimoniais e não podem ser rechaçados por legislação infraconstitucional, ainda mais tendo em conta o seu posicionamento no elenco de direitos fundamentais. O tema foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.050, 6.069 e 6.089, julgadas conjuntamente em 26 de junho de 2023, pelo Plenário. Na ocasião, o ministro Nunes Marques salientou a inconstitucionalidade do art. 223-A, da CLT, com o propósito de “circunscrever o intérprete a essas regras, sem possibilidade de utilizar-se de analogia ou qualquer outro método de integração jurídica, numa óbvia demonstração de que tal normativa teve a intenção de recolher as reparações trabalhistas num espaço menos prestigioso do direito privado”<sup>26</sup>. Assim, acompanhando o voto do relator, o colegiado julgou parcialmente procedentes as ações, dando interpretação conforme aos arts. 223-A e 223-B, da CLT, no sentido de que os dispositivos legais atacados “não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou danos em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil”. Portanto, a despeito da literalidade do art. 223-A da CLT, deve-se levar em consideração a normativa constitucional, assim como aquela presente no Código Civil.

O dispositivo que a segue apresenta uma definição para dano extrapatrimonial, constituindo-o como uma ofensa à “esfera moral ou *existencial* da pessoa física ou jurídica” (grifo nosso). A referência a uma esfera existencial pode ser interpretada de duas maneiras: (i) como mero sinônimo de esfera moral, dada a finalidade de permitir que a reparação seja a mais ampla possível, independentemente da classificação dogmática dos reflexos prejudiciais que recaiam sobre a vítima; (ii) como esfera diversa da moral.

Adotada a primeira interpretação, mantém-se a estrutura do regime jurídico de Responsabilidade Civil já conhecida, considerando-se danos morais como sinônimo de danos extrapatrimoniais, com a consequência de que toda e qualquer lesão insuscetível de avaliação econômica deva ser considerada na quantificação da indenização sob aquela alcunha.

Adotada a segunda interpretação, torna-se inviável desviar dos obstáculos jurídicos já apontados. De plano, como se percebe da análise jurisprudencial, há a dificuldade em se estrear o dano existencial do dano moral, construindo significados diversos para os dois conceitos jurídicos.

A parcela da doutrina que endossa a autonomia do dano existencial está ciente desse desafio e busca solucioná-lo. Tendo em vista a amplitude da noção de dano existencial, busca-se limitar o

<sup>26</sup> STF, Pleno, ADIs n. 6.050, 6.069 e 6.089, rel. min. Gilmar Mendes, j. 26 jun. 2023, p. 10.

conceito de dano moral, resgatando o antigo *pretium doloris*. Assim, Fernanda Pinheiro Brod e Francine Daniele dos Santos (2014) afirmam que “[...] se o dano moral é uma lesão ao sentimento da pessoa, o dano existencial diz respeito às limitações impostas aos seus projetos de vida e no seu cotidiano diário”. Igualmente, Elaine Buarque (2019, p. 14) afirma que, “[e]nquanto o dano moral é um ‘sentir’; o dano existencial é mais que ‘fazer’, aliás é um ‘não poder mais fazer’, um ‘dever agir de outro modo’”. Já Alexandre Agra Belmonte (2020, p. 321) aponta que

[o] dano moral provoca dores sentimentais como revolta, frustrações, mágoas, indignações, complexos por humilhações, constrangimentos, injustiças, desrespeito, desonra, vexame, redução ou supressão da capacidade laborativa, ao passo que o dano existencial provoca, objetivamente, impedimentos ou privações da vida pessoal e de relações.

Por fim, Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 99) aponta que a espécie de dano moral “[...] está relacionada ao sentimento (à esfera subjetiva e íntima da pessoa) [...], caracterizando-se por sofrimento, angústia, abatimento que possam ser experimentados pela pessoa atingida [...]”.

Todavia, o resgate do sentido primevo de dano moral, entendido como *pretium doloris*, não deve ser feito sem as advertências históricas que a doutrina do início do século XX fez, sobretudo buscando combater o próprio reconhecimento do dano moral. Dessarte, em meados do século XX, Lafayette Rodrigues Pereira (2004, p. 167, nota 8) classificava a tentativa de “reduzir o simples sofrimento físico ou moral a valor” como “extravagâncias do espírito humano”.

Ao que parece, portanto, dificilmente os arts. 223-A e 223-B, da CLT, poderiam ser invocados, por si sós, para fundamentar um reconhecimento explícito da reparabilidade autônoma para os danos existenciais. Não houve um isolamento sistemático das normas previstas pela Reforma Trabalhista, a ponto de impedir a incidência das normas presentes na Constituição Federal e no Código Civil. Com isso, o modelo jurídico brasileiro ainda é, mesmo nas relações de trabalho, aberto à reparação de danos extrapatrimoniais sem discríme quanto à espécie. Prova disso reside nos resultados obtidos pela coleta de acórdãos do TST, que, nos últimos cinco anos, ainda vem encontrando dificuldades em distanciar essa figura daquela do dano moral.

Por outro lado, as recentes perspectivas de atualização do Código Civil também não indicam uma ruptura nesse ponto. Em 15 de abril de 2024, a Comissão Revisora indicada pelo Senado Federal apresentou seu Relatório Final, com o então Anteprojeto para Revisão do Código Civil, em que se propõe a inclusão do art. 944-A, que trata de indenização.

Em primeiro lugar, o *caput* do dispositivo proposto não faz a mesma distinção entre esferas moral e existencial presente na CLT. Ao contrário, indica que a indenização deve contemplar

quaisquer “consequências da violação da esfera moral”<sup>27</sup>.

Em segundo lugar, vê-se que os parágrafos primeiro e segundo do dispositivo supracitado impõem um procedimento bifásico de quantificação do dano extrapatrimonial, nos moldes do que já é adotado pela jurisprudência. Por esse método, tal como previsto pelo Projeto, a primeira fase destina-se a valorar o dano a partir da natureza do bem jurídico violado, estabelecendo “parâmetros de indenização adotados pelos Tribunais, se houver, em casos semelhantes”. Em seguida, a segunda fase deve delimitar a extensão do dano, de acordo com “as peculiaridades do caso concreto”.

Seria na segunda fase, em que se verifica a extensão do dano extrapatrimonial, que as lesões frequentemente associadas ao dano existencial deveriam ser levadas em consideração, de acordo com o Anteprojeto. Isso porque o parágrafo segundo do proposto art. 944-A assim dispõe: “[...] § 2º No caso do inciso II do parágrafo anterior, podem ser observados os seguintes parâmetros: [...] I - nível de afetação em projetos de vida relativos ao trabalho, lazer, âmbito familiar ou social [...]”.

Há, portanto, na proposta de reforma apresentada ao Senado Federal, o reconhecimento explícito da ausência de autonomia conceitual do dano existencial, devendo-se considerar as lesões a projetos de vida e relações sociais na determinação da extensão do dano extrapatrimonial entendido como sinônimo de dano moral.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar que não é necessário considerar o dano existencial como uma nova modalidade de dano. Nesse sentido, foi exposta a origem e a evolução do dano existencial no ordenamento jurídico italiano, indicando-se ainda como ocorreu a sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro.

Na década de 1950, o ordenamento jurídico italiano possuía uma limitação expressa das hipóteses de indenização, adotando um princípio de *numerus clausus* para danos extrapatrimoniais decorrente do art. 2.059, do Código Civil italiano. Assim, a figura do dano existencial surgiu como solução para se permitir reparar lesões extrapatrimoniais que não eram explicitamente amparadas pela legislação infraconstitucional.

Ao contrário do que ocorreu no Direito italiano, o ordenamento jurídico brasileiro, mediante a cláusula geral de reparação de danos (Código Civil, art. 186), permite que toda e qualquer espécie de repercussão prejudicial extrapatrimonial possa ser incluída na noção de dano moral.

<sup>27</sup> Anteprojeto de Reforma do Código Civil, art. 944-A, *caput*. A indenização compreende também todas as consequências da violação da esfera moral da pessoa natural ou jurídica.

A amplitude do conceito jurídico de dano moral, cujo sentido no ordenamento jurídico brasileiro permite a inclusão de diversas espécies de danos extrapatrimoniais, torna inviável, e até mesmo inútil, o reconhecimento de uma autonomia conceitual para os danos existenciais. Essa afirmação, respaldada por uma análise dogmática, é corroborada pela investigação jurisprudencial realizada em acórdãos do TST.

Em relação a um período de cinco anos, verificou-se, mediante essa investigação, que a maioria dos acórdãos recusou o pedido de reparação por danos existenciais, sobretudo em razão de se acreditar ser necessária a comprovação do dano especificamente suportado pela vítima, sendo insuficiente a demonstração de existência de ato antijurídico, que, na maior parte das vezes, foi relacionado a jornadas de trabalho acima dos limites legalmente admitidos.

Soma-se a isso o fato de ocorrer, com frequência, a utilização intercambiável dos termos “dano existencial” e “dano moral”, a indicar que nem mesmo a jurisprudência consegue divisar as diferenças entre uma espécie e outra. Em verdade, parece tratar-se de um dano em crise existencial, e não de um dano existencial propriamente dito.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial no direito do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; TEIXEIRA, Érica Fernandes (Org.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 179-194.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. **Revista LTr**, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho**: identificação das ofensas extrapatrimoniais morais e existenciais e sua quantificação. Salvador: Juspodivm, 2020.

BELMONTE, Alexandre Agra. Responsabilidade por danos morais nas relações de trabalho. **Rev. TST**, Brasília, v. 73, n. 2, p. 158-185, abr./jun. 2007.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile**: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1994. v. 5.

BROD, Fernanda Pinheiro; SANTOS, Francine Daniele dos. Dano existencial nas relações de trabalho. **Revista Fórum Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, v. 31, n. 368, ago. 2014.

BUARQUE, Elaine. O dano existencial como uma nova modalidade de dano não patrimonial: a necessidade da ampliação do princípio da função social da responsabilidade civil e a busca da reparação integral do dano à pessoa. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 1-22, maio/ago. 2019.

CAHALI, Yussef Sahid. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CENDON, Paolo. **Esistere o non esistere**. Vicalvi: Key, 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

ENCINAS, Emilio Eiranova. **Código Civil alemán comentado: BGB**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. **Droit privé allemand**. 2. ed. Issy-les-Moulineaux: L.G.D.J., 2017.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Revista Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

LUDOVICO, Giuseppe. Danos não patrimoniais (Direito italiano). In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz; MANUS, Pedro Paulo Teixeira; GITELMAN, Suely (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUCSP: direito do trabalho e processo do trabalho**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. t. 6.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 19, mar. 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 22, p. 83-95, 2005.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. O advento legal do dano existencial trabalhista. **Revista LTr**, São Paulo, n. 10, p. 82-104, out. 2018.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. 5. ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2004. v. 2.

QUEIROZ, Ana Luísa de Magalhães Monteiro de. **Do dano biológico**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica do Porto, Porto, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño al proyecto de vida. **Derecho Pontificia Universidad**



**Católica do Peru (PUCP)**, Lima, n. 50, p. 47-97, dez. 1996.

SIMÃO, José Fernando. Reforma trabalhista. Dano extrapatrimonial: dano moral, estético e existencial? - Parte II. **Jornal Carta Forense**, 1 dez. 2017.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TRIMARCHI, Pietro. **La responsabilità civile**: atti illeciti, rischio, danno. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2021.



**“AS TERRAS, QUE SÃO NECESSÁRIAS PARA A VIVENDA E PASSADIO DOS ÍNDIOS”<sup>1</sup>: CONSTRUÇÃO DE DIREITOS INDÍGENAS NA AMÉRICA PORTUGUESA E A CONQUISTA DA IBIAPABA NO CEARÁ COLONIAL (1695-1730)**

**“THE LANDS NECESSARY FOR THE DWELLING AND DAILY SUSTENANCE OF THE INDIGENOUS PEOPLES”: CONSTRUCTION OF INDIGENOUS RIGHTS IN PORTUGUESE AMERICA AND THE CONQUEST OF IBIAPABA IN COLONIAL CEARÁ (1695-1730)**

Submissão: 19 maio 2024

Aprovação para publicação: 27 ago. 2025

**João Victor Diniz Ribeiro**

Mestre e Doutorando em Direito

Afiliação institucional: Universidade de Brasília – UnB – (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2562-9633>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4704433811690202>

Email: [jvictordinizribeiro@gmail.com](mailto:jvictordinizribeiro@gmail.com)

**David Rodrigues Stigger**

Graduado em Ciências Sociais e Mestrando em Antropologia Social

Afiliação institucional: Universidade de São Paulo – USP – (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4458-0006>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4726416465748019>

Email: [davstg@usp.br](mailto:davstg@usp.br)

**Gustavo César Machado Cabral**

Doutor em História do Direito

Afiliação institucional: Universidade Federal do Ceará – UFC – (Fortaleza, CE, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8565-1328>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4661382578024132>

Email: [gustavocesarcabral@gmail.com](mailto:gustavocesarcabral@gmail.com)

**Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):**

RIBEIRO, João Victor Diniz; STIGGER, David Rodrigues; CABRAL, Gustavo César Machado. “As terras, que são necessárias para a vivenda e passadio dos índios”: construção de direitos indígenas na América portuguesa e a conquista da Ibiapaba no Ceará colonial (1695-1730). **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 2, p. 67-92, maio/ago. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i2.95554>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/95554>. Acesso em: 31 ago. 2025.

<sup>1</sup> Padre Ascenso Gago, em carta de 1697, *apud* PINHEIRO, 2011, p. 57.

## RESUMO

Diante da intensa dinâmica durante a colonização na região da Serra da Ibiapaba, o presente artigo analisa as experiências vivenciadas por indígenas em relação à terra, as quais são relatadas por documentos produzidos por missionários e por agentes da Coroa portuguesa entre 1695 e 1730. Foram utilizadas correspondências escritas que registram falas de missionários jesuítas da Missão da Ibiapaba, do desembargador Christovão Soares e de indígenas habitantes da região, além de registros de petições indígenas em cartas de concessões de sesmarias. Além disso, utilizaram-se documentos normativos e a literatura jurídica para compreensão do regime jurídico na organização territorial da Ibiapaba. No tratamento das fontes foram focalizadas as unidades sociais apresentadas, pretendendo-se privilegiar um tratamento jurídico-cultural, tendo em vista que o conteúdo possibilita perceber particularidades marcadas pela dinamicidade local. Os registros mostram que os grupos indígenas habitantes da Ibiapaba se relacionaram de maneiras diferentes com os agentes da conquista, conforme ocorriam as percepções e categorizações mútuas, a ponto de em determinadas situações criarem relacionamentos que não se limitavam à subordinação ao regime colonial, mas que possibilitavam a apropriação desse regime para resguardar direitos e autênticos interesses vinculados ao uso da terra.

## PALAVRAS-CHAVE

Territórios indígenas. América portuguesa. Serra da Ibiapaba. Ceará colonial. Direitos indígenas.

## ABSTRACT

Amidst the intense dynamics of colonization in the Serra da Ibiapaba region, this article examines the experiences of Indigenous peoples concerning land, as documented by missionaries and Portuguese Crown agents between 1695 and 1730. The study utilized written correspondences that capture the voices of Jesuit missionaries from the Ibiapaba Mission, magistrate Christovão Soares, and indigenous inhabitants of the area, along with records of indigenous petitions found in sesmaria land grant letters. Additionally, normative documents and legal literature were consulted to understand the legal framework governing territorial organization in Ibiapaba. The analysis focused on the social units presented in the sources, aiming to adopt a juridical-cultural approach that highlights local particularities shaped by dynamic interactions. The records reveal that indigenous groups in Ibiapaba engaged with colonial agents in varied ways, influenced by mutual perceptions and categorizations, to the extent that, in some cases, relationships were formed that transcended mere subordination to the colonial regime, enabling the appropriation of that regime to protect rights and genuine interests linked to land use.

## KEYWORDS

Indigenous territories. Portuguese America. Serra da Ibiapaba. Colonial Ceará. Indigenous rights.

## INTRODUÇÃO

O fenômeno da colonização e conquista das terras americanas se manifesta como um conjunto complexo de relações sociais e jurídicas que demanda uma compreensão mediante análise simultânea entre realidades locais e expectativas globais. Tratar sobre a terra no período colonial demanda uma discussão sobre algo que é anterior à tradicional divisão da propriedade entre direito público e direito privado iniciada nas revoluções liberais e construída principalmente a partir no século XIX. Quando se observa o direito nas relações territoriais da Idade Moderna é possível perceber uma ordem jurídica mediada pela política cotidiana e por agências variadas, com fontes diversas do direito, como o *ius commune*, o direito canônico, a literatura jurídica e a *oeconomia* da ordem familiar<sup>2</sup>.

Nesta pesquisa foram utilizados documentos produzidos por agentes da Coroa portuguesa durante o período de conquista e ocupação da Serra da Ibiapaba, na região mais ocidental da capitania do Siará Grande, os quais fazem menção ao relacionamento, com a terra, dos sujeitos indígenas<sup>3</sup> que habitavam aquela região no final do século XVII até meados do século XVIII. A documentação se refere a cinco correspondências, sendo duas escritas por missionários jesuítas da Missão Ibiapaba, outras duas pelo desembargador Christovão Soares de Reimão e uma escrita a pedido de indígenas, e sete concessões de sesmarias localizadas naquela serra, nas quais constam petições indígenas por terra. As correspondências se encontram transcritas e concentradas em um livro produzido por Francisco Pinheiro (2011), enquanto as sesmarias se encontram transcritas em livros de “datas de sesmarias”, os quais estão digitalizados e disponibilizados pelo Arquivo Público do Estado do Ceará.

O trabalho parte da premissa de que, para compreender a relação com a terra e com o território deve-se perceber a interligação de experiências sociais amplas, as quais não são fruto apenas do fenômeno normativo, mas se somam a ele. Objetiva-se, por meio dos documentos catalogados, observar as práticas vivenciadas no contexto de ocupação da Serra da Ibiapaba e compreender a relação dos povos indígenas da Ibiapaba com o direito e com as terras daquele período. Portanto, analisa-se como as populações indígenas habitantes da região da Ibiapaba relacionavam-se com o regime jurídico da colonização para galgar seus próprios interesses sobre a terra.

O fio metodológico deste estudo está sedimentado nas reflexões do historiador Carlo

<sup>2</sup> Sobre o tema, entre outros, cf. CABRAL, 2019; HERZOG, 2019.

<sup>3</sup> Nesta pesquisa, foram selecionados os termos ‘indígenas’, ‘nativos’, ‘ameríndios’ e ‘comunidades tradicionais’ para se referir aos diversos povos originários da América que tiveram contato com os portugueses. Optou-se por esses termos por falta de uma palavra que capture a diversidade dos povos originários e evite simplificações. Recorre-se a essas palavras com a consciência, também, do esforço que os intelectuais indígenas têm desenvolvido no sentido de reivindicar e valorizar suas identidades e suas histórias, reinterpretando o vocabulário colonial.

Ginzburg (2007) sobre a possibilidade de se fazer o que se convencionou chamar de micro-história (o adequado seria até se chamar de micro-histórias, dada a pluralidade das agendas e possibilidades de pesquisas). Considera-se que a leitura aprofundada do material de estudo é uma forma de construir reflexões mais conectadas com a atividade cotidiana e prática de grupos e populações, permitindo conexões com um universo de trocas e práticas específico, nem sempre acessível numa perspectiva macrosocial dos fenômenos.

Defende-se que uma “atitude antropológica” também pode ser encontrada nos documentos foco deste estudo. Sobretudo, nas descrições que se apresentam sobre os modos nativos de trabalhar a noção de terra por meio da burocracia portuguesa. A partir de documentos de doações de terras e correspondências, a “atitude etnográfica” ajuda a compreender o efetivo uso do direito pelos grupos ameríndios na Missão da Serra da Ibiapaba.

## **1 A CONQUISTA PELO DIREITO: A CONSTRUÇÃO DOS ESPAÇOS E DOS SUJEITOS A PARTIR DA COLONIZAÇÃO**

O objeto deste trabalho está centrado em espaços e sujeitos mencionados em documentos de entre o final do século XVII e o começo do século XVIII; logo, remete a um período em que o desenvolvimento da empresa colonial está em curso, e a dita “região colonial” já conta com o desdobramento de estruturas jurídico-sociais formuladas a partir do fenômeno da conquista (Garriga Acosta, 2019). Portanto, antes de analisar a documentação proposta, apresenta-se o contexto jurídico das regiões e dos sujeitos indígenas da América portuguesa, com o fito de possibilitar o seu relacionamento com as experiências locais da Ibiapaba.

Acerca de um direito experimentado pelas possessões americanas do Reino de Portugal, examina-se a aplicação do direito comum, no qual o regime jurídico das terras, desde a sua subordinação ao Império Português, era regido tanto pela legislação régia quanto pela literatura jurídica. É importante notar que, além dessas influências, o cenário local podia introduzir variações significativas<sup>4</sup>. Nesse contexto, o ponto crucial preliminar reside no fato de que, para os agentes da colonização, todas as terras do Império pertenciam à Coroa portuguesa, sendo classificadas como bens da Coroa (Portugal, 1699)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Ao pensar em um “direito colonial”, António Manuel Hespanha (2006, p. 97) expõe que havia um cenário de “coexistência de distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, no mesmo espaço social”, ao que ele denomina de “pluralismo jurídico”.

<sup>5</sup> Laura Beck Varela (2005) aponta que os territórios recém-conquistados eram percebidos como pertencentes juridicamente à Coroa, sob a jurisdição espiritual da Ordem de Cristo, da qual o rei de Portugal era o grão-mestre.

Assim, o Reino atuava como quem detinha a legitimidade central para lidar com a concessão, manutenção e cessação de direitos sobre as terras, sendo esperado que as decisões nessa seara passassem pelo monarca e pelas demais figuras da administração. Entre as associações com a terra pensadas pela ordem jurídica daquele período, a posse e o domínio aparecem como relevantes inclusive para entender sobre outras relações jurídicas que poderiam se concretizar.

Ao observar as relações fundiárias na América espanhola e no direito indiano, Manuel Bastias Saavedra (2020) destaca a importância da posse nas questões de propriedade, sobretudo quando se trata do reconhecimento dos direitos de propriedades indígenas. Para melhor interpretação das fontes, orienta o autor que é essencial afastar-se da categoria de “propriedade” e avançar para uma compreensão da ordem normativa peculiar em que a proteção jurídica da posse adquire significado. Dessa forma, a posse emerge como uma categoria jurídica central em uma perspectiva de mundo na qual os estados de coisas existentes intrinsecamente carregam valores normativos.

O domínio, por sua vez, era definido pela literatura jurídica como a permissão de dar a destinação às coisas seguindo a própria utilidade pessoal (Soto, 1582, p. 99v, Lib 4, q. 1, art. 1). Quem tinha o domínio podia, de forma perfeita, usar a coisa e dela dispor, com os limites impostos pelo direito ou por convenção. No âmbito do direito comum, a coisa poderia ser adquirida por natureza (direito natural ou direito das gentes), mas, para o direito civil, a aquisição se dava pela própria autoridade, que estabelecia a obtenção do domínio conforme as disposições da ordem jurídica. Além disso, era viável adquirir o domínio por meio da autoridade do príncipe, que tinha o poder de transferir entre diferentes sujeitos com base na justa causa (Hespanha, 2015, p. 165).

No contexto colonial, muitos dos direitos ligados à terra estavam associados à posse e ao domínio, formando assim um mosaico de direitos que coexistiam no mesmo espaço. Partindo da Europa, os exemplos mais conhecidos desses direitos são o feudo, o senhorio, as enfiteuses, as sesmarias e demais direitos de superfície. O presente trabalho tem como foco o instituto das sesmarias, tendo em vista sua relevância no fluxo de conquista do Império Português, seu uso por comunidades tradicionais na busca de exercer direitos sobre a terra e sua relevância para as fontes analisadas.

---

Assim, Portugal considerava a nova terra sua propriedade exclusiva, justificada pelas concessões papais, pelo tratado de limites concluído com a Espanha e pela prioridade do descobrimento.

## 1.1 AS SESMARIAS E SUA PRÁTICA NA OCUPAÇÃO DO SIARÁ GRANDE

O destaque ao regime sesmarial ocorre em razão de que se tratava de importante instrumento utilizado pela Coroa portuguesa para a conquista, organização e ocupação territorial. O instituto tem sua gênese nos períodos iniciais de consolidação do Reino português e parte do princípio de que toda terra vaga podia ser apropriada ou doada a quem a cultivasse, o qual se originava dos períodos iniciais de consolidação do Império (Lima, 1988).

Hespanha (2015, p. 159) explica que as terras possibilitadas de serem objeto de sesmarias eram aquelas tidas como incultas, seja por nunca terem sido apropriadas e terem permanecido desertas – portanto, disponíveis para o rei – ou porque os donos as mantinham improdutivas sem justa causa aparente. As terras vagas eram do Reino, assim como era real a prerrogativa de realocar as terras inutilizadas, em prol da utilidade pública. Além disso, esta última prerrogativa poderia ser delegável por expressa doação ou comissão<sup>6</sup>.

Distinguindo-se dos demais institutos relacionados à terra, os quais eram fortemente influenciados no direito comum, nas sesmarias o papel criativo das leis régias foi bem relevante. Logo nos primeiros momentos da prática do instituto nas possessões americanas percebeu-se que o seu uso nas áreas recém-conquistadas cabia muito mais frequentemente aos donatários das capitanias do que propriamente à administração centralizada do Reino. Entre as finalidades apresentadas no texto das cartas de doações das primeiras capitanias estão povoar a terra para se trazer à fé e para colher o proveito da terra, a partir do aumento populacional (Chorão, 1999).

Nesse contexto, considerando as práticas tradicionais de organização e ocupação territorial adotadas pela Coroa, as sesmarias logo se tornaram a principal forma jurídica de distribuição de terras. No entanto, à medida que o sistema transplantado ganhava maior aplicação e relevância, novas situações surgiam, especialmente devido às demandas específicas da realidade colonial.

Logo percebeu-se um progressivo insucesso do regime; sobretudo, na medida em que durante os primeiros séculos da conquista foram distribuídas terras com extensas dimensões, o que causou muitas reclamações de outros moradores e até mesmo problemas com usurpação de terras, resultado da falta de especificações das Ordenações. A relação entre doação de grandes proporções de terras e o propósito socioeconômico das sesmarias de cultivo e ocupação do espaço concedido para prover o desenvolvimento e a organização fundiária gerou a formação de espaços independentes e de influências singulares, que também extrapolavam a perspectiva de controle da Coroa<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> O regime jurídico geral das sesmarias pode ser observado no Quarto Livro das Ordenações do Reino, Título XLIII (Almeida, 1870). Acerca da origem e dos marcos normativos das sesmarias, cf. ALVEAL, 2002, p. 17-117.

<sup>7</sup> Sobre o poder de grandes territórios conquistados por sesmarias, cf. ALVEAL, 2015a.



Em razão disso, a partir do fim do século XVII e ao longo do século XVIII, a Coroa se voltou a uma atuação legislativa mais ostensiva<sup>8</sup>, com o objetivo de controlar as doações de sesmarias. A exemplo, a ordem régia de 27/12/1697 determinou um tamanho padrão para as sesmarias, de três léguas de comprimento por uma légua de largura, nas áreas de agricultura, enquanto a Provisão de 20/01/1699 estabelecia a cobrança de foro<sup>9</sup> proporcional ao tamanho das sesmarias, sobre as capitanias do norte do Estado do Brasil.

Se o contexto colonial em si já formou peculiaridades no instituto, a análise das realidades locais e das práticas sesmarias indica ainda mais vicissitudes. Após a expulsão dos holandeses ocorrida em 1654, o sertão das capitanias do norte ganhou força no processo de conquista, tendo como principal motivo a expansão da pecuária, que passou a disputar espaço com as tradicionais lavouras de cana. Tendo em vista a criação de gado, urgia nesses espaços a concessão de áreas mais amplas de terras (Nogueira, 2017, p. 27-35), desafiando os novos limites dimensionais impostos.

Nessa conjuntura, a capitania do Siará Grande ganha destaque, uma vez que a concentração fundiária se tornou um traço distintivo no processo de ocupação de terras na região. Não era incomum identificar situações em que um único indivíduo havia sido agraciado com mais de uma concessão de sesmaria. Outro traço característico da capitania foram os pedidos por terra justificados como retribuição por serviços prestados ao rei – o serviço, no caso, seria a própria conquista dos sertões (Nogueira, 2017, p. 38-40).

Assim, muitas dessas terras foram concedidas a indivíduos detentores de patentes militares e/ou que cumpriam requisitos como a povoação de uma área, o cultivo de uma terra devoluta ou a participação em guerras contra os indígenas. Isso buscava estabelecer um serviço prestado ao rei, que seria recompensado com a concessão da sesmaria, evidenciando a aplicação da lógica da gratidão e da economia da graça, elementos característicos do Antigo Regime (Hespanha, 2017, p. 121-162).

Como consequência desse fator tem-se que o acesso à terra nessa fase da colonização constituía o principal meio de identificação de uma elite local, que gradualmente se inseria na lógica política e econômica do Império Português. Para Gabriel Nogueira (2017, p. 41), o sesmeiro na capitania do Siará Grande constituía figura socialmente relevante, e a posse de terras, além de poder econômico, era fonte de poder político, já que tal elite sesmarial acabava por também exercer controle sobre o exercício da terra.

<sup>8</sup> Acerca da eficácia das atividades legislativas da Coroa portuguesa, cf. ALVEAL, 2015b.

<sup>9</sup> A provisão marcou o início de uma tentativa de aprimorar o controle sobre o sistema sesmarial e se notabilizou como clara diferença em relação ao regime tributário aplicado às sesmarias localizadas no Reino. Cf. ALVEAL, 2015b.

## 1.2 O SUJEITO INDÍGENA ENTRE A TERRA E A POSSE: A CONDIÇÃO JURÍDICA

O manejo jurídico das populações do Novo Mundo teve um extenso percurso, remontando, pelo menos, aos séculos XV e XVI. Nesse período, o grande debate sobre a questão dos povos originários era liderado por teólogos, filósofos e juristas da Coroa portuguesa, que procuravam estabelecer um lugar para essa “nova humanidade” (Lema, 2020, p. 78). Nessa perspectiva, os indígenas eram considerados pelos colonizadores como detentores de um estatuto de irrelevância. Durante a conquista e ocupação das terras americanas, as autoridades coloniais impuseram uma condição de subalternidade aos primeiros povos, a partir da figura da *persona miserabilis*<sup>10</sup>.

Enquanto o instituto da *persona miserabilis* tratava da capacidade processual dos indivíduos, outras estruturas jurídicas foram criadas para incorporar as comunidades tradicionais à realidade jurídica da colonização. Na América portuguesa, estabeleceu-se que a colonização contaria com a contribuição dessas comunidades<sup>11</sup>, classificando aqueles sob domínio português como juridicamente livres e membros do “corpo político português”. Com base nisso, as autoridades criaram as primeiras “aldeias”<sup>12</sup>, decidindo deslocar várias comunidades e concentrá-las em locais específicos, para fins de catequese, sob a supervisão de religiosos. No Brasil, os indígenas foram inicialmente submetidos ao regime de tutela da Igreja, já que as aldeias eram consideradas unidades jurisdicionais autossuficientes, e cabia ao missionário, com sua autoridade paternal, julgar as questões de direito (Cardim, 2019, p. 35-38).

Diferentemente do desenvolvimento de uma legislação geral para o mundo ultramarino português, observava-se uma profusão de normas, principalmente centradas em âmbitos específicos e destinadas a resolver situações concretas na diversificada realidade brasileira. No que diz respeito à legislação voltada aos povos originários, Maria Regina Celestino de Almeida (2010, p. 82-88) aponta uma ambivalência, pois as leis se sucediam e se contradiziam, ora favorecendo índios e missionários, ora colonos. Isso reflete a ambiguidade inerente aos objetivos da Coroa portuguesa e dos religiosos em relação aos indígenas.

Para compreender o regime jurídico aplicado à organização indígena pela colonização, tanto

<sup>10</sup> O conceito de *persona* estava relacionado à legitimidade processual do indivíduo para agir no âmbito jurídico. Associar-se a esse instituto significava a possibilidade de assumir uma posição jurídica na ordem legal, inclusive para fazer pleitos ao rei. Portanto, grupos como os indígenas, mesmo não sendo enquadrados em categorias detentoras de plenos direitos, podiam pleitear questões que lhes fossem permitidas na medida em que fossem dotados de *persona* (Clavero, 2016, p. 41).

<sup>11</sup> O colonialismo católico seria pautado em uma lógica de assentamento sem deslocamento; portanto, dependia de posicionar os indígenas e contar com eles como parte ativa da situação colonial instalada. Cf. GARRIGA ACOSTA, 2019.

<sup>12</sup> Acerca da política de aldeamentos, cf. ALMEIDA, 2010, p. 71-106.

como força de trabalho quanto como súditos leais do rei, Beatriz Perrone-Moisés (1992, p. 115-131) explica que o princípio orientador fundamental era a divisão dos “índios” em dois grupos: os mansos (aliados) e os selvagens (inimigos)<sup>13</sup>. Os aliados eram aqueles convertidos à vida cristã e à vida cívica, capazes de integrar-se à sociedade colonial, sendo considerados “livres” e detentores de alguns direitos. Em contrapartida, os selvagens, frequentemente chamados de “bárbaros”, estavam fora do controle das autoridades coloniais e, geralmente, eram enquadrados no ordenamento jurídico como sujeitos à escravidão, justificada pela guerra justa<sup>14</sup> ou por expedições de resgate<sup>15</sup>.

Sobre a política de terras relacionada aos sujeitos indígenas após o início do processo de Conquista, mesmo diante da resistência desses grupos, o debate acerca do direito dos indígenas sobre as terras se centra em considerações sobre a efetiva administração das novas terras de acordo com os interesses da metrópole. Adriana Aparicio (2021, p. 144-150) esclarece que, após o período da Conquista, a normatividade colonial revela uma política de terras para o Brasil na qual os indígenas eram vinculados aos aldeamentos, sendo expropriados e assimilados à condição de vassalos do rei. As leis editadas pela Coroa, e evidentemente elaboradas em consonância com os seus interesses, para o espaço colonial aparentemente não negavam completamente os direitos territoriais indígenas. No entanto, esses direitos só eram reconhecidos na medida em que os indígenas aceitassem os valores e as regras estabelecidos pelo Reino.

No cenário do Siará Grande, Maria Sylvia Porto Alegre (1994, p. 16) destaca que, a partir dos anos de 1680, o governo português iniciou a subdivisão das terras do sertão em sesmarias menores, doando-as aos colonos interessados em assegurar uma ocupação efetiva. Esses colonos tinham a responsabilidade de expulsar as populações originárias que resistissem a abandonar seus territórios. A autora ressalta a extrema violência e a forte resistência armada por parte dos indígenas, resultando em conflitos conhecidos como a “Guerra dos Bárbaros”, que se estenderam por cerca de 50 anos, culminando na submissão da maioria dos grupos indígenas remanescentes do genocídio aos aldeamentos missionários (Puntoni, 2002).

Dessa forma, a guerra de extermínio nos sertões foi parte integrante da estratégia de colonização, aculturação e miscigenação a que alguns grupos indígenas foram submetidos. Para esses grupos, alinhar-se aos colonizadores por meio dos aldeamentos, missões e integração às tropas

<sup>13</sup> Tal distinção origina-se no início da colonização, em que a vasta diversidade de grupos étnicos nativos foi simplificada no famoso binômio tupi-tapuia. Sobre o tema, cf. MONTEIRO, 2001.

<sup>14</sup> Alguns juristas propuseram que a justificação legal seria melhor maneira de regulamentar as relações entre europeus e seus súditos ultramarinos. Entre essas justificativas, destacava-se a doutrina do direito romano da “guerra justa”. Cf. HERZOG (2019, p. 205-211).

<sup>15</sup> Sobre as expedições de resgates, cf. ALMEIDA, 2010, p. 84.

combatentes contra os índios "bárbaros" poderia ser visto como um contexto mais propício à sobrevivência. Essa escolha possibilitava a salvação da alma e a integração harmoniosa em um território conforme o ideal do colonizador.

Em uma realidade em que toda a ocupação local e fixação da capitania do Siará Grande se baseou no sistema de sesmarias, os grupos indígenas que eventualmente convergiram aos interesses dos colonizadores conseguiram formalmente obter direitos territoriais. Nesse contexto, Porto Alegre (1994, p. 32-34) destaca que as datas de sesmarias são fontes relevantes que permitem rastrear os primeiros núcleos formados com esses sujeitos. Dessa forma, é possível observar doações coletivas de terras aos indígenas e uma transição para a concessão de terras a indivíduos, por meio das doações aos "principais"<sup>16</sup> das aldeias, militares e alguns indígenas isolados.

## 2 IDENTIFICAÇÃO ETNOGRÁFICA DA IBIAPABA COLONIAL

Esta pesquisa utiliza dois ângulos de observação e análise da implantação da Missão da Serra da Ibiapaba. No primeiro, os passos iniciais da missão são contextualizados, discutindo-se as dificuldades e sentidos da ação missionária, do ponto de vista institucional. No segundo, é desenvolvida uma breve exposição dos grupos ameríndios da região a partir de um documento específico, focalizando nas relações sociais desses grupos praticadas na região, e não em sujeitos específicos.

Com o intuito de situar e esboçar um cenário sobre esses grupos ameríndios, os principais apontamentos acerca deles na formação e consolidação da Missão da Ibiapaba partem, principalmente, da descrição feita pelos padres Ascenso Gago e Manuel Pedroso na sua "Carta Ânua", de 1695. Além disso, a pesquisa aponta para uma possível síntese das relações estabelecidas nesse espaço a partir dos fluxos de trocas relacionais entre os grupos ameríndios.

A Ibiapaba seria, à época da implantação da Missão, uma espécie de "Genebra do sertão", segundo o padre Vieira. Franceses e holandeses haviam se misturado com populações originárias da região, trocando costumes, objetos e alianças. Vieira até relata um episódio em que enviou cartas aos principais ("chefes") de cada aldeia da região para viabilizar a implantação da missão e que, ao recebê-los com a resposta, estavam vestidos com trajes europeus, produtos de troca com holandeses e franceses.

Não somente de franceses e holandeses a Ibiapaba se fez. Os relatos iniciais do contato

<sup>16</sup> Sobre a formação de lideranças indígenas nos pleitos à Coroa portuguesa, cf. DOMINGUES, 2000.

relatam que cerca de 1.600 ameríndios viviam em três grandes malocas na serra, enquanto muitos outros agrupamentos viviam ao redor. A Ibiapaba foi, como esses dados apontam, uma região ativa e de povoamento antigo, relacionando redes de trocas com europeus e comunidades locais.

A expedição de ocupação da serra foi sôfrega. Padre Antônio Vieira foi acompanhado não somente de missionários, mas também de agrupamentos indígenas. O comboio precisou atravessar rios caudalosos, superar conflitos internos entre padres e ameríndios, lidando com a escassez de alimentos e até ataques de outros grupos ameríndios locais (Aguiar, 2011, p. 533).

Além disso, ressalta-se que o cenário de exuberância de rios e serras então apresentado para a região contrastava com as descrições do padre Vieira sobre os costumes dos indígenas. A falta de lavoura, a preguiça de buscarem peixes nos rios, as águas que são “excelentes”, mas raras – tudo citado por Antônio Vieira – indicam um problema crucial para o padre: a falta de abundância. São pessoas que viviam apenas para o seu sustento e a fome seria perpétua entre eles.

Em contraposição, os próprios relatos do padre revelam um diversificado cenário alimentar dos nativos, fundamentado na caça. Além de caçarem tudo que “tinha nome de animal”, também utilizavam para sua dieta ratos, sapos, cobras, lagartixas e mais seres que o padre definiu como “outras imundícies da terra”. O que o padre convertia em algo ruim no seu discurso, os ameríndios demonstravam o contrário.

Essas constatações ainda revelam um cenário em que o meio ambiente foi sujeito à intensa atuação desses grupos indígenas. Ressalta-se que, mesmo com toda essa escassez de alimentos, o padre Vieira encontrou três malocas com cerca de 1.600 ameríndios só em uma parte da Serra da Ibiapaba, que constitui um conjunto de serras.

Vencidas as dificuldades para alcançar a Serra, a missão iniciou seu processo de implantação. Os primeiros padres responsáveis foram Pedro Pedroso e Antônio Ribeiro, comandando a missão de 1655 até 1691. Nesse período, a catequização foi realizada mediante batismos e missas rezadas pelos padres e as festas e as músicas foram as principais estratégias de difusão da fé católica aos ameríndios.

Em 1658, a Missão chegou a ser declarada extinta por um supervisor da Companhia de Jesus, devido à insubordinação do padre Antônio Ribeiro, o que também se ligava a velhas contendas entre Maranhão e Pernambuco pela disputa do território da Ibiapaba. Por intermédio de Vieira, a Missão voltou a existir, mas não sem essa contenda ter criado confusões entre os ameríndios aldeados, quase levando ao extermínio dos próprios padres.

No período de vigência da Missão, o embate entre ameríndios e paulistas deram vida à mencionada “Guerra dos Bárbaros” na região da Ibiapaba. Uma intensa campanha de

deslocamento/apresamento de populações ameríndias se iniciou por volta de 1650 e teve seu fim em meados de 1720. Nessa guerra, bandeirantes vindos de São Paulo – daí a alcunha de paulistas – deslocaram-se pelos sertões do continente em busca de ganhos próprios e de cumprir ordens de autoridades régias.

A atuação dos paulistas foi decisiva para a conquista da costa leste-oeste da América portuguesa. Nem sempre seus atos foram respaldados pela Coroa; muitas vezes, inclusive, foram duramente reprimidos por causa de escravizações ilegais de indígenas. Por outro lado, o mecanismo da guerra justa, legalizado pela Coroa, permitia o extermínio e a captura de grupos ameríndios tidos como empecilhos para o projeto colonizador português, ou seja, aqueles também identificados como “tapuias”.

Esse movimento estava relacionado ao que João Pacheco de Oliveira (2014) denominou de regimes de implantação da Colônia. Nesse caso, observa-se que a documentação se constrói a partir de um regime histórico denominado pelo antropólogo como “Guerra da Conquista”, período marcado pelo domínio efetivo do território pelos agentes colonizadores, tendo a guerra justa como uma de suas faces.

A outra face desse movimento é exemplificada pela Missão da Serra da Ibiapaba no que se refere aos chamados “descimentos”. Em tese, estes consistiam em deslocar grandes contingentes de populações nativas para aldeias a fim de proceder à catequização e implantar um modo de vida português, nos ameríndios, mediante hábitos diários.

Na prática, muitos desses descimentos foram realizados com violência, contando, inclusive, com o auxílio de tropas de paulistas. Desse modo, os indígenas da Ibiapaba pareceram logo perceber que estar aldeado era como ter um “amuleto de proteção” contra os apressadores de índios, uma vez que os missionários conseguiam medir forças com os paulistas, impedindo a dizimação e apresamento dos índios sob sua proteção.

Esse é o cenário da paisagem socio-histórica em que a Missão da Serra da Ibiapaba estava envolvida. Salienta-se ainda que a Serra da Ibiapaba, no século XVII, foi sede de intensos embates entre os ameríndios e as forças conquistadoras (missionários e colonos), sendo uma área disputada por diversos sujeitos históricos. Exemplo disso é a posterior tentativa de desanexação da aldeia da Ibiapaba no início do século XVIII, causando uma disputa entre as regiões onde hoje estão os estados do Piauí e do Ceará.

A Carta Ânua de 1695 descreve as ações realizadas e a situação da Missão da Serra da Ibiapaba em relação aos povos nativos daquela região. Os principais grupos indígenas que habitavam a Serra da Ibiapaba e os seus arredores, de acordo com o relato dos padres Ascenso Gago e Manuel

Pedroso, eram os tobajaras (índios de língua geral tupi, viviam na Serra), os reriús (tapuias, habitando uma serra próxima à da Ibiapaba), os aconguaçus (tapuias, habitando a ponta da Serra da Ibiapaba, próxima ao mar), os tapuias guanacés (de acordo com o mapa etno-histórico de Curt Nimuendaju (1944), e, havendo certeza quanto ao homônimo, os guanacés corresponderiam aos anacés e estavam próximos ao litoral oeste) e os tapuias tremembés (localizados em todo o litoral extremo oeste do Ceará atual) (Pinheiro, 2011).

A narrativa dos padres responsáveis pela Missão ressalta dois pontos fundamentais para o processo de expansão da evangelização e organização do território. O primeiro era que esses grupos indígenas estavam em constante guerra uns contra os outros. O segundo era que foi preciso forjar a paz com cada um deles para conseguir trazê-los para as missões, mas também para se movimentar pelo território.

A guerra estava presente, como relatam os padres, em todos os grupos citados, sendo os tapuias reriús e aconguaçus o “epicentro” das crises. Os reriús estavam em guerra contra os guanacés, os tobajaras e os aconguaçus. Já os aconguaçus, contra os tobajaras e os reriús. Os principais motivos eram a vingança e a traição.

Os reriús, por exemplo, contaram aos padres que “[...] estavam em guerra com tôdas as nações circunvizinhas, e com mais empenho com o Tapuia Guanacé, por haver morto aos Reriús um principal chamado Guati e um soldado mais, ambos à treição e por engano [...]” (*apud* Pinheiro, 2011, p. 36).

Sobre a vingança, responderam ao padre Ascenso Gago que “[...] já se tinham vingado do Guanacé, porque também lhe haviam morto outro principal e dois soldados mais, porém que se não davam por satisfeitos, se os não matassem a todos e lhes cativassem as mulheres e filhos” (*apud* Pinheiro, 2011, p. 37).

Sobre os aconguaçus, tem-se uma narrativa mais pontual e indireta apresentada pelos padres, sobretudo, dada a dificuldade passada pelos missionários em se encontrar com esse grupo. O que encontravam na maioria das vezes eram os seus sinais:

Porque umas vezes nos deixavam rumas de lenha como para queimar os inimigos mortos, segundo o seu costume; outras vezes peles de animais passados com setas, e outras vezes as mesmas setas fincadas no caminho e delas pendentes penachos vermelhos, sinais todos de guerra, de ódio, de inimizade e de vingança (*apud* Pinheiro, 2011, p. 39).

Os caminhos da paz apresentados na carta são induzidos pelos padres por meio da oratória, apresentando diversos elementos de um novo modo de vida, como se vê na conversa do padre Gago com os reriús:



[...] lhe comecei a louvar a paz e encarecer-lhe as conveniências dela, que tendo paz com as mais nações livres e sem sobressaltos fariam suas correrias pelos campos e matos, buscando sustento para suas mulheres e filhos, e assim se criavam êstes para sucessores de seus pais, livres de os contrários por algum sucesso adverso os cativarem [...] e trazer-lhes outro modo de vida diferente da de seus avós [...] (*apud* Pinheiro, 2011, p. 37).

A tecnologia da paz, ou seja, o modo pelo qual a paz se desenvolvia nessas sociedades, foi ricamente descrita pelos padres. Após chegarem a um acordo sobre a necessidade de se fazer a paz, os reriús e os tobajaras procederam da forma como descreveu Ascenso Gago: “Chegaram à fala, fizeram seus arrezoados de parte a parte, alegando a felicidade e paz que seus avós e antepassados mutuamente observaram sempre, até que chegaram a dar a mão um ao outro, repetindo três vezes em alta voz esta palavra guiaâ! Que quer dizer paz [...]” (*apud* Pinheiro, 2011, p. 37).

É preciso salientar que esse ato de paz entre os reriús e os tobajaras, assim como o realizado posteriormente entre os reriús e os tapuias guanacés, faz parte de um contexto em que os tapuias reriús não identificaram grandes agravos por parte de ambos os grupos. Ressalta-se ainda que um elemento sempre presente era a oratória dos padres, sendo eles até mesmo reconhecidos como “grandes pajés”.

Os caminhos da paz são ainda mais bem narrados pelos padres. Se para os reriús a paz pôde ser estabelecida a partir de uma conversa mediada, o conjunto das relações se apresentava muito mais tencionado para os aconguaçus. Como ressaltado, esse grupo se manteve afastado de qualquer tentativa de contato pelos padres. Até que, depois de muita relutância, concordaram em estabelecer a paz com os tobajaras. É possível observar isso na narração do evento pelos padres:

[...] assim os Índios como os Tapuias, se vestiram de variedade de penas, puseram seus penachos do mesmo em as cabeças, como quando se costumam dar batalha. Logo se formou o Tapuia em meio de uma grande campina, o que também fizeram os índios, repartindo-se em dois batalhões, todos com suas armas nas mãos; e logo, ao som de várias buzinas, bater de pés, gritos e assobios, investiram para adonde estava o Tapuia, o qual o recebeu da mesma maneira, representando todas uma horrível batalha. Uns punham as setas no arco, outros empunhavam o pau de matar, ameaçando a cabeça dos contrários, mostrando que os não temiam, alegando as vitórias que uns dos outros haviam alcançado, e protestando a vezes que não faziam pazes por medo, que tivessem aos contrários, senão pelo bem comum que a todos resultava da mesma paz, como os Padres lhes haviam dito. E feita esta cerimônia repetiram três vezes em voz alta esta palavra guaâ! Que quer dizer paz (*apud* Pinheiro, 2011, p. 39-40).

A mesma tecnologia de paz foi usada entre os aconguaçus e os reriús. É importante observar que tanto os chamados “índios” (tupis) quanto os “tapuias” compartilhavam de um mesmo universo de significados, ao menos em relação à “paz” e à “guerra”. Além disso, nos atos de paz o que se percebe é a exaltação de um conjunto simbólico que remete a uma certa tensão entre esses grupos de ameríndios: a valentia, a guerra e a disputa. Em outro ponto, as festas e a dança que parecem manter



a guerra “encenada” no campo das virtualidades, tornando comuns índios e tapuias.

As relações de guerra e paz descritas pelos padres mostram intensos fluxos culturais, entre os grupos ameríndios da região, que ultrapassam limites “étnicos”, pois tobajaras, aconguaçus, reriús e tremembés mantinham comunicações entre si por meio de conflitos que não estavam fundamentados na devastação do outro grupo, mas sim numa organização simbólica, envolta em questões histórico-culturais desses povos.

Como aponta Perrone-Moisés (2015), festa-guerra eram duas matrizes relacionais que fundamentavam as relações dos povos indígenas da América portuguesa. Ou seja, era a partir da variação desses dois grandes polos que as ações poderiam ser significadas no esquema cultural dos nativos sul-americanos. Guerras poderiam se transformar em paz, festas poderiam se transformar em guerras. Eram, sobretudo, modos de fazer política, desfazendo e fazendo grupos. É a partir dessa potencialidade que é possível pensar as ligações dos povos indígenas com o território na Ibiapaba.

Na mesma Carta Ânua de 1695, os padres utilizam os tapuias tremembés para chamar os tapuias aconguaçus para fazer as pazes com os outros grupos ameríndios, estando os tremembés localizados na costa oeste e em paz com as aconguaçus:

Mandei-o chamar, por via do Tapuia Tremembé, com quem tinham pazes, mandei-lhe por várias vezes papéis escritos, e algum fumo ou tabaco em sinal de paz, porém nunca quiseram chegar a falar comigo, dizendo aos mensageiros que não queriam pazes enquanto se não vingassem dos Tobajara e Reriús (*apud* Pinheiro, 2011, p. 39).

É importante salientar, nessa passagem, como a possibilidade de circular pelo território estava entrecortada pelas relações existentes entre os grupos em questão. A circulação de informações (mesmo que simbólicas, como é o caso do tabaco ou fumo citados), missionários e grupos indígenas também dependia da paz entre os grupos indígenas locais. Essas relações, é importante frisar, nunca estiveram completamente “pacificadas”.

Em 1700, por exemplo, o historiador Serafim Leite afirma que a Ibiapaba já havia se tornado a maior aldeia da América portuguesa na época, tendo se desenvolvido entre vários grupos tapuias. As relações entre esses grupos, de acordo com Leite, não foram sempre de paz ou distanciamento, mesmo com a ação dos missionários. Leite (1945, p. 67) afirma que:

Logo em 1701, uns Tapuias Critiguadus, vindos a resgatar farinhas e mandiocas, não contentos com o que compravam e lhe davam os Tobajaras, deram para furtar e destruir as roças sem escapar as dos Padres. Os Padres com um grupo de Índios foram ao seu rancho repreêndo-los. Mas eles receberam-nos em som de guerra [...] Os tobajaras prepararam-se para a luta e não valiam razões.

Conflitos poderiam acontecer sem aviso prévio, gerados, por exemplo, por rumores e

desentendimentos nas relações, o que remete às ideias de Clastres (2020) sobre a sociedade “primitiva” ser contra o Estado, ou seja, desenvolvendo modos de minar a concentração de poder. Esses exemplos podem ilustrar uma “armação social” específica para se pensar os pedidos de doação de sesmarias e os argumentos dos padres sobre as terras dos povos nativos da região.

### 3 ENTRE CORRESPONDÊNCIAS E SESMARIAS: RELAÇÕES INDÍGENAS COM A TERRA

Em um primeiro momento nesta pesquisa, cinco correspondências foram analisadas, sendo duas escritas por missionários jesuítas da Missão da Ibiapaba, outras duas pelo desembargador Christovão Soares de Reimão, e uma, a pedido dos índios tobajara da Missão da Serra da Ibiapaba, para o rei; em seguida, foram analisadas sete cartas de sesmarias, em que constam petições formuladas por indígenas, que visavam garantir o domínio sobre terras na região da Ibiapaba.

No fim da carta de 1695, os padres pedem 12 léguas de sesmarias, abrangendo tanto áreas da serra quanto de campo aberto, o que seria justificado, segundo os padres, “Por que desta sorte ficam tendo em a Serra da tôda a terra lavradia que lhe é necessária para as suas lavouras e para buscar a caça e o mel para o seu sustento; e êste é um dos meios necessários para a conservação dêstes gentios [...]” (*apud* Pinheiro, 2011, p. 47).

Em 1697, os padres denunciaram a instalação de currais de gado pertencentes à Casa da Torre de Garcia d’Ávila, ressaltando a importância da compreensão, por parte da Coroa portuguesa, das terras “necessárias para a vivenda e passadio dos Índios [...]” (*apud* Pinheiro, 2011, p. 57), além de ressaltarem os “campos e caatingas” como um lugar necessário para os “Tapuias” praticarem as suas caçadas e coletas de mel.

Em sequência, os documentos referentes ao desembargador Christovão Soares de Reimão, ambos de 1708, referem-se a uma denúncia e a uma interpretação sobre a sesmaria da Ibiapaba. A denúncia diz respeito ao furto de “índias” na capitania do Siará, ao trabalho forçado ao qual os índios foram submetidos pelo capitão-mor da capitania e persuasão dos moradores. Sobre o furto de “índias”, o desembargador escreve que há “varios moradores com indias furtadas a seus maridos há quatro, des, quinze annos sem lhes quererem largar [...]” (*apud* Pinheiro, 2011, p. 74), permitindo até que algumas fossem visitar os seus maridos nas aldeias, mas sempre indo buscá-las no fim das visitas.

Em outro momento, a denúncia ainda acusa o capitão-mor da capitania de vincular o trabalho dos índios aldeados à sua permissão e os moradores (brancos) de persuadirem os índios com bois em

troca do trabalho, o que nem sempre se cumpria: “Outros me requererão que este Capitão mor os não deixava ir trabalhar, e ganhar sua vida com quem os ocupavão, mas q.[que] so o havia de fazer de sua licença, alias os havia [...], e que isso era por querer que os brancos lhe dessem bois, como alguns tinham dado” (*apud* Pinheiro, 2011, p. 75).

No segundo documento, Reimão dá um parecer favorável à doação de uma sesmaria na “Ribeira do Camossê”, ressaltando a barreira de proteção que os índios aldeados poderiam criar contra os tapuias inimigos nessa região e os sustentos que poderiam tirar das frutas e caças específicas dessas terras (*apud* Pinheiro, 2011, p. 77).

Já em 1720, trata da situação dos tobajaras na Missão da Serra da Ibiapaba, descrita “por eles mesmo” – a carta não tem uma assinatura específica, mas os índios foram tratados na terceira pessoa do plural, indicando que não foi escrita por eles. Os índios da Missão pedem novas terras por um grupo de motivos, a saber: *I*- superlotação da aldeia (sempre com adição de mais grupos tapuais); *II*- falta de espaço/local adequado para a criação de gado; *III*- abusos dos brancos em relação ao trabalho prestado pelos índios fora das aldeias; *IV*- roubo de índias pelos brancos que passam pelas aldeias; e *V*- ajuda na Guerra de Restauração de Pernambuco e na instituição da fé católica na região (Pinheiro, 2011, p. 84-85).

Além das sesmarias, os índios solicitaram, na última carta analisada, apoio da Coroa para buscar seus parentes, com armas de fogo para defesa contra os tapuias do percurso, ferramentas, roupas e meios para se sustentarem por um ano, e ressaltaram que

[...] quando seus avos seretiraram antigam [antigamente] da Baya vieram em companhia delles outros dous principaes com numerosas famílias, os quais passando o Ryo de S. Fr [Francisco] se cepararam delles, e se embrenharam nas dillatadas serras do Araripe aonde há mais de sem annos vivem escondidos, e podem passar de quatro mil almas (*apud* Pinheiro, 2011, p. 85).

Nesses trechos, verifica-se que o território é articulado pelos padres de acordo com o uso das terras pelos indígenas. São partes que deveriam, de certa maneira, permanecer “desocupadas” para que pudessem ser utilizadas pelos nativos. Numa mesma realidade, fatores de desorganização dos grupos nativos foram engendrados em outros trechos como prejudiciais aos indígenas, como o furto de mulheres, o trabalho forçado desmedido e a tomada de suas terras, o que salienta a importância da ocupação da terra e desenvolvimento da vida enquanto grupo, e não como indivíduos.

Entre essas informações e as sesmarias, os trechos que fazem referências ao trabalho em troca de bois e ao auxílio da Coroa na busca por parentes situados em outra serra funcionam como “dobradiças” entre as novas lógicas de organização do território, impostas pelo regime de sesmarias, e as lógicas dos indígenas de usos dos espaços.

Na busca por parentes pode-se verificar mais explicitamente, mediante o pedido de ajuda material para a Coroa, como isso ocorre. É por meio dos serviços prestados para o rei que se desenvolve a possibilidade de ajuda material para o benefício do grupo em questão – os tobajaras. Já a troca de trabalho por bois é mais latente quando se observam as sesmarias em conjunto com esse trecho, pois os bois eram (como em todas as sesmarias no Siará) um dos meios de conseguir terras. Para criar bois, terras são necessárias. A premissa de uso aqui é: quem tem boi tem terra.

Acerca das petições registradas em sesmarias, elas constam nos livros de datas de sesmarias, armazenados pelo Arquivo Público do Estado do Ceará, cujos registros datam de entre 1706 e 1730<sup>17</sup>. Todas as petições indígenas utilizadas nesta pesquisa se referem a pedidos individuais, ou seja, feitos por sujeitos com distinção social, e que tinham como objeto a terra para si e seus descendentes<sup>18</sup>. Em apenas uma delas o peticionante indígena não apresentou título distintivo em sua qualificação, como “dom” (cinco ocorrências), “principal” (cinco ocorrências) ou títulos de ofícios (duas ocorrências), apresentando-se apenas como “Indio Tabajara” (Datas de sesmarias, v. 6, p. 28)<sup>19</sup>. Ademais, todas as petições indicam a origem dos indígenas como pertencentes da “nação tabajara”.

As cartas de sesmarias concederam aos peticionantes a garantia da posse “real, afectiva e atual”, sem “dúvida, embargo ou contradição alguma” sobre os territórios onde habitavam. Dessa forma, a partir dos pedidos e do procedimento adotado observam-se as lógicas locais e dos atores envolvidos. É importante mencionar que em todas as petições há um pedido para abstenção ao pagamento de foro e que nas dimensões solicitadas não há um relacionamento preestabelecido com as normativas régias de tamanho das terras, apresentadas no primeiro tópico.

As duas primeiras sesmarias datam de quatro de setembro de 1706 (Datas de sesmarias, v. 3, p. 37-38, 42-44). Os peticionantes são, respectivamente, qualificados como “Dom Jacobo de Souza”, principal da Aldeia da Serra da Ibiapaba; e “Dom Sima devaz Consellos”, mestre de campo e principal da Serra da Ibiapaba. Ambos justificaram seus pedidos “pello trabalho que teve em mostra aos branquos as terras e caminhos circumvizinho” (Datas de sesmarias, v. 3, p. 37), para o povoamento e na defesa contra o “Inimigo Tapuya” (Datas de sesmarias, v. 3, p. 42). Também alegaram que as terras demarcadas pela Coroa para a aldeia não tinham capacidade para a pecuária,

<sup>17</sup> Sobre sesmarias a indígenas na capitania do Siará, cf. RIBEIRO, 2025.

<sup>18</sup> Na análise de petições indígenas por terra no Ceará, Lígio Maia (2011, p. 2-24) as divide em coletivas, quando justificadas no direito da posse antiga de terra por antepassados para subsistência, e em individuais, quando realizadas por “principais” – que se valiam do oficialato militar e/ou outros títulos de distinção social, sob a justificativa de remuneração pelo serviço real.

<sup>19</sup> Das petições analisadas, em cinco constavam a qualificação de “dom” e em cinco constavam a qualificação de “principal”, alternativa ou cumulativamente. Além disso, houve duas petições com qualificações de ofícios como “mestre de campo” e “capitão maior”.

pelo dano que esta atividade poderia causar às lavouras, existindo terrenos desocupados aptos à criação de gado, sendo os solicitantes merecedores “em satisfação dos Nobris Servisoz que ha feito asua Magestade” (Datas de sesmarias, v. 3, p. 42). Além disso, o tabelião Gabriel Gonsalves de Carvalho fez constar nos dois procedimentos uma certidão do missionário confirmando a posse de gados e a ausência de terra para os acomodar.

Em 1718 houve mais dois registros de sesmarias para indígenas. O primeiro em primeiro de fevereiro, destinado a Gaspar Carapuranha, “índio da Serra da Ibyapaba da terra Guajuguâ”, que alegou em petição que, por meio de seu trabalho, teria adquirido gado e não tinha terra para criação, tendo descoberto terra desocupada suficiente a esse fim (Datas de sesmarias, v. 6, p. 28). O segundo, de 14 de dezembro do mesmo ano, originou-se de pedido de Dom Jozeph de Vasconcelos, mestre de campo e “pryncipal de sua gente”, que declarou ter adquirido gado para sustentação de sua casa e família, sendo notório que “frequentemente se acha na campanha em Serviço real” e até então não teria tido terras para habitar, indicando, por fim, lugar propício para suas necessidades (Datas de sesmarias, v. 6, p. 95).

Em 26 de agosto de 1720, Dom Jozeph de Vasconcelos apareceu novamente em data de sesmaria, agora acompanhado de seu filho Dom Balthazar de Vasconcelos, ambos “índios tabajaras e principais de sua Jente”. Alegaram os peticionantes que encontraram sítio em terra devoluta, desaproveitada e “emfestada do Jentio Barbaro”, onde poderiam ocupar suas criações, pois não tinham terras suficientes até aquele momento (Datas de sesmarias, v. 06, p. 182).

Em 1721, em 30 de novembro, Sebastião Saraiva Cont.<sup>o</sup>, “índio Tabajara e principal da sua gente”, também passou a constar na lista de sesmeiros da capitania. Para tanto, o indígena peticionou declarando o falecimento de seu pai, que morreu em serviço real e deixara algumas cabeças de gado, e que não teria terra para a criação pecuária, tendo descoberto sítio em área devoluta e desaproveitada que poderia lhe servir adequadamente (Datas de sesmarias, v. 11, p. 5).

A última sesmaria analisada é de quatro de fevereiro de 1730, destinada à Dom Simão de Vasconcelos<sup>20</sup>, “índio da aldeia da Serra da Ibiapaba”. A transcrição indica que o documento está corroído; contudo, consta curta descrição do escrevente, de que o indígena teria realizado petição alegando que teria “gados vacus e Cavalares”, mas não teria terra para criá-los, havendo descoberto sítio em cima da serra devoluta e desaproveitada (Datas de sesmarias, v. 12, p. 10).

Um estudo de caso sobre a doação coletiva de terras a índios da Ibiapaba, parte da documentação levantada e realizado por Gustavo Cabral e Ana Carolina Costa (2021, p. 16-22),

<sup>20</sup> É possível que este seja filho do Simão de Vasconcelos requerente da sesmaria concedida em 1706, tendo em vista que no documento não consta o título de principal, outrora evidenciado.

reitera as condições e os elementos atrás expostos pelas correspondências e cartas de sesmarias. O caso diz respeito a pedidos que visavam garantir aos indígenas da missão da Ibiapaba o domínio sobre as terras da parte de cima da serra. Trata-se de procedimento instaurado pelo ouvidor régio do Ceará, Alexandre de Proença Lemos, a D. José I, em 30/01/1756, com a finalidade de pedir ao rei que ordenasse o cumprimento da determinação, estabelecida décadas antes, de doar sesmarias aos índios da Ibiapaba.

Naquele procedimento remete-se: à doação de terras do rei D. João V aos índios da Missão da Ibiapaba, em 5/12/1720, em vista dos relevantes serviços prestados à Coroa; à presença de aproximadamente seis mil índios na região, o que favorecia a defesa da capitania; a ocupações irregulares de invasores brancos; a provas documentais com cópias trasladadas por tabeliães de outra sesmaria doada a indígenas da Ibiapaba em 11/12/1708, pelo então capitão-mor e governador do Siará Grande, Gabriel da Silva Lago, a partir de pedido do padre Ascenso Gago, para que se povoa-se a sua missão e desse sustentação aos missionários (AHU – Ceará, Papéis Avulsos, Caixa 6, Doc. 415, fol. 1-4).

Das manifestações elencadas, percebe-se que os vínculos com a terra da Ibiapaba durante a ocupação sempre foram muito turvos. Verifica-se que, enquanto no início da missão o padre Ascenso Gago demonstra dificuldades para direcionar o seu pedido de sesmarias e identificar os espaços ocupados, ao avançar do século XVIII ele irá intervir diretamente nos outros agentes da administração, para concessão de terras aos indígenas<sup>21</sup>.

Por outro lado, algumas lideranças do grupo indígena tabajara também passaram a requerer por si terras em seu próprio nome e interesse. Nesses requerimentos, abstiveram-se de relatar sobre eventuais dificuldades de habitação em relação ao uso cultural da terra e utilizaram-se dos discursos normativos da colonização, pautados em dar produtividade à terra, nos serviços prestados e no combate aos inimigos da Coroa.

O que se destaca nesse processo é como essas relações se misturam com os pedidos de sesmarias e a disputa pelo espaço colonial da Ibiapaba. Um primeiro indício desse aspecto é a divisão do território, pelos padres, de acordo com o grupo ameríndio em questão. Para os tapuias (aldeados na serra), era importante que as sesmarias abrangessem os “campos e cerrados”, pois eram “índios de corso” e faziam suas correrias nos campos, buscando mel<sup>22</sup> e caça. Já os índios aldeados (tupi) sempre

<sup>21</sup> O mesmo missionário também passou a figurar na lista de sesmeiros da capitania, constando pelo menos três doações em seu favor. Cf. *Datas de sesmarias*, v. 3, n. 147 e n. 180; v. 5, n. 344.

<sup>22</sup> Na “Carta Ânua” de 1695, Ascenso Gago e Manuel Pedroso escrevem que os tapuias aconguaçus misturavam o pó dos ossos dos seus mortos com mel e comiam a mistura. Cf. PINHEIRO, 2011, p. 29-47.

se relacionavam com as lavouras e os cultivos de plantas. Até mesmo o cultivo de gado deveria ser mantido longe, devido à possibilidade de destruição das suas lavouras nas aldeias, e faziam, inclusive, trocas de alimentos com os tapuias (Pinheiro, 2011, p. 52-61). Todas essas questões são informadas pelos padres nos pedidos iniciais de terras para os indígenas do aldeamento.

Mesmo com as separações colocadas pelos jesuítas, o que parece importante prevalecer nas cartas é o entendimento dos “grupos indígenas”, tal como colocado pelo antropólogo Peter Gow (2014, tradução nossa), ao tratar sobre o conceito de “conjuntos” na obra de Claude Lévi-Strauss: “Essas transformações podem refletir eventos de empréstimos entre sociedades vizinhas, mas também podem simplesmente refletir a forma como as pessoas de sociedades vizinhas mantêm um conhecimento elaborado das cosmologias e mitologias umas das outras”<sup>23</sup>.

É possível pensar na existência não de grupos “puros” na região da Ibiapaba, mas sim envoltos em redes de trocas de guerras, festas, comidas, gentilezas e informações que passavam por um lugar comum de existência, ou seja, o território dessas populações. Não se trata de afirmar uma inexistência de barreiras, mas sim de pensá-las mais como ligações entre esses grupos, do que como separações. É como se cada um tivesse informações sobre os outros, acionando uma rede de ligações que fundamentou culturalmente as relações com o espaço e com o tempo.

Da constituição dos documentos selecionados para a presente análise, percebe-se a presença de interesses variados das forças conquistadoras do Ceará colonial, como os dos religiosos, dos agentes da administração colonial, dos sesmeiros e dos moradores locais, centrados na disputa por terras, sua regulação e fiscalização, e na disputa pela força de trabalho indígena.

Desse processo de embates, verificam-se tentativas de mediação e de demarcação de terras para indígenas ao redor das serras da Ibiapaba, inseridas em contextos mais amplos, em que a solicitação de sesmarias, e a normatividade imposta ao tema, é um de muitos passos para assegurar uma territorialidade indígena na região da Ibiapaba, de acordo com as novas configurações de organização territorial impostas pela conquista portuguesa.

#### 4 CONCLUSÕES

O conteúdo das correspondências e cartas de sesmarias analisadas são capazes de elucidar especificidades locais, de maneira que permite buscar explicações a partir das relações nativas com a

<sup>23</sup> No original: “Such transformations may reflect events of borrowings between neighbouring societies, but they might also simply reflect the manner in which people from neighbouring societies maintain an elaborated knowledge of each other’s cosmologies and mythologies”.



terra e as pessoas. Dessa forma, verificou-se ter sido possível a seletos grupos de indígenas se relacionarem com a terra a partir do exercício do fenômeno jurídico colonial, desde que empossados de uma prática de poder engendrada, explicitada no discurso jurídico das petições de indígenas. Além disso, nas primeiras correspondências, denota-se o componente religioso operando como possibilidade de colonialismo e relacionamento com o terreno, tendo como premissas a conversão, a catequização e a necessidade de exercer trabalho para se adquirir vínculos fixos com a terra.

As apropriações realizadas pelos indígenas devem ser compreendidas à luz de suas próprias experiências, vivências e dos objetivos que os impulsionaram nesse cenário de conflitos, alianças e ressignificações. Os documentos demonstram um complexo jogo de relações, sendo crucial estar receptivo às diversas respostas dos povos originários diante da colonização. Isso implica uma absorção criativa dos processos, incluindo reinterpretação da cultura material, das instituições e das ideias dos colonizadores, que foram ressignificadas e apropriadas pelos indígenas durante essa experiência colonial.

Os grupos indígenas que optaram por se vincular, mesmo que às vezes por períodos curtos, à realidade colonial – o que se fez, sobremaneira, pela política de aldeamentos – conseguiram ser percebidos como vassallos da Coroa portuguesa e, eventualmente, galgar poder de agência de seus próprios interesses, inclusive aqueles atinentes à terra, notadamente por meio da posse e do instituto sesmarial. A vassalagem se realça ao se fazer constar nas petições por terra os títulos coloniais (principal, dom, capitão maior, mestre de campo), auxiliando na aplicabilidade do argumento da retribuição e da graça.

Ao desenvolver a conquista, percebeu-se uma certa vinculação à ordem jurídica, envolvendo a necessidade de conhecer acerca da estrutura normativa sobre a terra. Por mais que nem todas as determinações sobre o tema (como as orientações sobre tamanho e a centralidade de controle da Coroa) tenham sido respeitadas nas sesmarias analisadas, verificou-se que havia um reconhecimento da formalidade de procedimentos de peticionamento e da relevância de documentos escritos e certificados por agentes da Coroa para se avaliar esses interesses.

Com a exposição dos documentos, também se salienta a presença de uma espacialidade específica dos índios da região da Ibiapaba colonial. As correspondências e denúncias trazem ao leitor uma série de razões simbólicas de organização do espaço pelos indígenas. Os conflitos entre grupos diversos, os lugares característicos de plantação, de coleta e de caça, os conflitos sociais sobre o rapto de mulheres e crianças e o apresamento de índios pelos paulistas (e a própria circulação de mulheres e crianças nas guerras intergrupais) são alguns exemplos.

Acredita-se, por fim, que as sesmarias não só foram utilizadas de forma a garantir terras



específicas, mas também como uma forma de garantir territorialidades relacionadas com os vínculos e relações preexistentes com a terra e com as novas dinâmicas coloniais de organização do espaço. Aponta-se para um aspecto construtivo das sesmarias indígenas na Ibiapaba colonial. O conceito não pôde ser meramente traduzido tal qual estava em vigor na América portuguesa. Ele precisou ser preenchido de valor social pelas informações dos padres, dos desembargadores (agentes da administração colonial) e dos ameríndios, para ter um uso efetivo como instrumento territorial.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Cláudio. Padre Antônio Vieira e a missão jesuítica da Serra de Ibiapaba (1655-1759). **R IHGB**, Rio de Janeiro, a.172, n. 452, p. 507-546, jul./set. 2011.
- ALMEIDA, Candido Mendes de. **Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado D’El-Rey D. Philippe I.** 14. ed. Quarto Livro das Ordenações. Título XLIII (Das sesmarias(3)). Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. p. 822-827.
- ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. **Os índios na História do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- ALVEAL, Carmen Margarida Oliveira. De senhorio colonial a território de mando: os acossamentos de Antônio Vieira de Melo no Sertão do Ararobá (Pernambuco, século XVIII). **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 35, n. 70, p. 41-64, 2015a.
- ALVEAL, Carmen Margarida Oliveira. **HISTÓRIA E DIREITO: Sesmarias e Conflito de Terras entre Índios em Freguesias Extramuros do Rio de Janeiro (Século XVIII)**. 2002. Dissertação (Mestrado em História Social) – Programa de Pós-Graduação em História Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.
- ALVEAL, Carmen Margarida Oliveira. Transformações na legislação sesmarial, processos de demarcação e manutenção de privilégios nas terras das Capitanias do Norte do Estado do Brasil. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 56, p. 247-263, jul./dez. 2015b.
- APARICIO, Adriana Biller. Direitos territoriais indígenas: da modernidade hispânica ao pluralismo jurídico. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 7, n. 17, p. 142-162, 2021.
- CABRAL, Gustavo César Machado. **Ius Commune**. Uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.
- CABRAL, Gustavo César Machado; COSTA, Ana Carolina Farias Almeida da. Direito à terra na América Portuguesa: petições de indígenas e doação coletiva de sesmarias na capitania do Ceará (Século XVIII). **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 42, n. 87, p. 1-30, 2021.
- CARDIM, Pedro. Os povos indígenas, a dominação colonial e as instâncias de justiça na América portuguesa e espanhola. In: DOMINGUES, Ângela; RESENDE, Maria Leônia Chaves de; CARDIM, Pedro (Org.). **Os Indígenas e as Justiças no Mundo Ibero-Americano (Sécs. XVI-**

XIX). Lisboa: Centro de História da Universidade de Lisboa: CHAM – Centro de Humanidades (NOVA FCSH-UAc): PPGH/UFSJ – Programa de Pós-Graduação em História/Universidade Federal de São João del-Rei, 2019. p. 29-84.

CHORÃO, Maria José Mexia Bigotte. Doações e forais das capitanias do Brasil, 1534-1536. Lisboa: Instituto dos Arquivos Nacionais/Torre do Tombo, 1999.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. Pesquisas de Antropologia Política. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

CLAVERO, Bartolomé. **Sujeto de derecho entre estado, género y cultura**. Santiago: Olejnik, 2016.

DOMINGUES, Ângela. **Quando os índios eram vassalos**: colonização e relações de poder no Norte do Brasil na segunda metade do século XVIII. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2000.

GARRIGA ACOSTA, Carlos Antonio. ¿Cómo escribir una historia “descolonizada” del derecho en América Latina? In: VALLEJO, Jesús; MARTÍN, Sebastián (Coord.). **En Antidora**. Homenaje a Bartolomé Clavero. Navarra: Aranzadi, 2019. p. 325-376.

GINZBURG, Carlo. **O fio e os rastros**. Verdadeiro, Falso, Fictício. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

GOW, Peter. Lévi-Strauss's ‘double twist’ and controlled comparison: transformational relations between neighboring societies. **Anthropology of this Century**, London, n. 10, May 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr4d9rj9>. Acesso em: 14 jan. 2024.

HERZOG, Tamar. **Una breve historia del derecho europeo**. Madrid: Alianza editorial, 2019.

HESPANHA, António Manuel. As outras razões da política: a economia da “graça”. **A ordem do mundo e o saber do jurista**. Imaginários do antigo direito europeu. Lisboa: CreativeSpace Independent Publishing, 2017.

HESPANHA, António Manuel. **Como os juristas viam o mundo**. 1550-1750. Direitos, Estados, Coisas, Contratos, Ações, Crimes. Lisboa: CreativeSpace Independent Publishing, 2015.

HESPANHA, António Manuel. Direito Comum e Direito Colonial. **Panóptica**, v. 1, n. 3, p. 95-116, 2006.

LEITE, Serafim. **História da Companhia de Jesus no Brasil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945.

LEMA, Fabrício Ferreira de. Rústicos y miserables: o discurso jurídico sobre as populações indígenas no Vice-Reino do Rio da Prata (1767-1800). **Revista Latino-Americana de História**, v. 9, p. 74-95, 2020.

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. 4. ed. Brasília: ESAF, 1988.

MAIA, Lúcio José de Oliveira. Um outro sentido da colonização. A apropriação indígena das solicitações de datas de sesmarias na capitania do Ceará. **Cadernos do LEME**, Campina Grande, v. 3, n. 1, p. 2-24, jan./jun. 2011.

MONTEIRO, John Manuel. **Tupis, tapuias e historiadores**: estudos de história indígena e do indigenismo. Tese (Livre-Docência) – Unicamp, Campinas, 2001.

NOGUEIRA, Gabriel Parente. **Viver à lei da nobreza**: elites locais e o processo de nobilitação na capitania do Siará Grande (1748-1804). Curitiba: Appris, 2017.

OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). Os indígenas na formação da colônia: uma abordagem crítica. In: FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima (Org.). **O Brasil colonial**. 1. 1443-1580. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Festa e guerra. 2015. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manoela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura/Fapesp, 1992.

PINHEIRO, Francisco José. **Documentos para a História Colonial, especialmente a indígena no Ceará (1690-1825)**. Fortaleza: Fundação Ana Lima, 2011.

PORTO ALEGRE, Maria Sylvia. Fontes inéditas para a história indígena no Ceará. In: PORTO ALEGRE, Maria Sylvia; MARIZ, Marlene da Silva; DANTAS, Beatriz Góis (Org.). **Documentos para a história indígena no Nordeste**. São Paulo: USP/ NHII/ FAPESP, 1994.

PORTUGAL, Domingos Antunes. **Tractatus de donationibus jurium et bonorum regiae coronae**. Lugduni: Anisson, & Possuel, 1699. 2 t.

PUNTONI, Pedro. **A guerra dos bárbaros**: povos indígenas e a colonização do sertão nordeste do Brasil (1650-1720). São Paulo: Hucitec, 2002.

RIBEIRO, João Victor Diniz. **Entre a terra e a conquista**: petições e sesmarias indígenas na capitania do Siará Grande (1706-1738). 2025. 190 f.: Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza, 2025.

SAAVEDRA, Manuel Bastias. The normativity of possession. Rethinking land relations in early-modern Spanish America, ca. 1500–1800. **Colonial Latin American Review**, v. 29, n. 2, p. 223-238, 2020.

SOTO, Domingo de. **De iustitia et iure**. Lugduni: Bartholomaeum Honoratvm, 1582.

VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: Um Estudo de História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

## **Lista de documentos utilizados**

### **Arquivo Histórico Ultramarino**

AHU – Ceará, Papéis Avulsos, Caixa 6, Doc. 415.

### **Arquivo Público do Estado do Ceará (APEC)**

Datas de sesmarias do Ceará e índices das datas de sesmarias: digitalização dos volumes editados nos anos de 1920 a 1928 (Org.). Arquivo Público do Estado do Ceará. Fortaleza: Expressão Gráfica/Wave Media, 2006. CD-ROM.

### **Mapa consultado**

CURT NIMUENDAJU. Museu Nacional. Mapa Etno-Histórico do Brasil e Regiões Adjacentes. [Belém], 1944, 1 mapa. Escala: 1:2.500.00.

**O COMPORTAMENTO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA  
NO CONTROLE PREVENTIVO DOS ATOS DE REFORMA  
CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DE SEU ATIVISMO JUDICIAL**

**THE BEHAVIOR OF THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT IN  
THE PREVENTIVE CONTROL OF CONSTITUTIONAL REFORM ACTS:  
AN ANALYSIS OF ITS JUDICIAL ACTIVISM**

Submissão: 6 jun. 2024

Aprovação para publicação: 18 ago. 2025

**Beatriz Tavares Fernandes dos Santos**

Mestra em Ciência Jurídica e Doutoranda em Direito

Afiliação institucional: Universidade Federal do Paraná – UFPR – (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5882-442X>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/1053200006223833>

Email: [beatriztavaresfs@gmail.com](mailto:beatriztavaresfs@gmail.com)

**Jairo Néia Lima**

Doutor em Direito do Estado

Afiliação institucional: Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP – (Jacarezinho, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3346-7865>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/5837066319512062>

Email: [jaironlima@uenp.edu.br](mailto:jaironlima@uenp.edu.br)

**Yenny Andrea Celemín Caicedo**

Doctora en Derecho

Afiliação institucional: Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3308-0129>

Curriculum: <https://tinyurl.com/3dr8mjxd>

Email: [ya.celemin24@uniandes.edu.co](mailto:ya.celemin24@uniandes.edu.co)

**Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):**

SANTOS, Beatriz Tavares Fernandes dos; LIMA, Jairo Néia; CELEMÍN CAICEDO, Yenny Andrea. O comportamento da Corte Constitucional da Colômbia no controle preventivo dos atos de reforma constitucional: uma análise de seu ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 2, p. 93-119, maio/ago. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufr.v70i2.95733>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/95733>. Acesso em: 31 ago. 2025.

**RESUMO**

A Colômbia estabelece, em seu texto constitucional, uma espécie de controle preventivo de constitucionalidade sobre propostas de modificação constitucional, efetivado mediante o controle das leis convocatórias de referendo para alteração da constituição e exercido pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC). Embora a Constituição Política de 1991 (CP/91) preveja que esse controle seja apenas procedimental, estudiosos apontam que a CCC tem também exercido um controle material (ou substancial) dessas leis. Diante disso, parte-se da seguinte pergunta de pesquisa: — De que modo esse comportamento judicial da CCC pode ser avaliado a partir do(s) conceito(s) de ativismo judicial e o que justificaria sua eventual postura ativista? O objetivo do artigo é analisar a atuação da Corte à luz das concepções de ativismo judicial. Para isso, foi realizada uma pesquisa documental-qualitativa centrada nas Sentenças C-551 de 2003 e C-141 de 2010, complementada por investigação bibliográfica voltada à compreensão da atuação da CCC. Os resultados apontam que a Corte tem adotado uma postura ativista, ao ultrapassar os limites do controle procedimental previsto na CP/91. As conclusões indicam que esse ativismo judicial tem sido justificado, em parte, pela necessidade de conter postura expansiva adotada pelo Poder Executivo colombiano.

**PALAVRAS-CHAVE**

Emendas constitucionais. Leis convocatórias de referendo constitucional. Controle material. Corte Constitucional da Colômbia. Teoria da substituição constitucional.

**ABSTRACT**

Colombia's constitutional framework provides for a form of preventive constitutional review over proposed constitutional amendments, carried out through the control of referendum-calling laws for constitutional change and exercised by the Colombian Constitutional Court (CCC). Although the 1991 Political Constitution (CP/91) establishes that this control should be merely procedural, scholars have noted that the CCC has also engaged in substantive (or material) review of these laws. This article investigates the following research question: — How can the CCC's judicial behavior be assessed in light of the concept(s) of judicial activism, and what justifies its possible activist stance? The study's objective is to analyze the Court's actions through the lens of judicial activism theories. A qualitative documentary research method was employed, focusing on Judgments C-551 of 2003 and C-141 of 2010, complemented by a bibliographic review to deepen the understanding of the CCC's role. The results indicate that the Court has adopted an activist posture by exceeding the procedural control limits set forth in the CP/91. The conclusions suggest that this judicial activism is partly justified by the need to curb expansive tendencies adopted by the Colombian Executive Branch.

**KEYWORDS**

Constitutional amendments. Referendum-calling laws for constitutional reform. Substantive review. Colombian Constitutional Court. Theory of constitutional replacement.

## INTRODUÇÃO

O controle jurisdicional de constitucionalidade, realizado por um juiz ou um tribunal para verificar a compatibilidade de determinado ato com a constituição vigente, pode incidir em dois momentos: antes da aprovação da norma, quando será caracterizado como preventivo (ou prévio), ou após a aprovação da norma, quando será caracterizado como repressivo (ou posterior).

No Brasil, esse modo de atuação jurisdicional ainda se subdivide em controle de constitucionalidade de emendas constitucionais e controle de constitucionalidade de legislação infraconstitucional. Neste trabalho, o foco é colocado sobre a primeira situação, relacionada ao controle das reformas constitucionais. Essa discussão tem sido conduzida no Brasil por trabalhos recentes que analisam tanto o fenômeno sob o ponto de vista teórico como empírico. No entanto, nesta pesquisa, a investigação foi direcionada para fenômeno correlato na Colômbia, por se tratar de uma realidade constitucional que tem recebido atenção nos últimos anos e contribuído para o entendimento do tema. Para delimitar a pesquisa, a atenção foi direcionada especificamente ao exercício da jurisdição constitucional previamente à reforma constitucional.

Nesse sentido, observa-se que a Colômbia estabelece, em seu texto constitucional (CP/91), que a Corte Constitucional (CCC) do país pode exercer o controle de constitucionalidade em seus dois momentos, a depender de qual ato estiver sob escrutínio, conforme se verifica dos numerais do art. 241 da CP/91. Em relação aos atos reformatórios da Constituição, há controle repressivo<sup>1</sup>, enquanto sobre as leis que convocam referendo ou assembleia constituinte para modificação do texto constitucional, há controle preventivo<sup>2</sup>. Nas duas modalidades, permite-se que a CCC analise apenas a existência de vícios procedimentais (ou formais) na formação do ato.

Ocorre, no entanto, que a CCC passou a realizar não só o controle procedimental, autorizado na CP/91, mas também o controle substancial das leis convocatórias de referendo para modificação do texto constitucional, não previsto no texto constitucional. Por isso, por meio deste estudo, pretende-se responder à seguinte pergunta-problema: — De que modo o exercício do controle de constitucionalidade de leis convocatórias de referendo constitucional pela CCC pode ser avaliado a partir dos conceitos de ativismo judicial e o que justificaria sua eventual postura ativista?

<sup>1</sup> “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación” (Colômbia, 1991).

<sup>2</sup> “[...] 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación” (Colômbia, 1991).



Para tentar responder à pergunta-problema, a decisão de criação da “teoria da substituição constitucional”, hoje utilizada pela CCC para exame de leis convocatórias de referendo, será examinada, assim como os argumentos nela empregados. Em seguida, outra decisão proferida pela Corte no exercício dessa competência será analisada. A partir desses dados, as atuais concepções e noções empregadas às expressões “ativismo judicial” pela literatura colombiana serão apresentadas, para, ao final, verificar de que modo o comportamento decisório da CCC nesses casos pode ser avaliado a partir de tais concepções.

A presente pesquisa se justifica em razão de evocar a discussão sobre uma das modalidades de comportamento decisório da CCC, que, por sua vez, guarda íntima relação com a tensão entre constitucionalismo e democracia, visto que o exercício dessa competência judicial incide sobre uma lei que carrega, em seu interior, proposta normativa fruto do poder constituinte reformador a ser chancelado mediante referendo constitucional, sobre o qual se supõe, portanto, um elevado *status* democrático.

## 1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E FORMULAÇÃO DA “TEORIA DA SUBSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL”

A CCC, criada com a promulgação da CP/91<sup>3</sup>, é mundialmente reconhecida por possuir uma extensa relação de poderes e instrumentos inéditos em relação a qualquer outro tribunal<sup>4</sup>. A escolha pela sua criação nesses moldes decorre do descontentamento existente à época em relação à Suprema Corte de Justiça<sup>5</sup>, então o mais alto tribunal do país e responsável pelo exercício do controle de

<sup>3</sup> A Constituição de 1991 resultou do trabalho da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) colombiana, realizada em um contexto conturbado de abertura política e, simultaneamente, de crise institucional. A abertura política ocorreu em razão das marcas deixadas pelo regime da Frente Nacional, um acordo iniciado para remover o ditador general Gustavo Rojas Pinilla do poder e que vigorou entre 1958 e 1974, mantendo no governo membros dos partidos Conservador e Liberal. Mesmo após seu término, o pacto influenciou o país até o final dos anos 1980. A crise institucional, por sua vez, estava associada, por exemplo, à violência política, às guerrilhas e ao narcotráfico. A constituinte não surgiu de uma revolução, mas de um contexto histórico complexo, no qual se buscava ampliar a democracia. Suas atividades iniciaram-se em cinco de fevereiro de 1991 e encerraram-se em quatro de julho do mesmo ano. A organização se estruturou em cinco comissões distintas, com 70 delegatários. Cabe destacar que forças políticas e sociais anteriormente excluídas, como grupos de guerrilha desmobilizados, indígenas e minorias religiosas, desempenharam papel relevante na constituinte, de modo que 40% dos membros não pertenciam aos partidos Liberal ou Conservador, que dominaram a política colombiana por décadas. A discussão sobre “controle de constitucionalidade, Corte Suprema de Justiça e Conselho de Estado” ocorreu na Comissão IV da ANC (Jiménez, 2017, p. 251, 269; Uprimny, 2004, p. 52).

<sup>4</sup> Como exemplo desses instrumentos, observa-se que, com a promulgação da Constituição de 1991, a CCC manteve a possibilidade de realizar controle abstrato de leis por meio de petição de qualquer cidadão, a qualquer tempo, e passou a exercer um novo poder, a tutela, por controle concreto, nos casos em que cidadãos busquem a proteção de direitos fundamentais diante de ações ou omissões de autoridades ou de particulares (Cifuentes Muñoz, 2002, p. 288-302; Landau, 2014, p. 87-89).

<sup>5</sup> O descontentamento, segundo Landau, pode ser explicado pelo fato de que, durante o período da Frente Nacional, a



constitucionalidade. Esse descontentamento motivou a adoção de um desenho institucional fortalecido, que pudesse estar mais alinhado às forças políticas em ascensão naquele momento (Landau, 2014, p. 37-127).

Desde a sua criação, a Corte enfrentou diversas tentativas de influência (como estratégias de *court packing*<sup>6</sup>, por exemplo) ou até mesmo ataques mais diretos em diferentes governos, a exemplo dos de Ernest Samper e de Álvaro Uribe, que buscaram limitar os seus poderes. Apesar dessas tentativas, a Corte tem conseguido manter sua posição e atuação ativista (Landau, 2014, p. 283-329; Uprimny, 2004, p. 60).

Sobre a atuação hoje considerada ativista, no entanto, é necessário observar que, logo no início de sua atividade como tribunal máximo da jurisdição constitucional colombiana, a CCC, no que tange ao controle de emendas constitucionais, atuou nos estritos termos impostos pelos arts. 241 e 379 da CP, sendo que alguns até classificaram sua atuação como minimalista. Exemplo disso ocorreu na Sentença C-222 de 1997, em que a Corte se utilizou de um procedimento de *check list* para verificar se a criação de um ato legislativo correspondia com o disposto no art. 375, complementado com o art. 150, da CP, e na Lei nº 5 de 1992. No entanto, esse cenário começou a mudar em 2003, quando, no caso da Sentença C-551, a CCC assumiu a competência de revisar substancialmente a atividade do Congresso colombiano (Celemín Caicedo, 2020, p. 17).

O referido caso foi submetido à apreciação da CCC em razão do controle automático de constitucionalidade estabelecido no art. 241, numeral 2, da CP<sup>7</sup>. Por meio dele, analisou-se a constitucionalidade da Lei nº 796 de 2003 (Colômbia, 2003a), ato por meio do qual se convocava referendo para alteração do texto constitucional. A referida lei surgiu por iniciativa do governo.

---

Suprema Corte atuava de forma alinhada às forças políticas predominantes, enquanto, após esse período, passou a adotar postura distinta. Embora mantivesse decretos de estado de sítio, a Corte intervinha no sistema político por meio de medidas como o bloqueio de reformas constitucionais. Essa postura, portanto, desagradou importantes setores e contribuiu para a decisão tomada no âmbito da ANC (Landau, 2014, p. 55-87). Além disso, cabe observar que a Suprema Corte se posicionou contrariamente a algumas reformas desejadas pela constituinte, fator que também influenciou na criação da CCC (Cepeda-Espinoza, 2004, p. 551).

<sup>6</sup> Termo utilizado pelo autor para se referir a qualquer tipo de esforço de controlar a Corte por meio de nomeações (Landau, 2014, p. 315).

<sup>7</sup> Conforme consta na Sentença C-551 de 2003, o controle exercido pela CCC pode ser assim caracterizado: “[...] 2- O controle exercido pela Corte sobre a referida lei é um controle posterior à sanção e promulgação da lei correspondente, como também o é o controle sobre a lei que consulta o povo sobre se se convoca uma Assembleia Constituinte [...] 4- O controle de constitucionalidade exercido sobre a lei por meio da qual é convocado um referendo constitucional caracteriza-se por ser anterior ao pronunciamento popular; concentrado, pois está exclusivamente a cargo da Corte Constitucional; judicial, pela natureza do órgão que a realiza; automático, uma vez que opera por mandato imperativo da Carta Política; integral, uma vez que compete à Corte verificar todos os eventuais vícios processuais dessa lei; específico, uma vez que o Tribunal só pode examinar os vícios processuais da lei, uma vez que não lhe compete estudar o seu conteúdo material; participativo, uma vez que os cidadãos têm o poder de assistir ou contestar a constitucionalidade; definitivo, porque o texto submetido a controle não pode ser objeto de pronunciamento do Tribunal Constitucional; e delimitado pela própria Constituição nos artigos 379 e 241, numeral 2” (Colômbia, 2003b, tradução nossa).

Com essa lei convocatória, pretendia-se submeter ao povo colombiano a decisão sobre alteração a respeito dos seguintes pontos da CP: perda dos direitos políticos por funcionários públicos que tivessem atentado contra o patrimônio do Estado; voto nominal e acesso à informação de como votaram os representantes políticos; substituições de membros de corporações públicas e proibição da existência de suplente para cargos de eleição popular em corporações públicas; faculdades das corporações públicas de eleição popular na direção e controle da fazenda pública; serviços administrativos do Congresso; redução do tamanho do Congresso e modificação da eleição dos congressistas; perda de investidura de congressistas, deputados, conselheiros e membros de juntas administrativas locais; limitação de pensões e salários a serem pagos com recursos de natureza pública; supressão das controladorias departamentais, distritais e municipais; supressão de algumas pessoas jurídicas e atribuição de suas funções à Procuradoria Geral da Nação; auxílios com dinheiro público; novos recursos para educação e saneamento básico; destinação de recursos para educação e saneamento básico; medidas de racionalização de gasto público; modificação do regime dos partidos políticos; punições relacionadas ao tráfico e o uso de drogas; mandatos de autoridades territoriais; e vigência imediata da reforma ao texto constitucional (Colômbia, 2003a).

Assim, a referida reforma, proposta logo após a eleição do Presidente Álvaro Uribe, em 2002, tinha como principal escopo a contenção de gastos públicos, tendo em vista que as alterações indicadas anteriormente relacionam-se com temas como, por exemplo, a diminuição da estrutura do governo e a destinação de recursos públicos.

Na sentença, a CCC iniciou a sua fundamentação com a indicação da necessidade de se determinar o alcance de sua competência na revisão de constitucionalidade da lei convocatória, tendo em vista que alguns intervenientes argumentaram que a apreciação deveria manter-se restrita à verificação do correto trâmite da lei, enquanto outros defenderam que a Corte poderia analisar eventual violação aos requisitos tratados no Título XIII da CP, sem adentrar na matéria referente ao regramento do Congresso (Lei nº 5 de 1992) ou à Lei Estatutária de Mecanismos de Participação (LEMP, Lei 134 de 1994), enquanto outros argumentaram, por fim, que cláusulas constitucionais fora do Título XIII, assim como o conteúdo da Lei, deveriam ser examinados pela CCC.

A Corte indicou, então, que a CP, ao estabelecer em seu art. 379 que a lei convocatória de referendo só poderia ser declarada inconstitucional quando violados os requisitos previstos no Título XIII da CP – mais especificamente, os previstos no art. 378 –, não restringiu o controle apenas à análise de tal dispositivo, visto que ela mesma remeteu a outros artigos e apontou que o trâmite do referendo não se encontrava disciplinado apenas nela. Assim, segundo estabelecido pela CCC, o texto constitucional deve ser interpretado de maneira harmônica, de modo a também considerar os

propósitos do constituinte. Ademais, a CCC apontou que a restrição imposta pelo art. 379 não significaria que a CCC deveria considerar apenas normas constitucionais, de modo que a Lei nº 134 de 1994, a LEMP e o regimento do Congresso<sup>8</sup> também deveriam ser considerados quando relacionados a princípios e valores constitucionais.

Com isso, é possível observar que, na análise de constitucionalidade da Lei Convocatória nº 796 de 2003, a CCC considerou: o texto constitucional de maneira “sistemática” e “harmônica”; a vontade do constituinte; e a legislação infraconstitucional, ou seja, a LEMP, o regimento do Congresso e a lei que disciplina os mecanismos de participação popular na Colômbia.

Após definir quais normas serviriam de parâmetro para verificação da constitucionalidade da convocatória, a CCC passou a tratar do alcance da sua competência no caso submetido à sua apreciação. Neste ponto, a CCC indicou que sua análise estaria limitada à verificação de vícios de procedimento na formação do ato e que não caberia a análise material da lei, ou seja, o exame sobre o conteúdo do diploma legal, ou, ainda, analisar se as mudanças propostas eram politicamente oportunas.

Contudo, na sequência, a CCC indicou que a noção de vício de procedimento na formação de uma lei que incorpora um referendo não seria evidente, tendo em vista que existem diversas compreensões sobre o que configura um vício formal. Porém, em razão da diferenciação realizada na própria Constituição (que permite a análise material em relação a outros atos, como, por exemplo, decretos com força de lei e projetos e leis estatutárias), a CCC indicou que a CP adotou uma classificação bipartida dos vícios dos atos jurídicos, que podem ser materiais ou procedimentais, de modo que caberia somente a análise sobre os últimos no caso examinado (de controle de lei convocatória de referendo).

Na sequência, a CCC indicou que um vício de competência se projeta tanto sobre o conteúdo material como também sobre o trâmite da lei, tendo em vista que configura a base de ambos. Contudo, se a Corte não verifica a competência do órgão que propõe a reforma, ela não controla o procedimento de aprovação da reforma na forma estabelecida. Por isso, seria cabível, segundo entendimento construído pela Corte, a análise de vício de competência ao exercício do poder de reforma, que seria espécie de vício de procedimento.

A literatura aponta, no entanto, uma contradição na construção jurisprudencial do Tribunal. Isso porque ao definir a natureza do vício de competência, a Corte indica, quando exerce a revisão de

<sup>8</sup> Sobre esses diplomas, a CCC indicou que apenas os seguintes pontos seriam capazes de causar a inconstitucionalidade da convocatória: disposições do Regulamento do Congresso e da LEMP relacionadas estreita e diretamente a valores constitucionais e aos requisitos estabelecidos no Título XIII da CPC.

leis, que se trata de um vício material<sup>9</sup>, enquanto para justificar sua revisão em relação a reformas ao texto da Constituição (tal como as leis convocatórias de referendo constitucional) aponta, desde a sentença examinada neste tópico, que se trata de um vício formal. Desse modo, é possível notar que um mesmo vício detém tratamento distinto, de acordo com o ato em exame, conforme seja conveniente (García-Jaramillo; Gnecco-Estrada, 2016, p. 70).

Após tal ponto, a CCC ressaltou, na sentença, que poderiam haver objeções em razão de o povo e o Congresso não possuírem limites materiais ao exercerem o poder de reforma, tendo em vista que a CP, de modo diferente de outras constituições, não possui cláusulas pétreas, mas apenas limites formais e procedimentais. Entretanto, a Corte destacou que “importantes setores da doutrina e da jurisprudência” sustentam que toda constituição democrática, embora não contenha de maneira expressa cláusulas pétreas, impõe limites materiais ao poder de reforma pertencente ao poder constituinte derivado (Colômbia, 2003b). Após tal consideração, a CCC passou a analisar quais seriam os limites de competência ao poder de reforma existentes na CP, ou seja, quais temas deveriam ser excluídos do âmbito de atuação do poder de reforma.

Nesse ponto, foi inicialmente destacado que a CP, ao dispor, em seu art. 374, que “a Constituição poderá ser reformada”, autorizaria apenas a reforma, mas não a substituição da Constituição. Por isso, segundo entendimento empregado na decisão pela Corte, as reformas constitucionais deveriam conservar a identidade da CP em seu conjunto, sem a supressão ou substituição por uma nova constituição. Esse ponto do artigo, segundo indicado pela CCC, fora propositalmente determinado pelo constituinte, pois, caso contrário, constaria a possibilidade de mudança total ou reforma da CP, assim como admitem outros ordenamentos (Colômbia, 2003b).

Desse modo, a partir dessa decisão, a CCC passou a empregar a doutrina da substituição constitucional, pelo entendimento de que a CP definiu um limite de competência ao poder reformador, expressamente previsto no art. 374, que não pode ser violado, sob pena de substituição da CP.

Estabelecido isso, foi apontado na sentença que, na análise da Lei nº 796 de 2003, caberia à CCC verificar se o poder de reforma havia ultrapassado seus limites de competência, o que exigiria examinar cada um dos números do art. 1º da lei convocatória, para verificar se os projetos de reforma constitucional submetidos à aprovação do povo incorreriam em substituição do que consta na CP/91. A partir disso, a CCC passou a analisar, então, os componentes da lei convocatória de referendo.

Para tratar sobre como os artigos se encontravam apresentados na convocatória, a CCC

<sup>9</sup> Para exemplificar, os autores García-Jaramillo e Gnecco-Estrada (2016, p. 69-70) citam a Sentença C-219, de 22 de abril de 2015, que examina o Decreto nº 19 de 2012. A sentença encontra-se disponível em: <https://tinyurl.com/bdf5brcy>. Acesso em: 31 maio 2024.

indicou, primeiro, que a aprovação de um referendo constitucional relacionaria distintos órgãos do Estado, tendo em vista que participam: o Governo, detentor da iniciativa; o Congresso, que debate e incorpora a reforma em uma lei; e a Corte, que deve assegurar a regularidade do procedimento. Essa colaboração tem o propósito de permitir a reforma da Constituição, com a participação do povo, a fim de garantir a sua liberdade. Em razão disso, a lei de referendo, conforme indicado, deve proteger a supremacia da Constituição e a liberdade do eleitor, mas também favorecer o princípio democrático e a soberania popular, o que significa que o ato não pode ser irregularmente aprovado ou conter perguntas apresentadas de modo a não garantir a liberdade do eleitor.

A liberdade do eleitor, segundo a Corte, constitui um elemento integrante do núcleo essencial do direito fundamental ao voto. Em toda a votação deve ser assegurada a liberdade do eleitor; porém, para a CCC, o constituinte estabeleceu, de maneira clara, que essa deveria ser ainda mais protegida no caso de referendos constitucionais, para evitar que regimes autoritários se utilizassem do referendo para se legitimarem plebiscitariamente. Como consequência disso, a CCC indicou que o seu exame não deveria ser realizado apenas sobre os vícios de procedimento na formação da lei convocatória de referendo, mas, também, e “de maneira inevitável, sobre o mesmo texto da lei” (Colômbia, 2003b).

Após tais considerações, a CCC passou a examinar as notas introdutórias da lei convocatória, parte em que o Congresso faz uma apresentação da finalidade ou do propósito do conteúdo normativo sob votação. Em análise a tal ponto, a CCC indicou, inicialmente, que os arts. 42 e 43 da Lei nº 134 de 1994, ao tratarem dos conteúdos mínimos que a tarjeta eleitoral deve conter na votação de referendos, não incluíam a hipótese de notas informativas ou de perguntas introdutórias sobre a reforma constitucional. Contudo, a CCC considerou que não havia oposição clara, do ponto de vista constitucional, à incorporação das notas introdutórias no texto da lei. Assim, embora as notas introdutórias não contassem com previsão legal, a CCC entendeu que também não havia proibição relacionada à sua utilização.

Após essa análise preliminar, a CCC enfrentou a questão do tratamento legal das perguntas constantes na lei convocatória (componente esse em que o eleitor é questionado sobre a aprovação ou recusa da reforma constitucional). Nesse ponto, foi indicado que a pergunta deveria evitar possíveis induções. Assim, o uso de expressões como “fazer efetiva a participação”, “proteger a juventude” ou “reduzir as desigualdades sociais” nas perguntas, por exemplo, levaria a uma ausência de neutralidade, pois associaria uma situação socialmente desejável e a opção política de aceitar a aprovação do conteúdo normativo do artigo. Após, a CCC também indicou que as notas introdutórias deveriam ser apresentadas para compreensão completa do conteúdo dos artigos que introduziam.

Nessa análise a respeito da compreensão completa do conteúdo dos artigos, a CCC entendeu

que algumas introduções assinalavam finalidades ou propósitos (como as que utilizavam expressões “com o fim de”, “para que”, “para fazer”, entre outras), de modo que haveria relação de causalidade entre a nota introdutória e a aprovação do texto do artigo. Diante disso, a CCC declarou que as notas introdutórias dos números 3<sup>10</sup>, 4<sup>11</sup>, 5<sup>12</sup>, 6<sup>13</sup>, 8<sup>14</sup> e 16<sup>15</sup> da lei eram inconstitucionais, pois induziam uma resposta afirmativa no votante, por darem informação incompleta do sentido do artigo a ser aprovado e não deixarem evidente o vínculo entre o que era enunciado na pergunta e o texto a ser aprovado (Colômbia, 2003b).

Na sequência, a CCC declarou a inexequibilidade de todas as notas introdutórias constantes na lei convocatória, de modo a deixar a salvo apenas a pergunta formal (que interroga ao eleitor se aprova o texto normativo ou não), pelas seguintes razões: a nota introdutória leva a uma interpretação prévia do conteúdo normativo a que se refere e, por isso, restringe as possíveis interpretações do texto submetido à consideração; pode levar o eleitor a crer que está votando nas finalidades e não pela aprovação de um novo texto normativo que integrará a Constituição; gera insegurança jurídica no futuro, pois não se saberia ao certo o que os cidadãos aprovaram como reforma da Constituição (Colômbia, 2003b).

A declaração de inconstitucionalidade das notas introdutórias, desse modo, ocorreu sob o pretexto de que se buscava assegurar a liberdade do eleitor, que deveria votar sem qualquer tipo de influência, tendo em vista que o enunciado exprimia a finalidade do artigo a ser aprovado por meio da reforma constitucional.

Ao passar para o exame do texto da lei convocatória de referendo, a CCC declarou inconstitucionais diversos artigos ou expressões constantes da proposta de reforma constitucional,

<sup>10</sup> A nota introdutória de número 3 indicava o seguinte: “3. Suplencias. Pregunta: para eliminar las suplencias de los Congresistas, Diputados Concejales y miembros de las Juntas Administradoras Locales ¿aprueba usted el siguiente artículo?” (Colômbia, 2003b).

<sup>11</sup> A nota introdutória de número 4 indicava o seguinte: “Facultades de las Corporaciones Públicas de elección popular en la dirección y control de la hacienda pública. Pregunta: para hacer efectiva la participación de la comunidad, del Congreso, de las Asambleas y los Concejos, en la formulación y control de los presupuestos de ingresos y gastos del estado, ¿aprueba usted el siguiente artículo?” (Colômbia, 2003b).

<sup>12</sup> A nota introdutória de número 5 indicava o seguinte: “5. Servicios Administrativos del Congreso. Pregunta: para separar las funciones legislativas y administrativas del congreso ¿aprueba usted el siguiente artículo?” (Colômbia, 2003b).

<sup>13</sup> A nota introdutória de número 6 indicava o seguinte: “Reducción del Congreso. Pregunta: para reducir el tamaño del Congreso y modificar la elección de los Congresistas, Diputados Concejales y miembros de las juntas administradoras locales, ¿aprueba usted el siguiente artículo?” (Colômbia, 2003b).

<sup>14</sup> A nota introdutória de número 8 indicava o seguinte: “Limitación de pensiones y salarios con cargo a recursos de naturaleza pública. Pregunta: como medida para reducir las desigualdades sociales y controlar el gasto público, ¿aprueba usted el siguiente artículo?” (Colômbia, 2003b).

<sup>15</sup> A nota introdutória de número 16 indicava o seguinte: “contra el narcotráfico y la drogadicción. Pregunta: para proteger la sociedad colombiana, particularmente su infancia y su juventud, contra el uso de cocaína, heroína, marihuana, bazuco, éxtasis y cualquier otro alucinógeno, ¿aprueba usted el siguiente artículo?” (Colômbia, 2003b).

conforme será discutido a seguir.

O parágrafo relativo aos distritos especiais de paz do numeral 6 da lei convocatória foi declarado inexecutável, pois, segundo entendimento da CCC, tratar tal tema em um referendo sobre reforma eleitoral violava a liberdade do eleitor, que não poderia decidir autonomamente sobre essas duas questões (distritos especiais de paz e reforma eleitoral) independentes. Além disso, a CCC declarou inexecutável também o numeral 10 da lei convocatória, sobre “supressão de personalidades”, pois, segundo o seu entendimento, a competência de uma das comissões havia sido extrapolada, visto que o tema havia sido negado em uma das Câmaras e, por isso, não poderia ser retomado (Colômbia, 2003b).

Ademais, a CCC definiu que o referendo constitucional deveria estar desprovido de conteúdo de natureza plebiscitária, ou seja, que implicasse apoio de políticas ou feitos de um governante específico, motivo pelo qual declarou inexecutável expressões do numeral 14 da Lei nº 796 de 2003 – mais especificamente, “expansão da” e “democrática”, pois implicavam apoio à política específica do governo. Em relação ao numeral 16, que tratava sobre narcotráfico e uso de drogas, a CCC entendeu que o tema não estava no projeto original e, inclusive, não tinha nenhum vínculo com a finalidade ou a matéria do projeto apresentado pelo governo, motivo pelo qual violou o princípio da publicidade, por não ter sido publicado oficialmente antes de tramitar perante a comissão respectiva, sendo assim inexecutável. A Corte entendeu também que a previsão de campo para voto em branco seria inconstitucional e inexecutável, já que estaria em desacordo com o disposto no art. 378 da CP, que só prevê o voto afirmativo ou negativo, e, além disso, que o numeral 17 seria inconstitucional, pois embora tenha sido apresentado como um projeto de norma jurídica, configurava, materialmente, um ato eleitoral, o que violava o art. 38 da LEMP. Por fim, a CCC também entendeu pela inexecutabilidade do voto em bloco em um referendo multitemático, tratado no numeral 19 do art. 1º da Lei, tendo em vista que esse converteria a consulta cidadã a um mecanismo plebiscitário, impróprio para alteração do texto constitucional (Colômbia, 2003b).

Assim, observa-se que grande parte dos números da lei convocatória de referendo foram declarados inconstitucionais pela CCC. Ao final da decisão, constou que a decisão da Corte não foi unânime, haja vista entendimento divergente expressado pelos magistrados Alfredo Beltrán Sierra e Clara Inés Vargas Hernández, que indicaram que a Lei nº 796 de 2003 era inexecutável em sua totalidade.

Um dos motivos da divergência se deu porque a tramitação da Lei nº 796 de 2003 não terminou nas sessões ordinárias do Congresso, concluídas em 16/12/2002, tendo em vista que foram realizadas sessões extraordinárias no Senado da República e na Câmara de Representantes nos dias



19 e 20 do mesmo mês, respectivamente. Assim, o procedimento para edição do ato adveio de sessões extraordinárias, o que estaria, portanto, em desacordo com o disposto no art. 375 da CP, que determina que o projeto deve tramitar em “dois períodos ordinários e consecutivos”.

Outro motivo ocorreu porque, para os magistrados, a Lei nº 796 de 2003 seria, na verdade, um plebiscito, tendo em vista que os arts. 3º e 7º da Lei nº 134 de 1994 (Colômbia, 1994) indicam que o referendo deve ser realizado para aprovar ou rejeitar projeto de norma jurídica que derogue ou não determinada norma que se encontra vigente, enquanto o plebiscito ou pronunciamento popular ocorre para os cidadãos decidirem se apoiam ou rejeitam uma determinada decisão do Executivo, enquanto o projeto de lei indicava ter sido apresentado como consequência do resultado eleitoral que culminou na eleição do presidente da República.

Diante dos diversos fundamentos constantes na Sentença C-551 de 2003 (Colômbia, 2003b), expostos anteriormente, chama a atenção a seguinte questão: ao examinar a lei convocatória, a CCC construiu um conceito de limites de competência do Congresso da República para reforma da CP. Esse entendimento, embora inexistam cláusulas pétreas no texto constitucional colombiano, permite impor ao constituinte derivado limites materiais, sob o fundamento de se tratar de um poder constituído e não originário (García; Santander; Valdeleón, 2017, p. 343).

Assim, a CCC atribuiu a si mesma o poder de examinar eventual substituição da Constituição nas reformas constitucionais. Para avaliar essa substituição, ela examina os princípios e valores contidos na CP – exame esse que, segundo defendido pela CCC, não possui fundo material, visto que os vícios de competência nos quais o poder reformador pode atuar dizem respeito aos pressupostos procedimentais (Colón-Rios, 2012, p. 135).

Observa-se, portanto, que, mesmo com disposição constitucional que indica que o controle de constitucionalidade automático sobre a lei de referendo deve se dar apenas em relação aos aspectos formais, a CCC construiu entendimento, na sentença analisada no presente subtópico, que permite o controle material dessas leis que carregam o projeto da reforma constitucional, o que lhe permite obstar reforma constitucional em curso e definir questões relevantes para a sociedade colombiana.

## **2 EXERCÍCIO DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE PELA CCC NO EXAME DAS LEIS CONVOCATÓRIAS DE REFERENDOS CONSTITUCIONAIS APÓS A FORMULAÇÃO DA “TEORIA DA SUBSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL”**

Após a Sentença C-551 de 2003, a CCC concentrou a sua argumentação para manter a tese sobre a natureza procedimental da doutrina da substituição constitucional. Passados anos da criação



desse argumento, é possível notar que a Corte não o abandonou até a presente data (Celemín Caicedo, 2020, p. 22). Esse fato é perceptível a partir da análise da Sentença C-141 de 2010<sup>16</sup>.

Nesse caso, a CCC analisou a constitucionalidade da Lei nº 1354 de 2009, pela qual se pretendia convocar um referendo constitucional para modificar o artigo 197 da CP<sup>17</sup>, que estabelece regras para eleição do presidente da República. Destaca-se que essa lei convocatória teve origem em uma iniciativa legislativa cidadã, ou seja, teve de cumprir os requisitos tratados nos artigos 24 e 27 da LEMP, tais como atingir o apoio de 5% do censo eleitoral vigente.

A alteração tinha o objetivo de permitir a reeleição do presidente da República (que, à época, era Álvaro Uribe) para exercício por mais um período, após o exercício de dois mandatos consecutivos (2002-2006 e 2006-2010). Assim, buscava-se reformar o texto constitucional para permitir que o então presidente da República pudesse exercer três mandatos consecutivos.

Ao realizar o controle automático dessa lei, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 1354 de 2009 em sua totalidade. A declaração de inconstitucionalidade se deu porque a Corte entendeu que uma segunda reeleição presidencial substituiria as estruturas da CP. Além disso, a inconstitucionalidade também foi declarada em razão de diversos vícios de procedimento na aprovação do ato.

Primeiramente, a Corte realizou o exame das irregularidades no processo de promulgação da Lei nº 1.354 de 2009 com foco em duas fases: a de busca de apoio cidadão à iniciativa legislativa popular, para colocar na agenda de discussão legislativa a proposta de expedir uma lei para convocar um referendo, bem como a fase de discussão e aprovação do projeto de lei no Congresso colombiano.

Ao realizar esse exame, a CCC constatou diversos vícios processuais que serviram de base para a declaração de inconstitucionalidade da lei na Sentença C-141/2010. No total, o Tribunal

<sup>16</sup> Além desse caso, deve-se observar que a CCC também exerceu controle sobre lei convocatória de referendo na Sentença C-397 de 2010. Neste segundo caso, porém, não houve uma aplicação direta da teoria da substituição constitucional, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade decorreu da constatação de vícios procedimentais na lei convocatória de referendo (Lei nº 1327 de 2009, originada por iniciativa cidadã). É importante destacar, contudo, que a teoria foi mencionada em votos de ressalva dos magistrados Mauricio González Cuervo, Maria Victoria Calle Correa e Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, que defenderam que sua aplicação também seria pertinente nesse caso. Assim, embora não tenha sido aplicada, a teoria da substituição constitucional acabou por ser reafirmada.

<sup>17</sup> “Artículo 197. No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cubre al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. Tampoco podrá ser elegido Presidente de la República quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos: Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, o de la Corte Constitucional, Consejero de Estado o miembro del Consejo Nacional Electoral, o del Consejo Superior de la Judicatura, Ministros del Despacho, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Director de Departamento Administrativo, Gobernador de Departamento o Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá” (Colômbia, 1991).

constatou a existência de 23 vícios nas diferentes fases de promulgação da Lei nº 1354/2009 (Roa Roa, 2021, p. 50). Nesse controle processual judicial realizado pelo Tribunal, o exame mais significativo se deu em relação a uma mudança realizada na redação de uma pergunta a que os cidadãos deveriam responder no referendo – mudança essa operada entre o momento em que foram recolhidas as assinaturas da iniciativa legislativa popular e o momento em que a lei foi aprovada pelo Congresso.

Ainda na fase de colheita de assinaturas, perguntou-se aos cidadãos se concordavam em promover uma iniciativa para tramitar uma lei convocatória de referendo para modificação da Constituição, para que o texto constitucional passasse a indicar que “quem tiver exercido” a presidência por dois mandatos, poderá ser eleito apenas para um terceiro mandato presidencial. Essa questão foi modificada durante a fase de discussão e debate no Congresso, para: “Quem foi eleito presidente para dois mandatos, somente poderá ser eleito para um terceiro mandato presidencial”.

Essa mudança introduzida pelo Congresso baseou-se no fato de que, durante o ano em que a lei foi aprovada, o Presidente Uribe não havia completado o seu segundo mandato presidencial, o qual ainda estava exercendo. Isso significava que a alteração constitucional sobre a reeleição introduzida pelo referendo poderia não se aplicar a ele, a menos que deixasse o cargo. Em outras palavras, na redação original da questão, não seria possível a reeleição imediata do presidente em exercício. A alteração de redação e conjugação (de “tiver exercido” para “foi eleito”) foi, assim, introduzida para evitar um problema semântico que implicaria a desqualificação do Presidente Uribe para disputar uma terceira reeleição. É por isso que, para resolver este problema linguístico, o Congresso decidiu alterar a redação da pergunta que seria submetida ao referendo para aprovar a alteração constitucional ao artigo 197 da CP.

A CCC analisou a situação e declarou a existência de uma violação do processo legislativo, que tornou a lei inconstitucional. O cerne do argumento, segundo o Tribunal, era que essa modificação na formulação da questão violava o direito fundamental das pessoas de participarem politicamente, especificamente dos cidadãos que constituem 5% do censo eleitoral e que, por meio de suas assinaturas, apoiaram a iniciativa legislativa popular para colocar na agenda legislativa a lei que convocaria o referendo. A principal preocupação da CCC era evitar que o Poder Legislativo, mediante o ato de reformular a questão, ultrapassasse as suas próprias competências como poder constituinte derivado. Tal excesso de poderes violaria o direito que a Constituição colombiana concede ao povo, de propor iniciativas legislativas populares, e levaria a substituir a vontade popular, no processo de promoção de novos projetos de lei, sem maiores contrapesos. Mas o Tribunal também concluiu que a reforma proposta substituiria a Constituição.

Para chegar a essa conclusão, a Corte considerou que a reeleição para um terceiro mandato repercutiria profundamente no desenho institucional adotado pela ANC, e que haveria repercussão em direitos, valores e princípios constitucionais, como, por exemplo, no que diz respeito à igualdade de tratamento e de oportunidades dos candidatos à eleição e na regra da alternância no exercício do poder político, além do risco de preservar por muito tempo tendências ideológicas defendidas pelo governo e de conferir continuidade à maioria dominante.

Foi considerado, ainda no que diz respeito aos direitos, princípios e valores constitucionais, que a alteração constitucional proposta na lei resultaria em aumento do poder do presidente e na perda de efetividade dos controles sobre a ação dele. Por fim, a Corte também trouxe o argumento de proteção ao direito de minorias, tendo em vista que indicou que as minorias não ligadas ao governo e à oposição não teriam a oportunidade de liderar o Estado ou de contribuir para essa liderança, no caso de aprovação da reforma constitucional proposta.

No que tange à estrutura da Constituição, a Corte considerou que o aumento do poder presidencial, aliado ao desaparecimento dos controles ou a sua existência apenas nominal, teria graves repercussões, tendo em vista que os controles recíprocos e os que sujeitam o presidente e seu governo possibilitam o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, sem o qual o equilíbrio se perderia nas instâncias mais altas do Estado, de modo a colapsar a separação de Poderes, que impõe a moderação no exercício do poder, evita arbitrariedades e controla a tendência de transbordamento do Executivo. Com isso, verificar-se-ia uma predominância do Executivo e prejuízo da pluralidade institucional, que se manifesta com diferentes funções sendo exercidas por diferentes instituições.

Todas estas questões – enfraquecimento dos controles, falta de equilíbrio e prejuízo ao princípio da separação dos Poderes – tenderiam a produzir, segundo exposto na sentença, ações desvinculadas das avaliações externas, assim como desequilíbrio e concentração de poderes em um só ramo, qual seja, o Executivo, o que, na visão da Corte, seria oposto ou contrário aos elementos originalmente consagrados na Constituição<sup>18</sup> com o fim de evitar uma prevalência do Poder Executivo sobre os demais Poderes.

No que tange à redação da lei, a Corte considerou que a lei introduziu campo para voto em branco, e que tal previsão deveria ser declarada inconstitucional caso não estivesse sendo declarada

<sup>18</sup> Segundo indicado pela CCC, o sistema de governo instituído em 1991 na CP é definido pela separação de Poderes e pelo regime presidencialista. Ademais, a Constituição estabeleceu o regime político da democracia participativa e pluralista, fundada no povo formado por maiorias e minorias, e, além disso, adotou o modelo republicano. Desse modo, a concentração do poder apenas no Executivo, com o prolongamento da predominância da maioria em torno do presidente em período superior ao máximo permitido, substituiria forma política adotada pela Constituição (Colômbia, 2010).

a inconstitucionalidade completa da lei. Ademais, foi destacado que a lei não continha um enunciado normativo que convocasse o povo, de maneira expressa, para decidir sobre a reforma da Constituição por meio de um referendo, o que configuraria um vício material em razão da ausência de um conteúdo específico e essencial no corpo normativo da lei.

Dois magistrados apresentaram *salvamento de voto* para trazer argumentos contrários àqueles que constaram na decisão: Mauricio González Cuero e Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Para o primeiro, a Corte estaria realizando controle material ante uma convocatória de referendo naquela oportunidade, o que retiraria a oportunidade do povo se pronunciar acerca da proposta de modificação constitucional. Ademais, a Corte teria competência apenas para analisar a convocatória de referendo, e não os atos que a precedem, como as questões de iniciativa cidadã e de trâmite perante a Registradora (Colômbia, 2010).

Sobre esse salvamento de voto, Jorge Ernesto Roa Roa (2021, p. 52-53) aponta que ambos os magistrados que se opuseram à decisão da Sala Plena da CCC foram escolhidos por proposta do Presidente Álvaro Uribe, que tinha interesse na aprovação da reforma constitucional, tendo em vista que seria diretamente afetado por ela. Porém, o autor também cita outra questão relacionada à decisão: o relator, Nilson Pinilla, esclareceu seu voto para indicar que não concordava com a decisão da Sala Plena do Tribunal de aplicar o teste de substituição ao caso examinado. Desse modo, é possível observar que alguns dos magistrados da CCC entenderam que a aplicação da teoria da substituição constitucional no caso examinado configurou controle material sobre a lei convocatória de referendo constitucional, e não apenas controle procedimental.

Antes da Sentença C-141 de 2010, a Corte já havia se manifestado sobre o tema da reeleição, visto que em 18 sentenças (Sentença C-1040 de 2005 a C-1057 de 2005) decidiu sobre recursos apresentados contra o Ato Legislativo nº 22 de 2004, que derogava a proibição de reeleição imediata do presidente da República – o que permitiu uma segunda candidatura consecutiva ao então Presidente Álvaro Uribe Vélez. Nessas decisões, a Corte concluiu que a reforma não havia provocado a substituição da Constituição, tendo em vista que, embora relevante, não afetava os fundamentos do Estado Social de Direito, pois permitiu ao povo escolher o presidente por eleição direta e mantinha os pesos e contrapesos da forma de governo (Ragone, 2021, p. 114).

Porém, é possível observar que na decisão posterior, sobre a reeleição presidencial, ora examinada, a CCC adotou posicionamento distinto em relação ao tema, pois, após apontar uma série de irregularidades da lei convocatória, entendeu que a alteração configurou substituição da CP/91, por conflitar com os princípios fundamentais do texto constitucional, tais como a separação de Poderes, o sistema de freios e contrapesos, a regra sobre a alternância de poder, a direito à igualdade

e o caráter geral e abstrato das leis (Colón-Rios, 2012, p. 138).

Nota-se, portanto, que embora os casos tratassem de hipóteses distintas (um sobre uma segunda reeleição e outro sobre uma terceira), os fundamentos utilizados pela CCC denotam diferentes entendimentos a respeito do tema da reeleição, tendo em vista que, nos casos C-1040 de 2005 a C-1057 de 2005, definiu-se que a reeleição não afetaria os fundamentos do Estado Social de Direito, pois o povo ainda poderia escolher seu representante por eleição direta, enquanto no posterior (C-141 de 2010), definiu-se que a reeleição implicaria substituição da Constituição vigente, pois afetaria uma série de valores e princípios.

Outro ponto relevante a respeito da sentença é que, embora a proposta de reforma constitucional tenha sido apresentada por iniciativa popular (diferentemente da Sentença C-551/2003, analisada no tópico anterior) e estivesse sujeita a referendo, isso não levou a CCC à conclusão de que se tratava de um exercício do poder constituinte, visto que esses mecanismos apenas fazem parte do processo de emenda ordinário (Colón-Rios, 2012, p. 138).

Com isso, tem-se que mesmo atendidos os critérios estabelecidos na LEMP para apresentação de modificação do texto constitucional por meio de referendo, e mesmo com a submissão da alteração do texto constitucional ao povo mediante referendo, a CCC não enfrentou a alteração proposta como exercício do poder constituinte reformador, que, em seu exercício, encontra limitação apenas no estabelecido pelo poder constituinte originário.

Todavia, faz-se necessário ressaltar que, para Gonzalo A. Ramírez Cleves (2017, p. 10), a sentença ora examinada foi, do seu ponto de vista, a mais importante produzida ao longo da história da CCC. Nela, foi possível verificar a independência do Tribunal em relação ao Executivo e suas maiorias no Congresso, quando tentaram se perpetuar no poder. No caso, a teoria da substituição constitucional foi considerada como último recurso na defesa da democracia constitucional ante a democracia de maiorias, quando se busca eliminar pilares básicos da ideia ou do conceito de Constituição. Assim, a teoria da substituição constitucional, empregada na referida sentença, obistou, segundo aponta o autor, um ato do Poder Executivo que prejudicaria o princípio da separação de Poderes e, em consequência, a própria CCC.

Sobre essa sentença, observa-se, ainda, que, embora ela represente continuidade na linha jurisprudencial relacionada ao teste da substituição constitucional, também traz um ponto relevante, que consiste na demonstração de seu caráter de inacabado e em construção no que diz respeito à definição dos contornos dos limites de competência do poder da reforma constitucional. Esse contorno é delineado conforme ocorre o controle sobre os atos reformatórios da CP/91 (Jaramillo Giraldo, 2013, p. 340).

Desde a Sentença C-551 de 2003, a CCC desenvolveu metodologia de interpretação para afastar a alegação de que desempenhava o controle material sobre as emendas constitucionais (Lima, 2018, p. 149). Esse teste de substituição, que compreende alguns passos<sup>19</sup>, foi explicado pela primeira vez na Sentença C-970/2004 e expandido na decisão C-1040 de 2005<sup>20</sup>. No caso da Sentença C-141 de 2010, analisada neste tópico, a CCC reconheceu um novo elemento essencial na ordem constitucional, qual seja, a estrutura do sistema de *checks and balances* adotado na CP.

Tem-se, portanto, que o referido caso acrescentou mais um elemento como essencial na ordem constitucional colombiana: a separação de Poderes, que, conforme fundamentação utilizada pela CCC, seria afetada no caso de aprovação de reforma constitucional sobre uma terceira reeleição.

Conforme expõe Sabrina Ragone (2019, p. 333), a referida doutrina se aplicou a questões altamente politizadas, como a reeleição do chefe do Executivo, tratada anteriormente. Essa doutrina tem causado diversas reações, de modo que alguns endossam o comportamento da CCC, enquanto outros o criticam fortemente, sob o fundamento de que a aplicação da teoria seria um exemplo de ativismo judicial, por conceder ao Tribunal grande margem de manobra ao decidir o que é ou não constitucional.

Essa dupla face da doutrina indica que uma aproximação das decisões da CCC (em que foi utilizada a doutrina da substituição constitucional) demonstra que o instituto é aplicado para evitar os excessos em que tentaram incorrer os demais Poderes públicos na Colômbia, tal como no caso C-141, pois tanto o Poder Executivo, com iniciativa na tramitação dos atos legislativos, quanto o Poder Legislativo, buscam transpor, em benefício próprio, certos limites constitucionais estabelecidos para configurar o princípio da separação de Poderes, e que também induz o efeito contrário, pois o Poder Judiciário também pode se valer da doutrina para ir além dos parâmetros constitucionais estabelecidos por outros Poderes para garantir o sistema de contrapesos constitucionais (Celemín Caicedo, 2020, p. 27).

Diante disso, a discussão no próximo tópico tratará das atuais concepções da expressão “ativismo judicial”, com foco em textos de autores colombianos, a fim de verificar se a atuação da

<sup>19</sup> De acordo com Carlos Amaya Rodríguez (2017, p. 74), o teste de substituição se trata de um raciocínio de silogismo entre a premissa maior, que enuncia os aspectos que definem a identidade da Constituição que se supõe que o ato reformatório tenha substituído, a premissa menor, que é o exame do ato que se acusa ter substituído a Constituição, e a conclusão, que traz o contraste entre a premissa maior e a menor.

<sup>20</sup> Nessa sentença, a CCC atribuiu sete níveis ao teste de substituição: declarar qual é o elemento essencial da constituição que a reforma constitucional diz respeito; explicitar como o elemento essencial sustenta diversos dispositivos constitucionais; explicar por que o elemento é essencial; comprovar que o conteúdo do elemento não pode ser reduzido a um único preceito constitucional; demonstrar que a indicação de um elemento como essencial não configura a definição de cláusulas constitucionais de eternidade; comprovar a substituição; explicar que este novo elemento contradiz o elemento essencial que se distingue dele (Bernal Pulido, 2013, p. 344).

CCC pode ser considerada ativista (de modo a confirmar a classificação já feita por alguns autores mencionados neste artigo – p.ex., Ragone, 2019), e, em caso positivo, à luz de quais concepções. Além disso, também serão examinadas as justificativas e consequências dessa classificação.

### 3 CARACTERIZAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL NO USO DA “TEORIA DA SUBSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL”

Conforme já indicado, a CP/91 prevê expressamente que a CCC pode exercer o controle de constitucionalidade dos atos reformatórios da Constituição antes de sua aprovação, o que ocorre no caso de controle de lei convocatória de referendo para modificação do texto constitucional. Sobre esse controle, estabelecido no art. 241, numeral 2, da CP/91, foi mencionado anteriormente que o constituinte estabeleceu que a CCC pode examinar apenas vícios de procedimento na formação da lei convocatória de referendo, de modo que restou afastada a possibilidade de a CCC analisar a existência de vícios materiais na formação desse ato.

Porém, também foi indicado que a CCC desenvolveu teoria que, conforme apontado pela literatura, permite o controle material dos atos reformatórios: a teoria da substituição constitucional. Mencionou-se, ainda, que a CCC aponta que tal teoria não é utilizada para controle do conteúdo do ato reformatório da Constituição, mas sim de um vício formal, qual seja, o vício de competência em que pode incidir o poder constituinte reformador.

Por isso, o uso da referida teoria será considerado, neste texto, como questão central no que diz respeito ao controle de constitucionalidade preventivo das leis convocatórias de referendo, exercido na Colômbia. Tal questão, portanto, será examinada à luz das atuais concepções de ativismo judicial, a fim de verificar se é possível confirmar (ou não) a classificação como ativista do comportamento judicial da CCC nesse exercício.

Antes de adentrar essa discussão, cumpre esclarecer que o debate sobre ativismo judicial não é recente, tendo se iniciado ainda em 1940, nos Estados Unidos. No cenário brasileiro, existem diversas definições para o termo, motivo pelo qual alguns autores, como Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2012, p. 152-161), destacam que há diferentes elementos que permitem identificar o ativismo em uma decisão, de modo que uma única definição não seria capaz de abarcar todas as dimensões do conceito. Mesmo com essa ressalva, o autor propõe cinco diretrizes para a construção de um conceito de ativismo judicial<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> As diretrizes são: a postura de expansão do poder político-normativo por juízes e cortes, a ausência de legitimidade (ou ilegitimidade) do ativismo, o caráter dinâmico e contextual na identificação do ativismo judicial, a pluralidade de



Além de Campos, Júlio Grostein (2016, p. 41-67) analisou o uso do termo no direito brasileiro e estadunidense, identificando quatro concepções principais: a primeira, julgamento pautado em posições políticas e axiológicas do juiz, ocorre quando o magistrado se deixa guiar por convicções pessoais ao decidir; a segunda, criação do direito, e a terceira, utilização de métodos interpretativos não ortodoxos, serão discutidas neste subtópico, e a quarta, superação indevida de precedentes, manifesta-se quando os mecanismos previstos para garantir a previsibilidade do direito (como o *stare decisis et non quieta movere*) não são observados. Vale destacar que as duas últimas concepções foram identificadas pelo autor apenas no contexto estadunidense.

Neste artigo, portanto, duas das concepções de ativismo judicial identificadas pelo autor serão utilizadas para examinar a atuação da CCC no controle das leis convocatórias de referendo constitucional: a de criação do direito e a do uso de métodos não ortodoxos de interpretação. Essas concepções passarão a ser aprofundadas, a seguir, com base na discussão feita por autores colombianos a respeito do tema.

Sobre a primeira concepção, de criação judicial do direito, observa-se que Jorge Mejia Turizo e Roberto Pérez Caballero (2015, p. 33, tradução nossa) indicam que “o ativismo judicial pressupõe que o juiz desempenhe, entre outras, uma função que em princípio corresponde apenas ao corpo legislativo: criar normas”. Essa norma por eles tratada, contudo, não é considerada no sentido formal e estrito da palavra, mas sim como uma regra de regulação para determinados casos e, ainda, para conceder ou ampliar direitos que o ordenamento jurídico não contempla. Sobre isso, os autores ressaltam que existe o risco de uma atuação arbitrária nos casos em que: a criação de direito se relaciona a problemas políticos; não há uma delimitação clara entre direito e moral; não há certeza sobre os critérios para a aplicação da norma. Por isso, a criação judicial do direito deve ter limites, que, conforme defendem os autores, podem ser colocados pela própria jurisprudência.

Essa mesma concepção foi tratada sob outra ótica no texto de outro autor colombiano, Pablo Rivas-Robledo (2022, p. 75-76): a partir das “normas de competência”. As normas de competência estabelecem os poderes e faculdades que os órgãos possuem. São elas que permitem verificar a validade de um ato, ou seja, se foi emanado de autoridade competente. O ativismo judicial, desse modo, está atrelado às normas de competência, e pode ser verificado quando um juiz modifica suas faculdades ou competências, pela ampliação ou reforma delas.

Por isso, observa-se que o uso da teoria da substituição constitucional no controle das leis convocatórias de referendo pela CCC pode ser associado à concepção de ativismo judicial pela

---

variáveis contextuais que limitam, favorecem e moldam o ativismo e, por fim, a estrutura adjudicatória multidimensional, consistente na ressalva anteriormente mencionada (Campos, 2012, p. 152-161).



criação do direito, discutida na literatura colombiana por Jorge Mejia Turizo, Roberto Pérez Caballero e Pablo Rivas-Robledo.

A criação judicial do direito se verifica em relação à teoria da substituição constitucional no caso colombiano porque, por meio dessa construção jurisprudencial, a Corte conseguiu alcançar o exame do conteúdo das leis convocatórias de referendo, exame esse que, pela leitura literal da CP/91, não é permitido. Nota-se, portanto, que, com essa teoria, a Corte conseguiu ultrapassar o limite inicialmente estabelecido pelo constituinte originário para o controle das leis convocatórias de referendo. Com isso, a Corte, ao alcançar o exame dos limites materiais ao poder reformador, não tratado na CP/91, incorreu na criação judicial do direito, e, por isso, sua atuação pode ser classificada como ativista em razão do uso dessa teoria.

A segunda concepção de ativismo judicial, relacionada ao uso de métodos não ortodoxos de interpretação, pode ser identificada na literatura colombiana no texto de Manuel Aragón Reyes (2021). Nesse caso, o ativismo se caracterizaria pela “frouxidão interpretativa” dos textos legais e pela substituição, por parte do órgão jurisdicional, das faculdades de outros Poderes do Estado. Sobre a primeira forma de caracterização de ativismo, o autor indica que tanto na interpretação da Constituição, como na interpretação constitucional da lei, a atividade interpretativa deve ter limites, pois, caso contrário, seria possível que os órgãos de justiça constitucional suplantassem tanto o constituinte, como o legislador. O autor também aponta que a Constituição colombiana possui amplo grau de abstração e generalidade em suas prescrições, o que implica uma alta dose de recriação e adaptação da norma às novas circunstâncias, mas que deve haver um limite para isso, derivado do significado unívoco que alguns dos termos normativos podem ter. Quando se ignora esse limite, para que se considere que a Constituição diz o oposto do que diz literalmente, não se pode afirmar que há interpretação da Constituição, mas sim uma modificação imprópria do texto. Essa modificação deve ser evitada, para que a própria legitimidade dos órgãos de justiça constitucional não seja ameaçada (Aragón Reyes, 2021, p. 22).

Exemplo de como isso poderia ser verificado na atuação da CCC está nas sentenças interpretativas. Por meio delas, a Corte pode estabelecer quais significados de uma disposição acusada como inconstitucional são válidos no ordenamento jurídico e quais não são constitucionalmente legítimos. Assim, nessas sentenças, a Corte pode fixar o sentido constitucional de uma lei (Martínez Caballero, 2000, p. 14-17). Desse modo, é possível que a Corte, pelo uso de uma sentença interpretativa, dê sentido distinto do literal a dispositivo constitucional, o que, caso verificado, faria com que ela incorresse em ativismo.

Diante disso, também se mostra possível confirmar o ativismo judicial da CCC no controle

aqui examinado a partir de tal concepção. O ativismo sob essa concepção se verifica porque, caso a Corte realizasse uma interpretação estritamente circunscrita ao disposto na CP/91, não seria possível que ela examinasse o conteúdo da lei convocatória de referendo para modificação da Constituição, que permite apenas a análise dos vícios de procedimento nesse controle.

Tal classificação, no entanto, não tem sentido negativo, já que, conforme indica Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2012, p. 152-153), a decisão judicial ativista não necessariamente pode ser enquadrada como legítima ou ilegítima. Assim, o enquadramento da atuação como ativista não implicaria juízo de valor. A classificação não ignora que a referida teoria permite materializar o princípio de freios e contrapesos ao reverter atos com excesso de poder por parte do Executivo e do Legislativo (Celemín Caicedo, 2020, p. 32). A questão levantada tem servido, portanto, como justificativa a uma atuação mais ativista da Corte no controle aqui examinado.

Nesse sentido, cumpre observar que a Colômbia é apontada como um país paradoxal: não se trata de uma ditadura nem de uma democracia apenas de fachada, pois conta com instrumentos como eleições regulares e controles institucionais relativamente eficazes; ao mesmo tempo, apresenta desafios em sua democracia que ainda precisam ser enfrentados<sup>22</sup> (Uprimny, 2004, p. 50).

Nesse contexto paradoxal, posturas mais expansivas da Corte Constitucional tendem a ser mais bem aceitas no país<sup>23</sup>. Um exemplo é mencionado por Uprimny (2004, p. 53-58), ao tratar do controle material dos decretos de estado de exceção pela CCC. Segundo o autor, o controle passou a ser amplamente aceito por ser visto como um mecanismo para conter abusos, já que a intenção inicial desses decretos era permitir ao presidente da República gerir crises sozinho, e não torná-lo um legislador *de facto*. O mesmo se observa em relação ao controle de constitucionalidade das leis convocatórias de referendo: embora a CCC seja considerada ativista e exerça controle não previsto expressamente na CP/91, tal atuação foi justificada em uma ocasião como uma resposta ao Executivo, que, historicamente, praticou atos abusivos de poder no país.

Para Gonçalo A. Ramírez Cleves (2017, p. 40-41), a doutrina da substituição constitucional utilizada nesses casos é uma boa forma de proteger a democracia constitucional contra a democracia majoritária, quando, por exemplo, há intenção de se utilizar de maiorias no Congresso para se

<sup>22</sup> Tais como altos níveis de violência (política e contra cidadãos), de desigualdade social e uma séria crise de direitos humanos desde o fim de 1970 (Uprimny, 2004, p. 50).

<sup>23</sup> Outras razões são apontadas por outros autores. Uprimny (2004, p. 62-63) indica que a Corte conta com elevado grau de legitimidade, já que é vista como um dos únicos corpos remanescentes que buscam implementar as liberdades e justiça sociais estabelecidas na Constituição, pois os demais atores políticos e sociais da constituinte foram enfraquecidos após 1992. Ademais, Landau (2014, p. 37) ressalta que existem evidências de que a Corte exerce um papel político importante há muito tempo, o que faz com que forças políticas passem a lhe conferir mais poderes e aumentem sua capacidade de intervir em questões políticas.

perpetuar no poder (como ocorreu no caso de reeleição, da *Sentencia* C-141 de 2010), para burlar a eficácia das decisões de constitucionalidade ou para favorecer um grupo especial de pessoas, sem qualquer justificação constitucional.

Porém, mesmo diante de tal questão, o autor ressalta que se faz necessário utilizar ferramentas teóricas que limitem o uso da referida doutrina, para implementá-la apenas como *ultima ratio* que protege a democracia constitucional dos abusos da democracia majoritária. O estabelecimento desses novos parâmetros, segundo aponta o autor, pode se dar pela via jurisprudencial, para que, assim, a referida doutrina seja aplicada de forma razoável e ponderada (Ramírez Cleves, 2017, p. 40-41).

O uso de ferramentas que limitem a referida teoria deve ocorrer sobretudo porque, tal como indica González-Bertolomeu (2019, p. 140), a teoria da substituição constitucional permite que a CCC decida sobre questões que envolvem, ao menos indiretamente, seus próprios poderes ou do Judiciário. Em tal cenário, torna-se difícil demonstrar que a decisão que fez uso de tal construção não se baseou apenas em resultados.

Nesse mesmo sentido, observa-se que a mesma preocupação é partilhada por constitucionalistas brasileiros, que indicam que o Supremo Tribunal Federal é ativista (por razões diversas das ora apontadas em relação à CCC, ligadas à ausência de uma teoria da decisão adequada e jurisprudência constitucional incoerente) e que isso fragiliza a própria democracia constitucional, ao permitir que essa corte defina os limites de sua própria atuação e incorra em práticas que aumentam a tensão entre Poderes (Trindade; Moraes, 2011, p. 157).

Desse modo, observa-se que embora a teoria da substituição constitucional seja apontada como instrumento necessário em determinados momentos da história colombiana, por permitir barrar o avanço de atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo em excesso de poder, ela também pode colocar a CCC em risco, por abrir espaço para questionamentos relacionados às decisões tomadas pela Corte.

#### 4 CONCLUSÕES

A “teoria da substituição constitucional”, construção jurisprudencial que vem sendo utilizada no controle de constitucionalidade de leis e alterações constitucionais pela CCC, permite a análise substancial sobre as leis convocatórias, o que não é autorizado expressamente pela CP/91.

O uso dessa teoria, a partir das concepções de ativismo judicial apresentadas por autores colombianos, tais como a de criação judicial do direito e uso de métodos não ortodoxos de

interpretação, permite caracterizar o ativismo judicial por parte da CCC no controle de constitucionalidade das leis convocatórias de referendo.

O ativismo no uso dessa teoria se caracteriza porque, por meio dela, a Corte consegue realizar a análise substancial das leis convocatórias de referendo, e, em consequência, da própria proposta de reforma constitucional, de modo a criar possibilidade não prevista no texto constitucional colombiano. Ademais, nota-se, também, que seu uso somente é possível quando empregado método não ortodoxo de interpretação, uma vez que uma interpretação literal da CP/91 não permitiria a aplicação da teoria da substituição constitucional.

Deve-se notar, no entanto, que a confirmação da classificação da atuação da CCC como ativista no uso da referida teoria, realizada neste artigo, não guarda um sentido negativo. Como mencionado no decorrer do texto, a decisão judicial ativista não necessariamente pode ser enquadrada como legítima ou ilegítima, sobretudo quando se considera que, no contexto colombiano, diversos autores apontam que a referida teoria permite barrar, em determinados momentos, atos com excesso de poder.

Observa-se, portanto, que a postura ativista da CCC no contexto colombiano está fundamentada em fatores como seu elevado grau de legitimidade (conforme explicado na última nota de rodapé), sua imagem enquanto instituição de salvaguarda contra abusos cometidos pelos demais Poderes e, ainda, os amplos poderes que lhe foram conferidos pela constituinte, os quais lhe permitem atuar e deliberar sobre diversas questões e por diferentes meios.

Embora a atuação ativista não tenha necessariamente conotação negativa e seja, de certa forma, aceita por razões históricas, os textos analisados neste artigo indicam que a CCC deve recorrer à teoria de forma moderada, apenas como *ultima ratio*. Caso contrário, seu uso indiscriminado ou sem critérios abriria espaço para questionamentos sobre as decisões da Corte, especialmente aquelas relacionadas aos próprios poderes da CCC ou, ainda, aos do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

AMAYA RODRÍGUEZ, Carlos. El control constitucional a las reformas constitucionales: El juicio de sustitución constitucional. **Revista de Derecho**, v. 8, p. 65-82, 2017.

ARAGÓN REYES, Manuel. Significado y función de la Corte Constitucional en los 30 años de vigencia de la Constitución de Colombia. **Revista Derecho del Estado**, n. 50, p. 11-41, set./dez. 2021.

BERNAL PULIDO, Carlos. Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: an Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement

Doctrine. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 2. p. 339-357, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CELEMÍN CAICEDO, Yenny Andrea. Sustitución Constitucional: reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos. **Revista Prolegómenos**, v. 23, n. 46, p. 13-31, jul./dez. 2020.

CEPEDA-ESPINOZA, Miguel Luiz. Judicial Activism in a Violent Context: the Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 3, n. 4, p. 529-700, 2004.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Jurisdicción Constitucional en Colombia. **Ius et Praxis**, v. 1, n. 8, p. 283-317, 2002.

COLÔMBIA. [Constitución (1991)]. **Constitución Política de Colombia 1991**. Bogotá, D.E.: Presidencia de la República, 1991. Disponível em: <https://tinyurl.com/7y5aze87>. Acesso em: 4 dez. 2023.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-141/2010**. Bogotá, 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/4turx4cw>. Acesso em: 4 dez. 2023.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-219/2015**. Bogotá, 22 de abril de 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdf5brcy>. Acesso em: 4 dez. 2023.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-551/2003**. Bogotá, 9 de julho de 2003b. Disponível em: <https://tinyurl.com/3f6u9w58>. Acesso em: 4 dez. 2023.

COLÔMBIA. El Congreso de Colombia. **Ley 134 de 1994, por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana**. Disponível em: <https://tinyurl.com/yewp6znf>. Acesso em: 4 dez. 2023.

COLÔMBIA. El Congreso de Colombia. **Ley 5 de 1992, por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes**. 1992. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrtfernf>. Acesso em: 4 dez. 2023.

COLÔMBIA. El Congreso de Colombia. **Ley 796 de 2003, por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional**. 2003a. Disponível em: <https://tinyurl.com/mv6wnxyp>. Acesso em: 4 dez. 2023.

COLÓN-RIOS, Joel L. **Weak constitutionalism: democratic legitimacy and the question of constituent power**. New York: Routledge, 2012.

GARCÍA, José Ricardo Palomares; SANTANDER, Javier; VALDELEÓN, Edgar. La Evolución de la Doctrina Constitucional Colombiana sobre la Rigidez Constitucional. In: PEGORARO, Lucio *et al.* **Tribunales y justicia constitucional**. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana. Bogotá: Universidad Libre: Universidad de Bolonia, 2017. p. 307-353.

GARCÍA-JARAMILLO, Santiago; GNECCO-ESTRADA, Francisco. La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. **Vniversitas**, Bogotá, v. 65, n. 133, p. 59-104, jul./dez. 2016.

GONZÁLEZ-BERTOLOMEU, Juan F. The Colombian Constitutional Court's Doctrine on the Substitution of the Constitution. In: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden (Ed.). **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart Publishing, 2019.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**: uma análise comparativa no direito constitucional brasileiro e norte-americano. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

JARAMILLO GIRALDO, Juan Esteban. La problemática de los límites al poder de reforma de la Constitución Política de 1991. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 43, n. 118, p. 309-347, 2013.

JIMÉNEZ, William Guillermo. El Origen de la Corte Constitucional Colombiana en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. In: PEGORARO, Lucio *et al.* **Tribunales y justicia constitucional**. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana. Bogotá: Universidad Libre: Universidad de Bolonia, 2017. p. 251-305.

LANDAU, David Evan. **Beyond Judicial Independence**: The Construction of Judicial Power in Colombia. 2014. Doctoral dissertation (Doctorate in Political Science) – Department of Government, Graduate School of Arts & Sciences, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 2014.

LIMA, Jairo Néia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: Democracia e Supermaioria. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2018.

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 2, n. 1, p. 9-32, jun. 2000.

MEJIA TURIZO, Jorge; PÉREZ CABALLERO, Roberto. Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. **Justicia**, Barranquilla, n. 27, p. 30-41, jan./jun. 2015.

RAGONE, Sabrina. La contribución de la jurisprudencia colombiana al debate comparado sobre el poder de reforma: la “sustitución” como paradigma formal y material. **Revista Derecho del Estado**, n. 50, p. 99-131, set./dez. 2021.

RAGONE, Sabrina. The “Basic Structure” of the Constitution as an Enforceable Yardstick in Comparative Constitutional Adjudication. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 11, n. 3, p. 327-340, 2019.

RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo Andrés. La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia: tensión entre la democracia de mayorías y democracia constitucional. In: WONG MERAZ, Víctor Alejandro; LEÓN BASTOS, Carolina; SOSA CARRERO, Juan Luis (Coord.). **La**

**reforma constitucional y su problemática en el derecho comparado.** Bogotá: VLex, 2017. p. 67-96.

RIVAS-ROBLEDO, Pablo. ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. **Díkaion**, v. 31, n. 1 p. 70-92, 2022.

ROA ROA, Jorge Ernesto. La reelección presidencial en Colombia: la defensa de la democracia por parte de la Corte Constitucional frente al constitucionalismo abusivo y autoritario. *In*: RIVADENEIRA, Jacobo Castellanos *et al.* (Coaut.). **La Reección en América Latina en el Siglo XXI**. Ciudad de México: tirant lo blanch, 2021.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: As Experiências Norte-Americana, Alemã e Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 53, p. 137-164, 2011.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. *In*: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Ed.). **Democratization and the Judiciary**. The Accountability Function of Courts in New Democracy. Londres: Frank Cass, 2004. p. 46-69.





**UM NACIONALISTA LIBERAL? (RE)PENSANDO ALBERTO TORRES A PARTIR DE SUA ATUAÇÃO COMO MINISTRO DO SUPREMO NO CASO DO BANIMENTO DA FAMÍLIA IMPERIAL (1903-1907)**

**A LIBERAL NATIONALIST? (RE)THINKING ALBERTO TORRES THROUGH HIS ROLE AS A SUPREME COURT JUSTICE IN THE CASE OF THE BANISHMENT OF THE BRAZILIAN IMPERIAL FAMILY (1903-1907)**

Submissão: 30 jul. 2024

Aprovação para publicação: 8 maio 2025

**Wingler Alves Pereira**

Doutor em Ciência Política

Afiliação institucional: Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5703-2247>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/9017565040521975>

Email: [wingler@gmail.com](mailto:wingler@gmail.com)

**Matheus Della Monica**

Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito e graduado em Direito

Afiliação institucional: Universidade de São Paulo – USP – (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0882-6205>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/0676529642775604>

Email: [matheusdellamonica@hotmail.com](mailto:matheusdellamonica@hotmail.com)

**Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):**

PEREIRA, Wingler Alves; DELLA MONICA, Matheus. Um nacionalista liberal? (Re)pensando Alberto Torres a partir de sua atuação como ministro do Supremo no caso do banimento da Família Imperial (1903-1907). **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 2, p. 121-140, maio/ago. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i2.96284>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/96284>. Acesso em: 31 ago. 2025.

**RESUMO**

Neste artigo busca-se compreender a posição de Alberto Torres no caso julgado por ele como ministro do Supremo Tribunal Federal, referente ao banimento da Família Imperial Brasileira, em dois *habeas corpus* julgados pela Suprema Corte entre 1903 e 1907. Para tanto, questionam-se alguns enquadramentos ideológicos que são tradicionalmente atribuídos ao pensamento de Torres, sobretudo os que o classificam como autoritário. Os marcos teóricos do artigo são as pesquisas e ensaios relativos à história contemporânea do direito (Seelaender, 2023), à história constitucional brasileira (Paixão, 2023) e às tradições do pensamento político brasileiro (Lynch, 2016). Os referenciais metodológicos do trabalho são a morfologia das ideologias políticas de Michael Freeden (1996) e o contextualismo linguístico, mediante os métodos de Skinner (2002) e Pocock (1989, 2003). Tendo em vista a existência de algumas lacunas na literatura em relação à classificação do pensamento de Torres e também quanto à sua atuação como ministro do Supremo, o artigo aponta como conclusão a necessidade de se levar em consideração outros aspectos da produção torreana, mais liberais, tais como o posicionamento que ele manifestou no caso relativo à pena de banimento político dos Bragança, instituída no alvorecer da República, os quais, até o momento, não têm sido considerados nas pesquisas sobre o pensamento político-constitucional desse personagem da Primeira República.

**PALAVRAS-CHAVE**

Alberto Torres. Supremo Tribunal Federal. História contemporânea do direito. História constitucional brasileira. Pensamento político brasileiro.

**ABSTRACT**

This article seeks to understand Alberto Torres's position in a case he judged as a justice of the Brazilian Supreme Court, concerning the banishment of the Brazilian Imperial Family in two *habeas corpus* rulings issued by the Court between 1903 and 1907. To this end, it questions some of the ideological classifications traditionally ascribed to Torres's thought, particularly those that label him as authoritarian. The theoretical framework draws on scholarship in the fields of the contemporary history of law (Seelaender, 2023), Brazilian constitutional history (Paixão, 2023), and traditions of Brazilian political thought (Lynch, 2016). Methodologically, the article relies on Michael Freeden's (1996) morphology of political ideologies and on linguistic contextualism, through the methods developed by Skinner (2002) and Pocock (1989, 2003). Given certain gaps in the literature regarding both the classification of Torres's ideas and his performance as a Supreme Court Justice, the article concludes by highlighting the need to reconsider liberal aspects of his intellectual work—such as his position in the case regarding the political banishment of the Bragança family, imposed at the dawn of the Republic—which have thus far been overlooked in studies on his constitutional and political thought.

**KEYWORDS**

Alberto Torres. Brazilian Supreme Court. Contemporary legal history. Brazilian constitutional history. Brazilian political thought.

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

No ocaso da monarquia brasileira, Alberto de Seixas Martins Torres (1865-1917) dava seus primeiros passos na política. Militou no movimento republicano e, posteriormente, fez parte de instituições resultantes desse processo. Diversos foram os cargos ocupados por ele na primeira década após a Proclamação da República (1889): deputado constituinte na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em 1892; deputado federal de 1893 a 1896; Ministro da Justiça e Negócios Interiores, de agosto a dezembro de 1896; e Presidente do Rio de Janeiro, no triênio 1898-1900 (Fernandes, 2007, p. 282). Além disso, em 30 de abril de 1901, com apenas 35 anos de idade<sup>2</sup>, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal pelo então presidente da República, Campos Sales, cargo em que permaneceu até 17 de setembro de 1909. Atuou, assim, nos três poderes, presenciando a consagração do ideário liberal oitocentista da Constituição de 1891 e, depois, apontando os seus vícios (Souza, 2005, p. 308).

Além de ser um importante personagem da Primeira República, Alberto Torres deixou um legado intelectual que seria resgatado e reinterpretado em obras diversas, inclusive de viés antiliberal e autoritário, durante a década de 1930. Diferentes correntes buscaram apropriar-se de seu pensamento: liberais posteriores a ele que se desiludiram com o regime estabelecido pela Constituição de 1891; militares de diferentes perfis; e correntes nacionalistas tanto de direita quanto de esquerda que se identificavam com a defesa de um Estado forte, com a valorização do povo brasileiro e com a defesa dos recursos naturais (Seelaender, 2022, p. 309).

Boa parte da literatura, porém, é especialmente enfática quanto à influência de Alberto Torres na geração autoritária de 1930, tratando sua obra como um prenúncio do que viria a ser proposto por ela. Como lembrou José Murilo de Carvalho (2004, p. 158), Oliveira Viana absorveria de Alberto Torres principalmente a postura política nacionalista e estatizante orientada no sentido de mais brasilidade e mais realismo no estudo dos problemas do país. Tendo em vista que Oliveira Viana é usualmente enquadrado como autoritário, Alberto Torres, sempre muito citado por ele, também é classificado, por consequência, da mesma maneira. Essa parece ser a razão pela qual grande parte de seus intérpretes muitas vezes o apresenta como um autor conservador, autoritário e mesmo reacionário<sup>3</sup>. Todavia, é preciso cautela ao realizar essa aproximação: Torres faleceu em 1917, de

<sup>1</sup> As citações literais de documentos históricos neste artigo apresentam grafia atualizada.

<sup>2</sup> Nenhum dos ministros que compunham o Supremo Tribunal Federal quando da nomeação de Alberto Torres havia sido nomeado tão jovem. A maior parte havia sido nomeada com mais de 50 anos.

<sup>3</sup> Tal caracterização do pensamento torreano foi cristalizada na década de 1970, em mais uma onda de retomada do pensamento do autor. O texto de maior relevo que propôs essa interpretação das ideias de Alberto Torres nesse

modo que nem sequer teve a chance de expressar-se sobre a recepção de seus textos, tampouco sobre a Revolução de 1930 e outros importantes eventos e movimentos que levaram a ela. Assim, a eventual identificação de Torres como conservador ou autoritário deveria necessariamente ter como base seus próprios escritos e discursos, bem como o contexto em que os publicou ou os enunciou. Sua recepção posterior em contextos historicamente autoritários é, sem dúvida, um tema que merece atenção, mas que não pode sugerir o intérprete de suas ideias.

Não se trata de negar que Alberto Torres tenha sido uma importante fonte de inspiração para intelectuais e políticos pós-1930. Pelo contrário, o que o artigo propõe é a análise das suas ideias sem tomar como certas as posteriores recepções de seus textos, como se a produção torreana estivesse predestinada a fornecer o embasamento teórico-intelectual para o pensamento antiliberal que veio à tona a partir da década de 1930. Trata-se de um desígnio não apenas atento ao risco do anacronismo, mas também ao risco metodológico ainda mais pernicioso de procurar nos textos as doutrinas que se pretende, *a priori*, encontrar (Skinner, 2002, p. 61).

Este artigo, portanto, põe em dúvida, como premissa inicial, alguns enquadramentos ideológicos que são atribuídos ao pensamento torreano. Para tanto, busca-se compreender a posição de Alberto Torres em um caso julgado por ele como ministro do Supremo, referente ao banimento da Família Imperial do Brasil, em dois *habeas corpus* julgados pelo Tribunal entre 1903 e 1907.

São dois os referenciais teóricos do artigo. O primeiro é relativo aos problemas quanto à análise da história contemporânea do direito (Seelaender, 2023) e ao estudo de casos no âmbito da história do direito constitucional (Paixão, 2023, p. 23-53). O segundo diz respeito às pesquisas e aos ensaios relacionados ao pensamento político brasileiro, como os de Oliveira Viana (1999), Alberto Guerreiro Ramos (1983), Bolívar Lamounier (2006), Wanderley Guilherme dos Santos (1978) e Christian Edward Cyril Lynch (2013, 2016).

No que tange aos referenciais metodológicos, o artigo se pauta em dois marcos centrais. O primeiro é relativo ao método da morfologia das ideologias políticas de Michael Freeden (1996), tendo em vista o objetivo específico de compreender o pensamento de Torres, pela análise contextual entre seu pensamento e suas implicações ideológicas. Para Freeden, há uma afinidade entre o estudo das ideologias políticas e o do pensamento político; porém, a ideologia pode ser um empreendimento intelectual diverso quando abarca padrões concretos do pensamento político produzido por grupos

---

contexto é o de Bolívar Lamounier (2006). Mais tarde, Wilson Martins (1996, p. 565) chegou a afirmar que, no país, “não haverá pensador mais caracteristicamente direitista e, por isso mesmo, mais estreitamente nacionalista do que Alberto Torres”. Ainda mais recentemente, Ricardo Luiz de Souza (2005, p. 316) apontou para traços reacionários no projeto torreano, por ser crítico das consequências da urbanização e da industrialização por que passava a sociedade brasileira de seu tempo.

sociais para o consumo de grupos sociais, ao passo que o pensamento político às vezes pode ser guiado tão somente por um *ethos* filosófico do *dever ser* da política (Freeden, 2003, p. 67-77). O segundo referencial metodológico é o contextualismo linguístico, por meio da aproximação das visões de Quentin Skinner (2002) e John Pocock (1989, 2003). Segundo esse procedimento metodológico, a correta compreensão de uma ideia ou teoria só pode ser dada pela sua apreensão no interior do contexto em que ela foi produzida, de forma a evitar o anacronismo de se imputar a autores e obras significados que jamais tiveram, nem poderiam ter tido, em seus contextos originais de produção.

O artigo está dividido em duas partes principais. A primeira é referente à análise dos enquadramentos ideológicos de Torres — ora como conservador e autoritário, ora como nacionalista. Quanto a isso, propõe-se uma nova classificação, a partir da consideração de tons liberais que aparecem nos textos de Torres e na sua atuação como ministro do Supremo. Na segunda parte, é analisada propriamente a posição torreana no julgamento do banimento da Família Imperial Brasileira, pelo Supremo, nos *habeas corpus* nº 1.974 e nº 2.437.

## 1 MITOS E DESMITIFICAÇÕES

As pesquisas a respeito das linhagens do pensamento político brasileiro tendem a dividi-las em três grandes grupos: liberais, socialistas e conservadores (Lynch, 2016). Na década de 1970, época de forte ascensão do tema no país, dois ensaios tornaram-se paradigmáticos: *Formação de um pensamento político autoritário na Primeira República, uma interpretação* (Lamounier, 2006) e *A práxis liberal no Brasil* (Santos, 1978). Ambos sugerem haver grandes tradições do pensamento político que atravessam os tempos na história do país.

Bolívar Lamounier, inclusive em textos mais recentes, afirma que as linhagens do pensamento político são divididas entre democráticos, de um lado, e autoritários, de outro. Seria democrática, por exemplo, a tradição da qual faz parte Rui Barbosa, e autoritária a linhagem da qual fazem parte, por exemplo, Alberto Torres e Oliveira Vianna (Lamounier, 1999, p. 55-56). Wanderley Guilherme dos Santos entendia, por sua vez, que os democráticos de Bolívar Lamounier seriam liberais doutrinários, “com suas crenças inabaláveis de que boas leis criam boas e eficientes instituições, e que boas instituições garantem a qualidade moral do sistema” (Santos, 1978, p. 97), e que os autoritários seriam, na verdade, autoritários instrumentais, pertencentes a uma espécie de despotismo ilustrado filiado a um liberalismo periférico. Essa dicotomia também aparece em pesquisas posteriores, como nas de Alberto Guerreiro Ramos, que no ensaio *A inteligência brasileira na década de 1930, à luz da perspectiva de 1980* denominou os membros do primeiro grupo de

“hipercorretos” e os do segundo de “pragmáticos críticos”, tendo situado Alberto Torres no segundo grupo:

Representantes da hipercorreção e do pragmatismo crítico se registram em todos os períodos de nossa história e, hoje, como demonstrarei mais adiante, não menos do que no passado, eles integram o cenário intelectual do país. À tradição dos primeiros pertencem indivíduos como Sales Torres Homem, Tito Franco de Almeida, os positivistas em geral, e Rui Barbosa. À tradição do pragmatismo crítico pertencem indivíduos como Paulino José Soares de Souza (visconde do Uruguai), Irineu Evangelista de Souza (visconde de Mauá), Sílvio Romero, Euclides da Cunha, Alberto Torres, e Oliveira Viana (Ramos, 1983, p. 533).

Embora não tenha sido o único intérprete do pensamento político brasileiro a fazê-lo, Bolívar Lamounier foi pioneiro na identificação de Alberto Torres com a matriz de pensamento autoritária e conservadora. Tal categorização, porém, parece não levar em conta certas nuances do pensamento e da trajetória política de Torres, conforme será demonstrado a seguir.

### 1.1 O CONTRADITÓRIO CARIMBO CONSERVADOR

Ainda que seja considerado por muitos um conservador, Alberto Torres foi, em sua juventude, um defensor da República — tendo sido diretor do jornal republicano de maior prestígio da época (Faoro, 2012, p. 520) — e da abolição da escravidão, temas ligados à pauta liberal<sup>4</sup>. Em seus escritos maduros, mostrou-se um crítico do passado, buscando sempre apontar possíveis caminhos para a construção de um futuro diferente para o Brasil e para os brasileiros. Esses elementos, ainda que poucos, permitem que se lancem dúvidas sobre os termos em que se pode afirmar que Torres foi um conservador. É certo que o pensamento torreano era marcado pela defesa da centralização do poder na União, uma pauta tradicionalmente defendida pelos conservadores brasileiros. Porém, a complexidade das posições adotadas por ele faz com que seus discursos, em diversos casos, escapem aos rótulos que lhe são tipicamente atribuídos. Aliás, é isso o que costuma ocorrer quando se estuda um determinado autor (ou texto) com lupas mais potentes. Uma das possíveis causas para tal complexidade é a falta de preocupação de Alberto Torres em se filiar a uma linha de pensamento<sup>5</sup>. Seus anseios estavam em encontrar soluções originais para o Brasil, que não

<sup>4</sup> Não obstante, em sua maturidade, Torres apresentou críticas aos moldes em que se deu a abolição no Brasil. Nas palavras dele, ao “trabalho escravo não sucedeu organização do trabalho livre. Importação oficial de colonos para o serviço de fazendeiros, colonos para as capinas e para as colheitas, serviço oficial de colonização local, sem vantagem para as produções estabelecidas, sem valia, quase, para o consumo geral, eis tudo quanto se tem feito pelo trabalho” (Torres, 1914, p. 143).

<sup>5</sup> Nesse ponto, é importante não incorrer no que Skinner denominou como mitologia da coerência, segundo a qual toda a obra de um autor seria dotada de uma coerência interna (Skinner, 2002, p. 67). Essa busca por coerência na obra de um autor convidaria seus intérpretes a sempre buscar em cada uma de suas linhas a ratificação das ideias mais célebres



fossem simplesmente a tradução de ideias de pensadores europeus ou estadunidenses — como era comum entre os liberais brasileiros, mais cosmopolitas.

Na visão torreana, a imitação de ordenamentos e instituições estadunidenses levou à criação de um federalismo disfuncional na República brasileira, marcado pela excessiva predominância dos estados, em detrimento do poder central (Torres, 1938, p. 279). Talvez influenciado pelo ambiente político do seu estado de origem, o Rio de Janeiro, que se viu lesado pela descentralização político-administrativa estabelecida na Constituição de 1891, Alberto Torres foi um grande crítico dessa inovação republicana (Fernandes, 2007, p. 294). Nessa linha, em *A Organização Nacional*, ele propunha uma ampla revisão constitucional em que constava, entre outras propostas, a ampliação das prerrogativas da União (Torres, 1938, p. 435-436); a eleição do Presidente da República por um colegiado e para um mandato de oito anos (Torres, 1938, p. 367); e a mudança nas formas de eleição e representação na Câmara e no Senado, mediante a separação dos eleitores em grupos de acordo com profissão, formação e religião (Torres, 1938, p. 360-361).

Essa independência intelectual parece ter sido também determinante para que ele, na década de 1910, durante o auge das correntes racistas no pensamento brasileiro, afirmasse que o argumento de superioridade das raças era falso (Torres, 1915, p. 8) e que a raça seria, de todos os elementos da nacionalidade, o menos importante (Torres, 1914, p. 6). Em vez de decretar a inferioridade do país pela mistura racial, Torres (1938, p. 137) argumentava que

Nas sociedades mistas de várias raças, a solidariedade política, jurídica e econômica envolve o interesse atual e futuro de todas as raças num mesmo interesse e num mesmo compromisso de apoio mútuo, sobre a mesma esperança de amparo aos frutos do mais vivo amor humano, sujeitos aos azares do futuro. Admitir uma desigualdade social entre as raças, importa decretar a guerra entre elas, pois que a subordinação não é mais possível. Renunciar à prosperidade da gente de sua pátria, equivale a condenar os filhos. O patriotismo de cada cidadão de uma Pátria moderna tem sua expressão substancial mais próxima no amor de cada um por seus filhos e pelos filhos de seus concidadãos.

A visão de Torres em outra frente, a defesa das liberdades e garantias constitucionais, sugere que o Estado forte por ele defendido não era autoritário, mas sim um Estado pelo indivíduo e contra privilégios, que deveria ser forte o suficiente para vencer as resistências dos privilegiados, “escudados, muitas vezes, na tradição ou na imensa diversificação de meios econômicos” (Lima Sobrinho, 1968, p. 378). Torres não queria um Estado que fosse o patrono de uma minoria oligárquica, mas sim que fosse capaz de proteger os desamparados assegurando-lhes a igualdade que lhes era reiteradamente negada (Torres, 1938, p. 322). Boa parte de suas críticas ao regime republicano

---

a ele imputadas, não obstante a impossibilidade de que ele, quando da enunciação de seus discursos ou da escrita de seus textos, saiba quais ideias se tornarão consagradas e quais serão tratadas como secundárias.

apontam para a supremacia das oligarquias estaduais como sua falha mais grave — uma crítica, é verdade, também apontada por Oliveira Viana e pelo Visconde do Uruguai, no Império. Nas palavras de Torres (1914, p. 129),

O papel dos governos contemporâneos, nas sociedades normalmente organizadas, consiste, neste ponto, em defender os indivíduos, contra os abusos do individualismo, a sociedade, contra seus déspotas espontâneos: em fazer a polícia da vida nacional e econômica, contra os privilégios, os monopólios, os açambarcamentos, dos “reis” das soberanias argentárias.

## 1.2 O ENQUADRAMENTO COMO NACIONALISTA

Se, por um lado, não parece ser adequado apresentar Alberto Torres como antiliberal, autoritário ou reacionário, por outro, dos rótulos comumente atribuídos a ele, o mais coerente parece ser o de *nacionalista*. Em seus principais escritos há, de fato, o intento de contribuir para a construção da nação e da nacionalidade brasileiras. Sua obra é permeada pela defesa da soberania nacional, recusando a adoção de uma postura servil ou descuidada em relação às grandes potências.

O nacionalismo de Alberto Torres não tinha como adversário o liberalismo, mas se erigia da consciência dos perigos reais da escalada imperialista, defendendo a paz mundial e a necessidade de concepção de um projeto nacional brasileiro (Lynch, 2017, p. 23). Os escritos torreanos demonstram que ele assumiu o papel de um crítico do imperialismo econômico e cultural, consciente das assimetrias de poder no plano internacional, da necessidade de um nacionalismo defensivo no Brasil, capaz de armá-lo de modo a sobreviver em um mundo cada vez mais perigoso para as nacionalidades fracas (Lynch, 2017, p. 23).

Como ministro do Supremo Tribunal Federal, Alberto Torres dizia que a lei era uma expressão da vida social, fundamento que utilizava para não basear seus votos em jurisprudências e doutrinas estrangeiras (Garcia Neto, 2008, p. 126). Para ele, o elemento prático da interpretação judicial deveria estar relacionado ao bem comum, e a aplicação da lei deveria considerar as peculiaridades da sociedade brasileira (Lima, 1935, p. 34).

Nisso, porém, não há grande novidade. Não são poucos os que apontam para o caráter nacionalista dos escritos de Alberto Torres (Lynch, 2017; Marson, 1975; Souza, 2005). Por outro lado, raros são os que apontam para seus traços liberais, os quais se tornam mais explícitos quando analisada a sua trajetória no Supremo Tribunal Federal, inclusive pelo julgamento do caso do banimento da Família Imperial. O que não se tem notado, especialmente nos ensaios e pesquisas mais recentes, posteriores à década de 1970, é a possibilidade de revestir seus traços nacionalistas com vernizes mais liberais, e não necessária e exclusivamente com traços conservadores.

### 1.3 O (ESQUECIDO) LADO LIBERAL

Fala-se muito de uma suposta oposição ferrenha entre Alberto Torres e Rui Barbosa, uma das maiores figuras, senão a maior delas, representativas de um liberalismo democrático na Primeira República. É bem verdade que havia divergências entre os dois, como, por exemplo, a declarada inspiração de Rui Barbosa nas instituições estadunidenses para concepção da Constituição de 1891 (Barbosa, 1961b, p. 142, 1961c, p. 46), oposta ao nacionalismo de Alberto Torres, que argumentava a necessidade de soluções originais para o Brasil; ou o fato de Torres, cultivando um estilo mais direto, ter se oposto ao que denominava como “lantejoulas do discurso” (Duarte, 2004, p. 37); ou seja, o florescer da oratória, típico de Rui e do bacharelismo da época, o que, na visão de Torres, atrapalhava a busca por verdadeiras soluções para o país.

No entanto, parece desacertado retratar Rui Barbosa como uma antítese completa de Alberto Torres, principalmente quando se contrapõem ideias de 1891 de Rui com ideias de 1914 de Torres. A crítica de Alberto Torres não pode ser encarada como fruto de uma espécie de saudosismo imperial, estando, na verdade, muito mais próxima daquela feita por outros liberais republicanos, como Quintino Bocaiúva (Fernandes; Ferreira, 2023, p. 81). O próprio Rui, pouco após a Proclamação da República, tornou-se um crítico das instituições republicanas. Mesmo tendo sido o principal autor do projeto da primeira constituição republicana, ele viu parte significativa do que havia idealizado ser deturpado pela prática republicana. Na aurora da República, já se iniciava a campanha revisionista de Rui Barbosa (Lacombe, 1961, p. 15), cujas críticas se dirigiram aos mais variados problemas: às fraudes eleitorais, à opressão ao indivíduo, ao militarismo (Barbosa, 1961c, p. 44), ao controle total da política pelas oligarquias estaduais (Barbosa, 1961d, p. 52-53) e à crise geral de moralidade e do caráter (Barbosa, 1961a, p. 109).

No plano das ideias, apesar de seu tom nacionalista, Torres ainda se pautava por um certo cosmopolitismo, algo que o aproximava de liberais como Rui e que seria criticado por conservadores como Oliveira Viana. A nota cosmopolita do pensamento torreano era, deve-se lembrar, destacada por Viana, toda vez que este buscava elementos para apontar alguma diferença entre seus modos de pensar o país (Viana, 1999, p. 399-407). As diferenças com Alberto Torres foram apontadas pelo próprio Oliveira Viana em *Instituições Políticas Brasileiras*, distanciando-se de Torres ao retratá-lo como “um filho espiritual da Revolução Francesa”, que “mantinha a crença dos Enciclopedistas na ‘bondade natural’ do homem” (Viana, 1999, p. 404). E mais:

No fundo, pelos métodos empregados, estávamos em oposição; Torres partia do alto para baixo; eu, de baixo para cima. Torres partia da humanidade para chegar *descendo*, até ao povo brasileiro, *considerado na sua totalidade*; eu partia dos nódulos de formação das primeiras feitorias, dos primeiros rebanhos povoadores, dos grandes domínios do interior, das “fazendas”, dos “engenhos reais”, dos clãs patriarcais -- para chegar, *subindo* de escala em escala, à concepção do nosso povo *também como uma totalidade* (Viana, 1999, p. 404).

Ou seja, como admitia o próprio Oliveira Viana, Torres não se distanciou de forma tão radical dos liberais de seu tempo. Apesar de chamado por alguns de autoritário, Alberto Torres também foi, no fim das contas, um grande defensor do respeito às garantias individuais, uma ideia cara e central ao liberalismo. Por meio da análise de seus votos e de seu papel no julgamento dos *habeas corpus* que envolveram o banimento da Família Imperial do Brasil, pretende-se lançar luz sobre alguns elementos que, além de confirmar o equívoco dos mitos sobre ele aqui já discutidos, permitem vislumbrar traços liberais poucas vezes ressaltados pelas pesquisas mais recentes sobre o seu pensamento.

## 2 O BANIMENTO DOS BRAGANÇA E A POSIÇÃO DE ALBERTO TORRES

Como ministro do Supremo Tribunal Federal, função que até agora despertou pouco interesse dos pesquisadores, Torres foi um defensor da nova exegese do *habeas corpus*, que tinha como um de seus principais expoentes, senão o maior deles, Rui Barbosa, cuja atuação foi fundamental para o desenvolvimento do que se convencionou chamar de “doutrina (ou teoria) brasileira do *habeas corpus*” (Rodrigues, 1991). A teoria era baseada na ideia de que, embora historicamente concebido para proteger a liberdade de locomoção, o *habeas corpus*, tendo em vista a sua concepção constitucional republicana, deveria abarcar todos os direitos relacionados à liberdade individual que não possuísem outro meio de garantia e de eficácia, em uma proposição que se aproximava das ideias de Rui (Barbosa, 1915, p. 5-11). Contra essa interpretação, colocavam-se juristas (inclusive alguns liberais) que argumentavam que o remédio constitucional se destinava apenas a proteger a liberdade de locomoção, mesmo que em uma extensão mais ampliativa, como defendia Pedro Lessa (Lima Sobrinho, 1968, p. 245).

Não foi somente como ministro do Supremo Tribunal que Torres defendeu a tese. Em sua coluna em *O Paiz*, ele encontrou mais um espaço para defender a garantia do *habeas corpus* e para apontar a necessidade de as instituições republicanas irem além, assegurando a igualdade dos cidadãos perante a lei e o Estado (Tópicos [...], 1907, p. 1). Em *A Organização Nacional*, ele também argumentava que, se, por um lado, o *habeas corpus* no Brasil era uma proteção à liberdade “como em nenhum outro país se encontra”, por outro, não se podia afirmar o mesmo em relação à propriedade

e aos direitos patrimoniais em geral (Torres, 1938, p. 314-315).

Persistindo o banimento da Família Imperial em território brasileiro, em duas ocasiões, em 1903 e 1907, o Supremo Tribunal Federal julgou pedidos de *habeas corpus* que trataram da pena de banimento instituída pelo Decreto nº 78-A, de 21 de dezembro de 1889. Em ambos os casos, a posição de Torres demonstrou, com particular destaque, suas ideias sobre a natureza do *habeas corpus* e a sua propensão a assegurar liberdades individuais.

## 2.1 O PRIMEIRO *HABEAS CORPUS*

Na primeira vez, a questão chegou à Corte por meio da ordem pleiteada em favor de D. Gastão de Orléans, o Conde d'Eu, e outros membros da dinastia real de Bragança, para que cessasse o constrangimento considerado inconstitucional que sofriam, com a privação de retornar ao território brasileiro. Alberto Torres, na condição de ministro relator do *habeas corpus*, julgava em sede preliminar, portanto antecedente à apreciação do mérito da causa, que competia ao Supremo Tribunal conhecer originalmente do pedido. Isso porque, embora os impetrantes não tivessem indicado a autoridade a quem atribuíam o constrangimento, tal autoridade só poderia ser a do chefe do Executivo, sendo o Presidente da República sujeito à jurisdição do Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns (O Direito, 1903, p. 414-434).

De acordo com Alberto Torres, dos amplos termos do art. 72, § 22, da Constituição de 1891, que mandava dar *habeas corpus* “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder” (Brasil, 1891), podia-se depreender que o instrumento jurídico deveria ser aplicado à proteção da liberdade individual em sua acepção mais ampla, e não simplesmente como o direito de não ser preso e conservado em prisão de forma ilegal. A despeito do resultado final do julgamento, conforme se verá mais adiante, o que chama a atenção no julgamento desse *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal é “a doutrina nova, de que se fez arauto o relator do feito, defendendo o cabimento da medida para a proteção da liberdade individual em sentido amplo e não apenas para resguardo do direito de locomoção”, “contra qualquer violação de direitos individuais” (Lima Sobrinho, 1968, p. 238).

O caso concreto, porém, não comportava a aplicação do juízo puramente teórico. Torres considerava que na hipótese não se poderia expedir a ordem de *habeas corpus*, porque não havia comprovações de efetiva coação ou ameaça de coação capaz de atribuir aos impetrantes o papel de indivíduos lesados em seus direitos ou sob a ameaça de iminente lesão. O *habeas corpus*, na visão do relator, não chegava a tanto, pois não consistia num passaporte geral contra “eventuais perigos ou

vagos temores” (O Direito, 1903, p. 414). Era um remédio aplicado à espécie concreta, tendo como elementos indispensáveis um direito subjetivo à liberdade e a presença de uma violação ou ameaça de iminente violação a esse direito.

Alberto Torres entendia, ao final, que o exame do caso ultrapassava a fase preliminar de conhecimento do pedido e envolvia o próprio mérito da discussão do *habeas corpus*, cuja ordem deveria ser negada por ausência de efetiva comprovação de qualquer ato do governo indicativo de que os poderes públicos brasileiros pretendiam manter o decreto de banimento. Não obstante, foi vencido.

A discussão entre os ministros agarrou-se à questão preliminar sobre o conhecimento do *habeas corpus*, votando pelo não conhecimento da medida judicial — que era a forma mais rápida e fácil de encerrar a questão, pois não adentrava a discussão de mérito. Embora se trate de caminhos diferentes para se chegar ao mesmo resultado, o voto de Alberto Torres demonstra a maneira particular como ele encarava a amplitude do cabimento do *habeas corpus*.

## 2.2 O SEGUNDO HABEAS CORPUS

Em 1907, novamente o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir se estava ou não revogado o decreto que banira do país a Família Imperial, no *habeas corpus* preventivo pleiteado em favor de D. Luís de Orléans e Bragança, filho da princesa Isabel (O Direito, 1907, p. 427-437). Viajava ele a bordo do navio *Amazon*, sob o nome de Louis-Gabriel, e deveria desembarcar incógnito na cidade do Rio de Janeiro. A notícia da chegada do príncipe, contudo, fora anunciada três dias antes da previsão de seu desembarque. Na edição do dia nove de maio de 1907, o *Jornal do Comércio*, entre outros, noticiava a presença de D. Luís no *Amazon*, e que chegaria ao Rio de Janeiro no domingo, dia 12 de maio (Lima Sobrinho, 1968, p. 239).

No mesmo dia, nove de maio, o Presidente da República, Afonso Pena, dirigiu uma carta a Rui Barbosa, então Vice-Presidente do Senado, na qual se referia ao noticiário dos jornais e pedia sua opinião, dado que ele também respondia pelo decreto de banimento, promulgado pelo Governo Provisório (1889-1891), do qual fora figura proeminente. Prontamente, Rui respondeu à carta, nos seguintes termos:

Se a questão do banimento da família imperial fosse entabulada no Congresso, eu votaria pela revogação do ato do Governo Provisório, que estatuiu aquela medida, considerando como já não subsistentes os motivos que a determinaram. Mas, se assim tenho que proceder (salvo melhor juízo) como membro do Congresso, é justamente por se me afigurar que essa medida ainda se acha em vigor e não poderia ser ab-rogada senão por ato do Poder Legislativo (Barbosa, 1962, p. 5-6).

Na interpretação de Rui, a Constituição Federal, ao especificar no artigo 72, § 20, que ficava “abolida a pena de galés e a de banimento judicial”, particularizava a expressão *banimento judicial* “porque existia uma situação singular de banimento político, instituída pelos órgãos da revolução, que a Constituinte entendia necessário respeitar: a da família imperial” (Barbosa, 1962, p. 6).

Embora o primeiro pronunciamento de Rui no Senado Federal a respeito da matéria tenha ocorrido em 14 de maio, é provável que o teor da carta tivesse chegado ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal antes da divulgação no Congresso e antes também da sessão de julgamento, que aconteceu no dia 11 de maio, no sábado, mesmo dia de apresentação do *habeas corpus*. Isso porque o entendimento final da Corte seguiu exatamente a conclusão de Rui a respeito do banimento dos Bragança. Além disso, alguns trechos do voto vencido de Alberto Torres parecem responder de forma direta à interpretação de Rui, propondo uma visão ainda mais ampliativa a respeito do remédio constitucional e da atuação do Supremo.

Distribuído o *habeas corpus*, o pedido foi julgado logo após o seu recebimento, em sessão presidida pelo ministro Piza e Almeida, sendo relator o ministro Lúcio de Mendonça, que negou a expedição da ordem, sendo acompanhado pelos ministros Pindaíba de Matos, André Cavalcanti, Manuel Murtinho, Cardoso de Castro, Manuel Espínola, Guimarães Natal, Ribeiro de Almeida e Epitácio Pessoa. Entendia o Supremo, julgando o mérito da discussão e seguindo o entendimento de Rui, que a Constituição Federal não havia revogado o decreto de banimento, que continuaria em vigor até a sua revogação pelo Congresso.

Ficaram vencidos o ministro Amaro Cavalcanti, que afirmava ser a Constituição incompatível com as situações que importavam em restrição aos direitos nela garantidos, e Torres, o qual entendia que o banimento era inconstitucional (O Direito, 1907, p. 427-437). Segundo restou consagrado em seu fundamentado voto vencido,

A República não inverteu a hierarquia na sociedade, nivelou a sociedade.

Isto posto, todos os brasileiros, quaisquer que sejam a sua origem, o seu passado, as suas crenças, as suas pretensões, têm o direito de entrar em tempo de paz no território nacional e dele sair sem necessidade de passaporte. [...]

A Constituição é, nos países de lei escrita, a fonte de todo o direito, de todos os poderes e faculdades dos órgãos da soberania.

Juridicamente, não há direito pré-constitucional ou extraconstitucional: lei são atos emanados do poder constituído para legislar, e os atos aos quais a Constituição comunica expressamente força e vigor; não há leis subentendidas, presumidas no *regimen* constitucional, senão leis regulamente promulgadas pelo poder constituinte ou pelo poder ordinário. [...]

A lei, votada pelas duas Casas do Congresso, está sujeita à anulação judiciária, por inconstitucionalidade, e são muitíssimos os casos em que este Tribunal a tem fulminado; a força da autoridade jurídica do legislador está, naturalmente, em plano inferior à da sua autoridade legal (O Direito, 1907, p. 430-431, 436).



Alberto Torres julgava, assim, revogado o decreto de banimento da Família Imperial, dada a incompatibilidade entre o normativo do Governo Provisório e a Constituição de 1891. Não aceitava, igualmente, a tese da distinção entre banimento judicial e banimento político, pois, segundo sua interpretação, isso levaria à conclusão de que o poder público poderia impor a pena de galés ou o banimento de qualquer indivíduo, por motivo de ordem e de alta política, o que seria inconstitucional em tempos de normalidade política. Concedia, ao fim, o *habeas corpus* pleiteado pelo príncipe para que “se pedissem esclarecimentos ao Governo sobre seus intuitos em relação ao paciente, e outras quaisquer informações que habilitassem o tribunal a julgar dos direitos do paciente em face da Constituição e das leis vigentes” (O Direito, 1907, p. 437), restando vencido em seu posicionamento.

Ao fim, por mais que revestido de roupagem normativa, um ato eminentemente político dera a solução para a controvérsia. A revogação do decreto de banimento da Família Imperial ocorreria apenas em 1920, por meio da edição de outro ato legislativo, o Decreto nº 4.120, pelo presidente Epitácio Pessoa, autorizando o traslado para o Brasil dos restos mortais de D. Pedro II e de D. Teresa Cristina.

### 3 CONCLUSÃO

Este artigo não se propôs a invalidar a utilização de determinados termos, rótulos, linhas e correntes de pensamento para caracterizar Alberto Torres. Como pressuposto inicial, buscou-se apontar apenas para uma lacuna na literatura, decorrente de um equívoco que reside em tratar as ideias de Torres como predestinadas a oferecer fundamento a ideias que surgiram depois de ele ter escrito sua obra e enunciado seus discursos.

A pesquisa realizada demonstrou que dificilmente se sustenta a atribuição de um caráter autoritário às ideias torreanas. É questionável supor que um autoritário atuasse de forma tão significativa em defesa de liberdades e garantias individuais. Tratá-lo como conservador, a despeito da dificuldade de se definir o que é conservadorismo no Brasil, parece um pouco mais plausível, principalmente em razão de ideias como a defesa das circunstâncias particulares do país, uma maior centralização do poder na União e a crítica às oligarquias locais.

Das características que lhe são imputadas, a mais coerente com seus escritos, no entanto, parece ser a de *nacionalista*, em função da sua preocupação com a construção da nação e da nacionalidade brasileiras, bem como com a defesa da soberania nacional. Essa parece ser, até o momento, a afirmação mais segura a respeito de Alberto Torres.

De qualquer modo, ao analisar sua atuação em defesa das liberdades individuais, analisando,

em particular, o caso do banimento da Família Imperial, o presente artigo propôs-se a indicar determinados traços liberais no pensamento torreano ainda muito pouco explorados pelas pesquisas a seu respeito. O questionamento é imprescindível porque, sem ele, não é possível compreender adequadamente a atuação de Torres no Supremo Tribunal Federal, em especial nos *habeas corpus* em que se discutiu a pena de banimento dos Bragança.

A classificação de Torres como autoritário, conservador ou mesmo reacionário não explica sua defesa das liberdades individuais e a sua noção mais ampliativa do cabimento do *habeas corpus*, em linha inclusive muito parecida com as daqueles que são considerados os principais idealizadores e aplicadores da teoria brasileira do *habeas corpus*: Rui Barbosa e Pedro Lessa. As diferenças entre Rui e Torres neste caso específico são ainda mais curiosas, porque Torres parece mais *judiciarista* do que o próprio Rui, especialmente por julgar que o Supremo deveria exercer a sua autoridade e decidir um caso político, que Rui entendia estar a cargo do Parlamento (Barbosa, 1962, p. 5-6).

Um dos pontos relevantes a se considerar na análise dos *habeas corpus* relativos ao decreto de banimento da Família Imperial, pela perspectiva de Alberto Torres, é a interpretação por ele conferida ao instituto do *habeas corpus*. A doutrina é hoje mais lembrada, seguramente de forma mais restrita, pela intervenção e sob o comando de Pedro Lessa, que entrara na Corte em 1907, o mesmo ano não só em que fora julgado o último *habeas corpus* sobre o banimento da Família Imperial, mas também em que houve o afastamento de Alberto Torres do Tribunal, tendo passado a gozar de licença, que se estendeu até o dia de sua aposentadoria.

O movimento a favor da ampliação do *habeas corpus* remonta, na verdade, à atuação de Rui Barbosa, que lutou, desde a “República da Espada” (1889-1894), contra os abusos de poder do governo Floriano Peixoto (1891-1894) e, depois, contra os desmandos do presidente Hermes da Fonseca (1910-1914), procurando fazer do *habeas corpus* uma força de contenção, ou uma garantia contra o estado de sítio e a favor das liberdades individuais. O *habeas corpus*, dizia Rui, “hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade” (Barbosa, 1934, p. 506). Ainda que Torres e Rui sejam tradicionalmente enquadrados em campos político-ideológicos opostos, a ideia do ministro do Supremo nos *habeas corpus* nº 1.974 e nº 2.437 aproximava-se muito da de Rui no aspecto mais abrangente, embora o próprio Rui tenha tido uma visão mais restritiva do cabimento do remédio constitucional no caso do banimento da Família Imperial e do papel do Supremo para arbitrar a questão política.

Cabe destacar que a tese de Alberto Torres a respeito do *habeas corpus* é mais ampliativa do que a interpretação de Pedro Lessa, muito embora este último seja muito mais lembrado quando

se trata da doutrina brasileira do *habeas corpus*. Enquanto Lessa (1915, p. 297) julgava que o “*habeas corpus* tem por função exclusiva garantir a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir”, a tese de Torres, mais extensiva, considerava que “a liberdade individual – não só a corpórea ou física, não só do direito de ‘estar, de ir ou de vir’ [...] mas todas as faculdades e todos os poderes que estão implícitos na personalidade do homem e não dependem de nenhum outro título [...] estão protegidas pelo *habeas-corpus*”, como viria a afirmar em artigo publicado no *Gazeta de Notícias* de sete de março de 1911 (Lima Sobrinho, 1968, p. 250-251). Não por acaso, em seu projeto de revisão constitucional de 1914, Alberto Torres propunha o “mandado de garantia”, que seria “destinado a fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar, preventivamente, os direitos, individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do Poder Público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial” (Torres, 1978, p. 320)<sup>6</sup>.

Sob o ponto de vista de uma leitura das linhagens do pensamento político brasileiro como a de Bolívar Lamounier (2006), que considera Alberto Torres autoritário, é no mínimo curioso o fato de haver uma forte semelhança entre ele, Rui Barbosa e Pedro Lessa no que diz respeito à defesa de liberdades individuais pelo *habeas corpus*. Uma análise da produção intelectual de Torres que abranja o período anterior à sua aposentadoria do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, permite conhecer o seu lado mais liberal e cosmopolita, típico de sua formação jurídica, conforme se apreende de leituras como *A caminho da paz* (Torres, 1927) e de sua atuação como ministro do Supremo Tribunal Federal. Se é certo que a sua maneira de enxergar os problemas pode ter sido alterada no decorrer do tempo, parece inegável que aquela perspectiva inicial não desaparece completamente.

Pelos resultados da pesquisa, é difícil não concordar com a visão de Oliveira Viana, portanto, de que o pensamento torreano é colorido por uma visão liberal e relativamente cosmopolita do mundo, a despeito do seu claro nacionalismo. Muito embora as ideias de Viana sejam reiteradamente (e equivocadamente) tomadas como um dos parâmetros para a classificação do pensamento de Torres em seu aspecto mais abrangente, suas afirmações a respeito do pensamento torreano são completamente ignoradas. Isto é, ao enquadrar Torres como autoritário pela aproximação quase absoluta entre ele e Oliveira Viana, grande parte da literatura desconsidera a própria afirmação do autor de *Populações meridionais*, de que, no que se refere ao método de análise da realidade

<sup>6</sup> Alguns anos depois, remédio constitucional bastante semelhante ao que havia sido proposto por Alberto Torres foi incorporado à Constituição de 1934, o mandado de segurança. No art. 113, n° 33, a Constituição de 1934 dispunha o seguinte: “Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas-corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes” (Brasil, 1934).

brasileira, há uma diferença substancial entre os dois, tendo em vista a tendência mais liberal de Alberto Torres.

Sem que se realizem antecipações quanto aos desdobramentos e impactos da obra de Torres em contextos posteriores, levanta-se a hipótese de que tais traços mais liberais também podem ser identificados na análise de seus escritos e de sua atuação enquanto jurista e político da Primeira República, inclusive em outros casos julgados por ele como ministro do Supremo Tribunal Federal. A confirmação, no entanto, demandaria outros trabalhos de investigação.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, R. **Commentarios à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 5.

BARBOSA, R. Discurso no Senado a 30 de julho de 1921. *In*: LACOMBE, A. J. **O Pensamento Vivo de Rui Barbosa**. Apresentado por Américo Jacobina Lacombe. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1961a. p. 108-112.

BARBOSA, R. Discurso pronunciado na Colação de Grau de Bacharel em Ciências e Letras - Colégio Anchieta (1903). *In*: LACOMBE, A. J. **O Pensamento Vivo de Rui Barbosa**: Apresentado por Américo Jacobina Lacombe. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1961b. p. 139-156.

BARBOSA, R. O HABEAS CORPUS. Sua feição jurídica, e sua evolução no direito publico brasileiro. **Revista do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro, v. 3, Segunda Parte, p. 5-11, jan./jun. 1915.

BARBOSA, R. O Partido Republicano Conservador: Conferência na Bahia (1897). *In*: LACOMBE, A. J. **O Pensamento Vivo de Rui Barbosa**. Apresentado por Américo Jacobina Lacombe. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1961c. p. 43-52.

BARBOSA, R. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Discursos parlamentares. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1962. v. XXXIV. t. I.

BARBOSA, R. Queda do Império (1897). *In*: LACOMBE, A. J. **O Pensamento Vivo de Rui Barbosa**. Apresentado por Américo Jacobina Lacombe. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1961d. p. 52-53.

BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). **Diario Oficial da Republica dos Estados Unidos do Brazil**, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Capital Federal, 16 jul. 1934.

- CARVALHO, J. M. de. As duas cabeças de Oliveira Viana. In: AXT, G.; SCHÜLER, F. L. (Org.). **Intérpretes do Brasil**. Ensaios de cultura e identidade. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2004.
- DUARTE, R. H. “Em todos os lares, o conforto moral da ciência e da arte”: a *Revista Nacional de Educação* e a divulgação científica no Brasil (1932-34). **História, Ciências, Saúde** — Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 33-56, jan.-abr. 2004.
- FAORO, R. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FERNANDES, M. F. L. Alberto Torres e o conservadorismo fluminense. **Cadernos de Ciências Humanas** - Especiaria, [s. l.], v. 10, n. 17, p. 277-301, jan./jun. 2007.
- FERNANDES, M. F. L.; FERREIRA, G. N. Alberto Torres e Rui Barbosa: duas visões de Brasil na Primeira República. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 119, p. 76-107, 2023.
- FREEDEN, M. **Ideologies and Political Theory**: A Conceptual Approach. Oxford: Clarendon, 1996.
- FREEDEN, M. **Ideology**: A Very Short Introduction. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- GARCIA NETO, P. M. **A influência do realismo jurídico americano no direito constitucional brasileiro**. 2008. 187 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- LACOMBE, A. J. Apresentação: Rui Barbosa. In: LACOMBE, A. J. **O Pensamento Vivo de Rui Barbosa**. Apresentado por Américo Jacobina Lacombe. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1961. p. 11-29.
- LAMOUNIER, B. Formação de um pensamento político autoritário na Primeira República, uma interpretação (1977). In: FAUSTO, B. (Org.). **História Geral da Civilização Brasileira**. O Brasil Republicano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. v. 9.
- LAMOUNIER, B. **Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- LESSA, P. **Do Poder Judiciário**. Direito Constitucional Brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- LIMA SOBRINHO, B. **Presença de Alberto Torres** (sua vida e pensamento). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.
- LIMA, A. S. **Alberto Torres e sua Obra**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935.
- LYNCH, C. E. C. Cartografia do pensamento político brasileiro: conceito, história, abordagens. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 19, p. 75-119, jan./abr. 2016.
- LYNCH, C. E. C. Nacionalismo em crisálida: o discurso de posse de Alberto Torres no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (1911). In: **Anuário do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 2, dez. 2017. p. 13-24.

- LYNCH, C. E. C. Por Que *Pensamento* e Não *Teoria*? A Imaginação Político-Social Brasileira e o Fantasma da Condição Periférica (1880-1970). **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 727-767, 2013.
- MARSON, A. A Trajetória de um Republicano (Alberto Torres). **Revista de História** (USP), v. 52, n. 103, p. 501-518, jul./set. 1975.
- MARTINS, W. **História da Inteligência Brasileira**. 2. ed. São Paulo: T. A. Queiroz, 1996.
- O DIREITO. Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudencia. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, v. 91, 1903.
- O DIREITO. Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudencia. Rio de Janeiro: M. Orosco, v. 103, 1907.
- PAIXÃO, C. Percursos da história constitucional: parâmetros, possibilidades e fontes. In: PAIXÃO, C.; CARVALHO, C. P. (Coord.). **História constitucional brasileira: da Primeira República à Constituição de 1988**. São Paulo: Almedina, 2023. p. 23-53.
- POCOCK, J. G. A. **Politics, Language, and Time: Essays on Political Thought and History**. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.
- POCOCK, J. G. A. **Linguagens do Ideário Político**. Tradução: Fábio Fernandez. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.
- RAMOS, A. G. A inteligência brasileira na década de 1930, à luz da perspectiva de 1980. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL (CPDOC), Fundação Getúlio Vargas, set. 1980, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. p. 529-547.
- RODRIGUES, L. B. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo III/ 1910-1926. Doutrina brasileira do *habeas-corpus*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.
- SANTOS, W. G. dos. **Ordem Burguesa e Liberalismo Político**. São Paulo: Duas Cidades, 1978.
- SEELAENDER, A. C.-L. Problemas e falsos problemas: observações sobre a história do direito recente. In: PAIXÃO, C.; CARVALHO, C. P. (Coord.). **História constitucional brasileira: da Primeira República à Constituição de 1988**. São Paulo: Almedina, 2023. p. 55-72.
- SEELAENDER, A. C.-L. TORRES, Alberto. In: SEELAENDER, A. C.-L.; WEHLING, A. (Org.). **Entender a Independência**. 1822 na história das instituições brasileiras. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022. tomo primeiro. p. 307-316.
- SKINNER, Q. **Visions of Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- SOUZA, R. L. de. Nacionalismo e autoritarismo em Alberto Torres. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 13, p. 302-323, jan./jun. 2005.
- TOPICOS do Dia. O Paiz, Rio de Janeiro, ano XXIII, nº 8341, p. 1, 5 ago. 1907.

TORRES, A. **A caminho da paz**. Estudos sobre o estabelecimento da paz geral e sobre a organização da ordem internacional. 2. ed. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1927.

TORRES, A. **A organização nacional**. 3. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1978.

TORRES, A. **As fontes da vida no Brazil**. Rio de Janeiro: Papelaria Brazil, 1915.

TORRES, A. **O Problema Nacional Brasileiro**. Introdução a um programma de organização nacional. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914.

TORRES, A. **A organização nacional**. Primeira Parte. A Constituição. São Paulo: Editora Nacional, 1938.

VIANA, F. J. de O. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999.



**SOLUZIONI GIURIDICHE IN TEMA DI SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE  
NEL SETTORE VITIVINICOLO: UNA COMPARAZIONE TRA  
L'ESPERIENZA FRANCESE E QUELLA ITALIANA<sup>1</sup>**

**SOLUÇÕES JURÍDICAS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE  
AMBIENTAL NO SETOR VITIVINÍCOLA: UMA COMPARAÇÃO ENTRE  
AS EXPERIÊNCIAS FRANCESA E ITALIANA**

**LEGAL SOLUTIONS FOR ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY IN THE  
WINE SECTOR: A COMPARISON BETWEEN THE FRENCH AND  
ITALIAN EXPERIENCES**

Submissão: 23 jul. 2025

Aprovação para publicação: 11 ago. 2025

***Luciana De Grazia***

Dottore di ricerca in Diritti Umani

Afiliação institucional: Università degli Studi di Palermo (Palermo, Italia) – Professoressa ordinaria di diritto pubblico comparato

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8975-2142>

Curriculum: <https://tinyurl.com/msanme89>

Email: [luciana.degrazia@unipa.it](mailto:luciana.degrazia@unipa.it)

**Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):**

DE GRAZIA, Luciana. Soluzioni giuridiche in tema di sostenibilità ambientale nel settore vitivinicolo: una comparazione tra l'esperienza francese e quella italiana. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 2, p. 141-167, maio/ago. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i2.100586>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/100586>. Acesso em: 31 ago. 2025.

<sup>1</sup> I risultati della ricerca sono stati elaborati all'interno del Prin PNRR 2022, *Innovative solutions in the wine sector (IN-WINE)*, P2022H573K. Finanziamento dell'Unione europea – Next generation EU – MUR.

**ABSTRACT**

L'analisi qui presentata costituisce la fase iniziale di una ricerca sviluppata nell'ambito di un Progetto di Ricerca di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN), finanziato dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) dell'Unione Europea — fondo Next Generation EU — e dal Ministero dell'Università e della Ricerca italiano, denominato *Innovative solutions in the wine sector* (IN-WINE). L'obiettivo di questo lavoro è stato individuare gli strumenti giuridici adottati negli ordinamenti francese e italiano a sostegno della sostenibilità nel settore vitivinicolo, con particolare attenzione, in questa sede, alla sostenibilità ambientale. Nell'inquadrare l'oggetto della ricerca, è parso opportuno analizzare anche la normativa sovranazionale europea, seppure solo per cenni, in ragione dell'interazione che essa intrattiene con quella nazionale e della necessità di contestualizzare le scelte operate a livello statale. Dall'analisi emerge una significativa collaborazione, finalizzata al raggiungimento degli obiettivi ambientali, tra settore pubblico e settore privato, che caratterizza il modello decisionale del comparto vitivinicolo sia a livello europeo sia a livello nazionale. I risultati dell'indagine consentono di individuare buone pratiche esemplari, suscettibili di fungere da guida metodologica per l'azione pubblica, offrendo altresì spunti di riflessione sulle possibili prospettive in materia di sostenibilità — non solo ambientale — nel settore vitivinicolo.

**PAROLE CHIAVE**

Settore vitivinicolo. Sostenibilità ambientale. Comparazione Italia-Francia.

**RESUMO**

A análise aqui apresentada corresponde à fase inicial de uma pesquisa desenvolvida no âmbito de um Projeto de Pesquisa de Relevante Interesse Nacional (PRIN), financiado pelo Plano Nacional de Recuperação e Resiliência (PNRR) da União Europeia — fundo Next Generation EU — e pelo Ministério da Universidade e da Pesquisa da Itália, sob a denominação *Innovative solutions in the wine sector* (IN-WINE). O objetivo deste estudo é identificar os instrumentos jurídicos adotados nos ordenamentos francês e italiano em apoio à sustentabilidade no setor vitivinícola, com atenção especial, neste caso, à sustentabilidade ambiental. Ao definir o escopo da pesquisa, também se considerou pertinente examinar, ainda que de forma breve, a normativa supranacional europeia, dada sua interação com a legislação nacional e a necessidade de contextualizar as escolhas realizadas em nível estatal. A análise evidencia uma colaboração significativa, voltada ao alcance das metas ambientais, entre os setores público e privado, que caracteriza o modelo decisório do setor vitivinícola tanto em nível europeu quanto nacional. Os resultados permitem identificar boas práticas exemplares que podem servir de guia metodológico para a ação pública, além de oferecer reflexões sobre possíveis perspectivas em matéria de sustentabilidade — não apenas ambiental — no setor vitivinícola.

**PALAVRAS-CHAVE**

Setor vitivinícola. Sustentabilidade ambiental. Comparação Itália-França.

**ABSTRACT**

This analysis represents the initial phase of a research project developed within the framework of a Nationally Relevant Research Project (PRIN, in its Italian acronym), funded by the National Recovery and Resilience Plan (PNRR) of the European Union — the Next Generation EU fund — and by the Italian Ministry of University and Research, under the title *Innovative solutions in the wine sector* (IN-WINE). The purpose of this study is to identify the legal instruments adopted in the French and Italian legal systems to support sustainability in the wine sector, with particular reference

here to environmental sustainability. In outlining the scope of the research, it also seemed appropriate to consider European supranational legislation, albeit briefly, given its interaction with national law and the need to contextualize state-level policy choices. The analysis highlights a significant collaboration, aimed at achieving environmental goals, between the public and private sectors, which characterizes the decision-making model of the wine sector at both the European and national levels. The findings allow for the identification of exemplary best practices that may serve as methodological guidance for public action, while also offering insights into possible future perspectives on sustainability — not limited to environmental aspects — within the wine sector.

## KEYWORDS

Wine sector. Environmental sustainability. Italy-France comparison.

## PREMESSE INTRODUTTIVE E METODOLOGICHE: LA SPECIFICITÀ DEL SETTORE VITIVINICOLO E LA SOSTENIBILITÀ

Il settore della viticoltura, pur rientrando tra le attività agricole, mantiene una sua specificità per la grande rilevanza che rappresenta sia per il mercato europeo e mondiale, sia per il tessuto socioculturale dell'Unione Europea (Pomarici; Sardone, 2020, p. 2).

Il carattere peculiare che contraddistingue questo settore è anche collegato al particolare legame esistente tra le coltivazioni e il territorio che, in ambito vitivinicolo, non corrisponde semplicemente ad un'area territoriale (Audier, 1993, p. 423), ma assume un significato complesso, ben rappresentato dalla definizione resa dall'Organizzazione internazionale della vite e del vino (OIV) nel 2010<sup>2</sup>. Il concetto di *terroir* è definito infatti come un'area in cui esiste una conoscenza collettiva delle interazioni tra un ambiente fisico e biologico e le pratiche viticole applicate<sup>3</sup>, le quali conferiscono caratteristiche distintive ai prodotti originari della zona (Le Goffic, 2007). Il *terroir* comprende, quindi, le caratteristiche specifiche del suolo, della topografia, del clima, del paesaggio e della biodiversità, ma si collega anche ai fattori umani coinvolti nella gestione del territorio, alle pratiche viticole messe in atto dagli operatori durante l'intero ciclo di produzione (Roudié, 2001, p. 12).

Vi è da rilevare come il settore vitivinicolo sia attualmente esposto alle sfide create dal cambiamento climatico, quali il riscaldamento globale, la perdita di biodiversità, la scarsità di risorse — in particolare di acqua —, la necessità di ridurre il consumo energetico (Cardell; Amengual; Romero, 2019; Cosme; Filipe-Ribeiro; Nunes, 2024). Sono sfide che sono proprie di tutto il settore agricolo, ma è da precisare che poiché la viticoltura è strettamente correlata ad una specifica zona di produzione, si riscontra la difficoltà aggiuntiva che le coltivazioni non possono essere trasferite: la loro stessa esistenza è pertanto ancor più minacciata dal cambiamento climatico (Ollat; Touzard, 2024).

L'obiettivo che questo lavoro si prefigge è di individuare gli strumenti giuridici utilizzati nell'ordinamento francese e in quello italiano a supporto della sostenibilità nel settore della viticoltura, con specifico riferimento alla sostenibilità ambientale<sup>4</sup>. La scelta dell'ordinamento

<sup>2</sup> OIV, “*Définition du Terroir Vitivinicole*”; Résolution OIV/VITI 333-2010. L'OIV è stata creata nel 1924 su iniziativa di otto dei principali Paesi produttori di vino — Francia, Italia, Spagna, Grecia, Ungheria, Lussemburgo, Portogallo e Tunisia.

<sup>3</sup> Sul concetto di *terroir* come un'area geografica delimitata in cui l'uomo, nel corso della sua storia, costruisce una conoscenza collettiva della produzione e in cui si sviluppano interazioni tra l'ambiente fisico e biologico e le pratiche vitivinicole applicate, che insieme conferiscono caratteristiche distintive ai prodotti provenienti da quell'area.

<sup>4</sup> L'analisi si limiterà alla sostenibilità ambientale rimandando ad un ulteriore lavoro l'approfondimento della sostenibilità sociale ed economica nel campo della viticoltura, nella consapevolezza dell'importanza dell'analisi degli

francese e di quello italiano è giustificata dal ruolo che entrambi i paesi hanno nel settore vitivinicolo: all'interno dell'UE, l'Italia e la Francia sono tra i maggiori produttori ed esportatori di vino<sup>5</sup>; da soli i due paesi — insieme con la Spagna<sup>6</sup> — totalizzano l'80% della produzione europea e il 40% della produzione mondiale<sup>7</sup>. L'individuazione delle modalità attraverso cui, dal punto di vista giuridico, i due ordinamenti hanno promosso la sostenibilità ambientale nel settore della viticoltura consente di riflettere sull'efficacia delle pratiche perseguite e, nell'ottica comparativa, di evidenziare quali analogie o differenze si siano realizzate nell'evoluzione della normativa sul tema.

Come è noto, il termine sostenibilità rimane ancora oggi un concetto che manca di una definizione normativa precisa e univoca, restando suscettibile di diverse interpretazioni e, di conseguenza, di diverse applicazioni pratiche (Baiano, 2021; Flores, 2018; Maicas; Mateo, 2020; Merli; Preziosi; Acampora, 2018; Szolnoki, 2013). L'OIV ha definito alcuni principi generali relativi alla produzione sostenibile del vino e della vite, che attengono ad aspetti ambientali, sociali, economici e culturali<sup>8</sup>, ed ha anche individuato principi relativi a profili specifici inerenti alla tracciabilità, alle emissioni di gas a effetto serra e all'impronta di carbonio (Sardone *et al.*, 2023, p. 65)<sup>9</sup>. Nonostante i tentativi definitivi, non esiste attualmente un approccio comune a livello di settore su come inquadrare la sostenibilità. L'assenza di un approccio condiviso, tuttavia, non implica che non si possano individuare buone pratiche nella moderna filiera vitivinicola. Questo è particolarmente vero per le pratiche ambientali che considerano l'impatto della viticoltura sulla qualità dell'aria, dell'acqua, del suolo e del paesaggio.

Nell'individuare il campo di ricerca è sembrato opportuno analizzare anche la normativa sovranazionale europea, seppure per brevi cenni, per l'interazione che sussiste tra questa e quella nazionale e per la necessità di riuscire a contestualizzare le scelte effettuate a livello statale. I risultati

---

altri sue pilastri e della loro necessaria interrelazione, così come evidenziato dalla Risoluzione della Nazioni Unite, adottata dall'Assemblea Generale il 16 settembre 2015, 60/1. 2005 World Summit Outcome, § 48, consultabile al seguente link: <https://tinyurl.com/yehys3ur>.

<sup>5</sup> Secondo i dati del database dell'OIV, consultabili al seguente link: <https://tinyurl.com/yfjpj5ctu>.

<sup>6</sup> Nel progetto PRIN IN WINE anche l'ordinamento spagnolo è tra i paesi oggetto di studio, i risultati della ricerca saranno oggetto di una futura pubblicazione.

<sup>7</sup> La Francia, nel 2023, è stata il primo produttore mondiale, con una produzione di vino stimata in 45,8 Mio hl, in linea con quella del 2022 e superiore del 3% alla sua media quinquennale. L'Italia, nello stesso anno, ha registrato un notevole calo del volume di vino prodotto, stimato in 43,9 Mio hl (-12% rispetto al 2022). Questo risultato è imputabile al fatto che gran parte del vigneto italiano è stata colpita da inondazioni, grandinate e siccità. Dati OIV 2023, consultabili al seguente link: <https://tinyurl.com/bdhrjkea>.

<sup>8</sup> OIV, 2016. Resolution CST 518/2016-OIV General Principles of Sustainable Vitiviniculture, Environmental - Social - Economic and Cultural Aspects. Bento Gonçalves, Brazil; OIV, 2020, Resolution OIV-VITI 641-2020 OIV - Guide for the implementation of principles of sustainable viticulture. Paris videoconference, 26th November.

<sup>9</sup> OIV, 2007. Resolution CST 1/2007 - Traceability Guidelines in the Viticultural Sector. Paris, France, OIV, 2015. Resolution CST 503AB/2015 - Greenhouse Gases Accounting in the Vine and Wine Sector e Recognised Gases and Inventory of Emissions and Sequestrations. Mainz, Germany.

dell'indagine consentono di individuare buone pratiche esemplificative che possono fungere da guida metodologica per l'azione pubblica, fornendo spunti di riflessione sulle possibili prospettive in tema di sostenibilità, non solo ambientale, nel settore della viticoltura.

## **1 ALCUNE CONSIDERAZIONI SULL'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA EUROPEA A SOSTEGNO DELLA SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE NEL CAMPO DELLA VITICOLTURA E SUL MODELLO DECISIONALE NEL SETTORE VITIVINICOLO**

È interessante cogliere, seppure per grandi linee, l'evoluzione della normativa europea relativa al settore della viticoltura (Lepird, 2023). Nel tempo, infatti, seguendo le esigenze manifestate dal settore agricolo, nuovi obiettivi si sono aggiunti a quelli delineati nel Trattato UE, contribuendo a rendere molto complessa la legislazione in materia (Gaeta; Corsinovi, 2014; Scoppola; Zezza, 1997)<sup>10</sup>.

In particolare, si può notare come la normativa europea inizialmente si sia focalizzata sulla quantità della produzione vitivinicola e solo in un secondo momento abbia posto l'attenzione sulle misure volte a migliorare la qualità del vino. Anche il concetto di qualità ha subito una evoluzione, poiché essa è stata associata per un lungo periodo unicamente alla tipicità legata all'origine del prodotto, per poi rivolgersi al rispetto dell'ambiente e al più complesso concetto della sostenibilità. Analoga evoluzione, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, è avvenuta a livello nazionale, talora anche antecedendo l'esperienza europea. In tal senso si può notare un'interessante interazione tra la normativa degli Stati membri e quella sovranazionale, tale per cui quest'ultima ha talora preso spunto dalle prime, per poi svolgere un'importante funzione armonizzatrice nel contesto europeo.

Si può notare come nel 1962, anno in cui è stata varata la PAC, l'organizzazione del mercato vitivinicolo dell'UE si sia caratterizzata per una politica molto liberale, contraddistinta dall'assenza di limitazioni degli impianti e da pochi strumenti di regolamentazione del mercato. Il primo obiettivo è stato l'armonizzazione di alcuni aspetti delle legislazioni degli Stati membri relative ai vini con origine geografica (Meloni; Swinnen, 2013)<sup>11</sup>.

Negli anni '90 ha inizio una diversa fase: da una parte l'UE ha orientato la politica agricola comune verso la valorizzazione dei prodotti locali, attraverso la promozione di prodotti agricoli di

<sup>10</sup> Gli Autori sottolineano come *“the wine sector is one of the most highly regulated markets”*.

<sup>11</sup> All'inizio degli anni Settanta sono stati approvati numerosi regolamenti volti ad adattare il settore della viticoltura ai cambiamenti che il mercato del vino stava affrontando: norme sulla viticoltura, norme sulla produzione di vino, definizione di diversi tipi di vino, norme sull'etichettatura, introduzione di prezzi guida per l'intervento sul mercato, distillazione.

qualità<sup>12</sup>, dall'altra, con particolare riferimento al settore vitivinicolo, si è tentato di equilibrare offerta e domanda, consentendo ai produttori di allineare la produzione a un mercato più esigente in termini qualitativi, per rispondere meglio all'evoluzione del mercato e potere in modo più adeguato affrontare la crescente pressione dei concorrenti del Nuovo Mondo. In questo contesto, la politica vitivinicola ha preso parte al processo di riforma di Agenda 2000 con l'introduzione di nuovi strumenti volti a migliorare la qualità dell'offerta di vino (Lowe; Brouwer, 2000; Nielsen; Pedersen; Christensen, 2009). L'Unione europea ha quindi individuato nei disciplinari di produzione<sup>13</sup> gli strumenti di gestione e di protezione dei prodotti certificati come Denominazione di Origine Protetta (DOP), Indicazione Geografica Protetta (IGP) e Specialità Tradizionale Garantita (STP), al fine di armonizzare le politiche nazionali<sup>14</sup>.

Stessi strumenti sono stati previsti per il settore vitivinicolo con il regolamento (CE) n. 479/2008<sup>15</sup>, con cui il settore vitivinicolo europeo si è aperto al tema della sostenibilità, dando rilevanza anche all'impatto ambientale della produzione (Lucifero, 2024, p. 511 *et seq.*). Questa attenzione all'ambiente è dimostrata dall'aumento della normativa di sostegno alla viticoltura biologica e dalla diffusione di numerose iniziative legate alla sostenibilità.

Vi è da notare una coerenza tra la riforma vitivinicola dell'Unione Europea del 2008 e la riforma generale della PAC del 2013, tanto da potere asserire che il settore vitivinicolo è stato precursore nel 2008 della politica agricola approvata poi nel 2013 (Corsinovi; Gaeta, 2019; Pomarici; Sardone, 2020, p. 8-9).

L'attenzione alla sostenibilità trova conferma anche nella PAC 2023-2027<sup>16</sup>, che manifesta

<sup>12</sup> Regolamento (CEE) n° 2081/92 del Consiglio, del 14 luglio 1992 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari; Regolamento (CEE) n° 2082/92 del Consiglio del 14 luglio 1992 relativo alle attestazioni di specificità dei prodotti agricoli ed alimentari.

<sup>13</sup> I disciplinari di produzione sono uno strumento di protezione delle denominazioni di origine e delle parti interessate, cf. Regolamento (UE) n° 1308/2013, sottosezione 2 art. 102, art. 103 e art. 94.

<sup>14</sup> Regolamento (CE) n° 509/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alle specialità tradizionali garantite dei prodotti agricoli e alimentari; Regolamento (CE) n° 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari. L'art. 4, § 1, del regolamento (CE) n° 510/2006 stabilisce che: "Per beneficiare di una denominazione d'origine protetta (DOP) o di un'indicazione geografica protetta (IGP), un prodotto agricolo o alimentare deve essere conforme ad un disciplinare".

<sup>15</sup> Regolamento (CE) n° 479/2008 del Consiglio, del 29 aprile 2008, relativo all'organizzazione comune del mercato vitivinicolo, che modifica i regolamenti (CE) n° 1493/1999, (CE) n° 1782/2003, (CE) n° 1290/2005 e (CE) n° 3/2008 e abroga i regolamenti (CEE) n° 2392/86 e (CE) n° 1493/1999. Con il Regolamento n° 479/2008 si è peraltro determinata l'unificazione della classificazione della qualità territoriale per il settore agroalimentare. Ciò ha condotto anche per il settore vitivinicolo all'impiego delle formule usate per gli altri prodotti ai sensi del Regolamento UE n° 1159/2012, seppure non integralmente, poiché, nel settore vitivinicolo, la denominazione di origine protetta e l'indicazione geografica protetta hanno contenuti parzialmente diversi.

<sup>16</sup> Regolamento (UE) n° 2021/2117 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 che modifica i Regolamenti (UE) n° 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, (UE) n° 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, (UE) n° 251/2014 concernente la definizione, la designazione,



un interesse marcato al settore vitivinicolo, proponendo risposte alle numerose sfide che il settore si trova oggi ad affrontare, non solo legate al campo ambientale (Rochdi, 2023; Sardone *et al.*, 2023)<sup>17</sup>.

Con riferimento alla qualità dei prodotti, la nuova politica agricola comune, nel definirne il legame con un particolare ambiente geografico da includere nel disciplinare delle denominazioni d'origine protette, suggerisce che siano presi in considerazione non solo i fattori umani relativi a specifici metodi di produzione o di trasformazione, ma anche quelli relativi “alla gestione del suolo e del paesaggio, alle pratiche di coltivazione e a tutte le altre attività umane che contribuiscono al mantenimento dei fattori naturali essenziali che determinano in modo predominante l'ambiente geografico e la qualità e le caratteristiche del prodotto in questione”<sup>18</sup>. In tal modo, l'ambito dei fattori umani da considerare per la definizione della qualità dei prodotti viene decisamente ampliato.

La nuova PAC, innovando il Regolamento 1308/2013, dispone inoltre che i disciplinari di produzione possono contenere una descrizione del contributo della denominazione d'origine (DOP) o dell'indicazione geografica (IGP) allo *sviluppo sostenibile*. Si tratta di una previsione che, nonostante la sua generalità, ha una importante portata innovativa, perché permette di porre le premesse per eliminare la barriera tra le qualità ambientali e quelle legate all'origine geografica (Raffray, 2023, p. 4).

Il quadro normativo applicabile al vino per il periodo 2023-2027 conferma la volontà di preservare il sistema delle Denominazione di Origine Protetta e delle Indicazione Geografica Protetta<sup>19</sup>, che rimangono la pietra miliare della politica vitivinicola europea e che trovano nei disciplinari di produzione il loro riconoscimento.

Si è quindi confermata l'importanza di perseguire una transizione verso l'agricoltura *sostenibile*, anche se criticamente è stato osservato che sarebbe stato più opportuno promuovere una transizione *agro-ecologica* (Bodiguel, 2022, p. 607; Hermon, 2015), espressione che avrebbe indirizzato in maniera più precisa le politiche pubbliche nazionali. Il riferimento alla sostenibilità, termine che conserva tutta la sua ambiguità e che riprende quanto già disposto nell'Agenda 2000 e nella PAC del 2013, non aggiungerebbe nulla di nuovo rispetto alla politica condotta negli ultimi anni

---

la presentazione, l'etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati e (UE) n° 228/2013 recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle regioni ultraperiferiche dell'Unione.

<sup>17</sup> Oltre al cambiamento climatico, si pensi alla competitività economica e commerciale, alla transizione agro-ecologica, al rapporto con i consumatori, alla concorrenza con il Nuovo Mondo, alla crisi sanitaria.

<sup>18</sup> Cons. 30, Regolamento (UE) n° 2021/2117 cit.

<sup>19</sup> Nel caso delle DOP, ogni parte del processo di produzione, trasformazione e preparazione deve avvenire nella regione specifica. Per i vini ciò significa che le uve devono provenire esclusivamente dalla zona geografica in cui il vino è prodotto. L'IGP sottolinea la relazione fra la regione geografica specifica e il nome del prodotto, quando una qualità specifica, una determinata reputazione o un'altra caratteristica particolare sono essenzialmente attribuibili all'origine geografica. Per una distinzione delle certificazioni europee, consultare il link: <https://tinyurl.com/3embce9p>.

(Grimonprez, 2023, p. 6; Langlais, 2023, p. 52).

Sembra pertanto che nella nuova PAC non si prediliga uno specifico modello di agricoltura e che si sia preferito lasciare spazio alle diverse modalità di produzione agricola considerate rispettose dell'ambiente (Almeida, 2023, p. 15), anche diverse dall'agroecologia. La transizione perseguita dall'Unione Europea si basa quindi su una visione imprecisa del modello agricolo da seguire, dato che potrebbe rendere più difficile tracciare la traiettoria della transizione da compiere, ma che al contempo lascia ampio margine agli Stati membri per modulare le politiche nazionali sulla base della specificità delle proprie esigenze.

In questo senso, ci si è chiesti se la puntualizzazione nella PAC di nuovi obiettivi ambientali, che completano gli obiettivi definiti nell'art. 39 del TFUE, possa agevolare l'individuazione del percorso da seguire per una transizione votata alla sostenibilità (Langlais, 2023, p. 55)<sup>20</sup>. A questi obiettivi vanno poi aggiunti quelli delineati nel *Green Deal* europeo (Pagnotta, 2024)<sup>21</sup>: un pacchetto di iniziative strategiche che, come è noto, mira ad avviare l'UE sulla strada di una transizione verde, con l'obiettivo ultimo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. La definizione di nuovi obiettivi ambientali nella Politica Agricola Comune è segno di una nuova alleanza tra agricoltura e ambiente e conferma la PAC come politica trasversale per la lotta al cambiamento climatico e la tutela dell'ambiente.

Da quanto esposto consegue una riflessione su come la nuova concezione dell'agricoltura legata all'ambiente comporti un cambiamento anche sul ruolo dell'agricoltore (Brocca, 2024, p. 22). Egli, infatti, somma al compito della produzione quello della gestione manageriale di ecosistemi, habitat e paesaggi, imponendogli la scelta di metodologie lavorative consoni agli obiettivi prefissati. Si evidenzia, pertanto, come gli impegni definiti a livello sovranazionale, da attuare a livello statale, siano gestiti attraverso la compartecipazione degli agricoltori. Essi assumono, infatti, su base volontaria, impegni di gestione che contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi specifici.

<sup>20</sup> Tra gli obiettivi generali è infatti incluso quello di “rafforzare la protezione dell'ambiente e l'azione per il clima e contribuire agli obiettivi climatici e ambientali dell'UE” (art. 5); tre dei nove obiettivi specifici affrontano direttamente la questione ambientale: il primo riguarda la cura dell'ambiente per promuovere lo sviluppo sostenibile e la gestione efficiente delle risorse naturali come l'acqua, il suolo e l'aria; il secondo riguarda la conservazione dei paesaggi e della biodiversità, per migliorare i servizi ecosistemici e preservare gli habitat e i paesaggi; il terzo riguarda l'azione contro il cambiamento climatico, per contribuire alla mitigazione e all'adattamento al cambiamento climatico, nonché all'energia sostenibile (art. 6 d-f).

<sup>21</sup> All'interno del *Green Deal* ci sono due strategie che vanno almeno menzionate, essenziali per l'agricoltura: la strategia *farm to fork* e la strategia per il recupero della biodiversità in Europa per il 2030. Le azioni previste dalla strategia comprendono: l'estensione delle superfici terrestri e marine protette in Europa; il ripristino degli ecosistemi degradati attraverso la riduzione dell'uso e della nocività dei pesticidi; l'aumento del finanziamento delle azioni e un migliore monitoraggio dei progressi compiuti. European Union, 2020. *Farm to Fork Strategy. For a fair, healthy and environmentally friendly food system*, Brussels. European Commission, 2020. *How the future CAP will contribute to the EU Green Deal*, Brussels.

Questa collaborazione tra settore pubblico e privato per il raggiungimento degli obiettivi ambientali è una caratteristica del modello decisionale del settore vitivinicolo e contraddistingue tanto il livello europeo, quanto quello nazionale. Si tratta di un approccio di gestione che è stato definito globale e a lungo termine — tenuto conto degli impegni a tutela dell’ambiente e del cambiamento climatico assunti dagli Stati a livello internazionale — localizzato e partecipativo, perché trova attuazione e al contempo definizione anche a livello locale, attraverso il coinvolgimento a diverso titolo di soggetti privati, organismi di categoria ed enti territoriali (Bodiguel, 2018, p. 184)<sup>22</sup>.

Questa compartecipazione non va intesa solo in senso attuativo, ma come modello di *governance* della politica vitivinicola. Il modello decisionale è infatti caratterizzato da un’ampia partecipazione, che è caratteristica delle esperienze nazionali, ripresa poi a livello europeo.

In questa direzione va anche il recente regolamento UE n° 1143 del 2024<sup>23</sup> che, evidenziando come i prodotti recanti indicazioni geografiche siano per lo più frutto di attività di piccole o medie imprese, attribuisce un ruolo di rilievo alla categoria del gruppo di produttori riconosciuto. A questo soggetto è attribuito, tra gli altri, il compito dell’elaborazione dei disciplinari e dell’esercizio di azioni volte a garantire la protezione dell’indicazione geografica, con ciò confermando il coinvolgimento dei produttori sin dalla fase della definizione delle regole<sup>24</sup>.

Nel riconoscere che i produttori che agiscono collettivamente si assumono la responsabilità di gestire le loro indicazioni geografiche, gli si attribuisce anche il compito di rispondere alle esigenze della società rivolte a prodotti che siano il risultato di una produzione sostenibile<sup>25</sup>. Gli si chiede altresì di *concordare* pratiche sostenibili da rispettare sia nella fase nella produzione del prodotto designato da un’indicazione geografica, sia nello svolgimento di altre attività soggette a uno o più obblighi previsti dal disciplinare. Il regolamento specifica che tali pratiche devono mirare ad applicare norme di sostenibilità più rigorose di quelle prescritte dal diritto dell’Unione o nazionale in termini di sostenibilità, ambientale, sociale o economica o di benessere degli animali<sup>26</sup>, definendo la sostenibilità di una pratica sulla base della contribuzione anche ad uno solo degli obiettivi sociali, ambientali o economici, che sono elencati nel secondo comma dell’art. 7 del regolamento. Criticamente si è osservato come tale previsione sfavorisca una compiuta attuazione della

<sup>22</sup> Organizzazione delle Nazioni Unite, 1992, Dichiarazione di Rio sull’ambiente e lo sviluppo, Rio de Janeiro, 13 giugno 1992, principio 10.

<sup>23</sup> Regolamento (UE) 2024/1143 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 aprile 2024 relativo alle indicazioni geografiche dei vini, delle bevande spiritose e dei prodotti agricoli, nonché alle specialità tradizionali garantite e alle indicazioni facoltative di qualità per i prodotti agricoli, che modifica i regolamenti (UE) n° 1308/2013, (UE) n° 2019/787 e (UE) n° 2019/1753 e che abroga il regolamento (UE) n° 1151/2012.

<sup>24</sup> Cons. 42, art. 32-33 Regolamento (UE) n° 2024/1143 cit.

<sup>25</sup> Cons. 19 Regolamento (UE) n° 2024/1143 cit.

<sup>26</sup> Art. 7, co. 1 Regolamento (UE) n° 2024/1143 cit.

sostenibilità, poiché il rispetto di uno solo dei tre pilastri che ne costituiscono l'essenza sarebbe sufficiente ai fini della definizione di una pratica come “sostenibile” (Pisciotta Tosini, 2024).

La politica vitivinicola europea è quindi il risultato di un consenso che responsabilizza numerosi soggetti — attori politici e organizzazioni professionali — intorno all'obiettivo dell'adeguamento strutturale orientato alla competitività sostenibile del settore.

A livello statale, come vedremo, è possibile riscontrare la scelta di soluzioni diversificate, che tengono conto delle tradizioni specifiche di ogni paese e che hanno condotto a scelte differenti, tutte accomunate oggi, dalla necessità del rispetto degli obiettivi prefissati a livello sovranazionale.

## 2 LE MISURE NORMATIVE A SOSTEGNO DELLA QUALITÀ AMBIENTALE IN FRANCIA: PROFILI PROBLEMATICI E PROSPETTIVE

Il settore vitivinicolo francese è precursore rispetto nell'esperienza europea di come le regole — e le modalità con cui il loro contenuto è determinato — siano il risultato di una partecipazione di attori privati e autorità pubbliche. Le norme relative al settore vitivinicolo, che si sviluppano nel tempo, sono infatti frutto della intersezione tra sfera pubblica e privata, consentendo allo studioso di abbandonare, con riferimento alla produzione normativa in materia vitivinicola, una prospettiva unicamente stato-centrica (Smith; De Maillard; Costa, 2007, p. 31 *et seq.*).

Questa collaborazione nasce nella definizione degli interessi, elaborati nei consessi interprofessionali, ed avviene non solo attraverso le comuni tecniche di pressione sulle autorità politiche, ma anche attraverso attività di rappresentanza politica all'interno di istituzioni pubbliche quale l'*Institut national des appellations d'origine* (INAO) e i sindacati dei viticoltori (Deroudille, 2003; Vincent; Futet; Gautier, 2020). Un ruolo importante è poi svolto dagli *Organismes de défense et de gestion* (ODG)<sup>27</sup>, che hanno il compito di garantire il rispetto dei disciplinari per i vini a denominazione d'origine, oltre che di promuoverne le modifiche.

Anche nell'ordinamento francese si riscontra un'interessante evoluzione della normativa relativa al settore vitivinicolo, tradizionalmente collegata alla tipicità del vino legata all'origine geografica (Capus, 1947, p. 70 *et seq.*; Marnot, 2002, p. 142). Il *terroir* ha rappresentato, e rappresenta, il punto di riferimento nella costruzione dei disciplinari dei vini (Chevet *et al.*, 2018, p. 55).

L'integrazione della certificazione ambientale nei disciplinari delle indicazioni geografiche

<sup>27</sup> Gli *Organismes de défense et de gestion* sono disciplinati dagli art. da L642-17 a L642-26 del Codice rurale e della pesca marittima, in particolare l'art. L642-17, co. 1 gli attribuisce la *personnalité civile*.

dei vini rappresenta una svolta importante permettendo di collegare la qualità dei prodotti a determinati *standard* ambientali. Si è così consolidata l'idea dell'opportunità del legame tra il *terroir* e le qualità e le caratteristiche di un prodotto, a cui va aggiunta una crescente attenzione all'aspettativa sociale che il prodotto sia ottenuto in condizioni economiche, sociali e ambientali tali da soddisfare le esigenze delle generazioni attuali, senza compromettere quelle delle generazioni future (Bodiguel, 2018; Raffray, 2023, p. 3).

Questo incontro tra qualità dell'origine e la qualità ambientale è desumibile dall'articolo L.642-22 del Codice rurale e della pesca marittima francese (CRPM), che stabilisce che è compito dei disciplinari preservare e sviluppare il *terroir* (Robbe, 2011) e ha poi trovato un riscontro nel Regolamento (UE) n° 2021/2117, laddove si è previsto che il disciplinare di produzione possa contenere una descrizione del contributo della denominazione o dell'indicazione di origine alla qualità del prodotto.

Permane però una differenza fondamentale in merito alle certificazioni collegate alla tipicità geografica o al rispetto dell'ambiente. Vi è infatti da sottolineare come nell'ordinamento francese vi sia una chiara distinzione tra gli strumenti giuridici della qualità di origine e quelli di qualità ambientale, che hanno avuto nel tempo una evoluzione parallela.

La distinzione della tipologia di certificazioni ha ragioni storiche (Estreicher, 2023). Da un lato, il valore della qualità legata all'origine è stato costruito, nella sua forma moderna, all'inizio del XX secolo, in un momento molto precedente alla *green revolution*. L'intervento dello Stato nella regolamentazione del settore vitivinicolo è avvenuto infatti alla fine del XIX secolo, di pari passo con il consolidarsi dell'azione pubblica nel settore economico e si è concretizzata attraverso una restrittiva definizione del concetto di *Appellation d'Origine Contrôlée* (AOC) (Roudié, 1988, p. 231)<sup>28</sup>. L'istituzionalizzazione della denominazione, avvenuta nel 1935, quale marchio collettivo, ha rappresentato uno strumento di promozione e di garanzia che ha visto protagonisti a livello locale i sindacati di categoria, a livello regionale gli organismi di difesa e di gestione, a cui oggi è attribuito il compito di proporre il contenuto dei disciplinari e, a livello nazionale, dall'INAO che ha il compito di validarli. Una volta che gli organismi di difesa hanno trasmesso la proposta all'INAO, l'esame e l'approvazione della proposta è assicurata da un comitato nazionale dell'appellazione di origine, organo collegiale composto da produttori e venditori della filiera vitivinicola concernenti le AOC e

<sup>28</sup> Due orientamenti si erano imposti: uno volto a privilegiare una nozione ampia di AOC, secondo cui la denominazione di un vino era da considerarsi come una proprietà individuale del produttore, libero di fare ciò che voleva purché l'origine geografica fosse corretta e un contrapposto orientamento che considerava l'AOC come una proprietà collettiva capace di imporre ai produttori il rispetto di criteri che favorissero l'omogeneizzazione delle caratteristiche della loro produzione.

le IGP (*Indication Géographique Protégée*) (Le Goffic, 2010, p. 233 *et seq.*)<sup>29</sup>. Al Ministro dell'economia e dell'agricoltura spetta quindi il solo compito di omologarli, con ciò confermando la compartecipazione di plurimi attori nella definizione delle regole contenute nei disciplinari di produzione, dotate di vincolatività nei confronti di tutti i produttori ad esso aderenti (Gautier, 2016, p. 2 *et seq.*).

Le AOP e le IGP, pertanto, pur con le loro differenze, rappresentano segni di qualità che non derivano da una mera attività burocratica frutto di un procedimento amministrativo, ma sono frutto del *terroir* (Robbe, 2011, p. 28), della sua storia, dei suoi abitanti, dei produttori che ad esso sono collegati. Questi elementi conferiscono la tipicità del prodotto vitivinicolo e allo stesso tempo è proprio questo il problema che esiste con la qualità ambientale: il non essere collegata alla tipicità dei prodotti.

L'art. L.640-2 del Codice rurale e della pesca marittima<sup>30</sup> disciplina i *Signes officiels de qualité* (SIQO)<sup>31</sup>. Si distingue la certificazione della qualità superiore (*Label rouge* – LR), la certificazione della qualità legata all'origine (*l'Appellation d'Origine Contrôlée* – AOC, *l'Appellation d'Origine Protégée* – AOP, *l'Indication Géographique Protégée* – IGP), la certificazione della qualità legata alla tradizione (*Spécialité Traditionnelle Garantie* – STG) e l'agricoltura biologica (attestante la qualità ambientale AB).

All'interno della categoria delle certificazioni legate all'ambiente, sono state promosse altre iniziative<sup>32</sup>, sia private sia pubbliche. Tra le prime, va menzionata la certificazione elaborata dall'associazione Terra Vitis<sup>33</sup> i cui *standard* corrispondono oggi al livello massimo dell'*Haute Valeur Environnementale* (HVE)<sup>34</sup>, certificazione pubblica introdotta nel 2012 e che rappresenta il riconoscimento del più alto livello di certificazione ambientale in Francia, strettamente legato al

<sup>29</sup> I prodotti che beneficiano della certificazione Indicazione Geografica Protetta presentano caratteristiche peculiari legate alla loro origine geografica.

<sup>30</sup> Article L640-2 CRPM.

<sup>31</sup> Secondo l'art. L.640-2-1 CRPM le SIQO “*sont des modes de valorisation de produits agricoles, forestiers, alimentaires et produits de la mer*”.

<sup>32</sup> Le iniziative che attengono alle certificazioni ambientali sono molteplici, a titolo esemplificativo, si menziona la certificazione Demeter per il *vin biodynamique*, la certificazione Vin Méthode Nature, le certificazioni Nature et Progress, Biodyvin, Vins S.A.I.N.S. Per un approfondimento delle diverse proposte esistenti, cf. il *Report* promosso dall'*European Federation of Origin Wines (EFOW) Study on the State of Play of Sustainability Initiatives in the Wine Appellation Sector*, 2022, consultabile in [www.arcadia-international.net](http://www.arcadia-international.net).

<sup>33</sup> Creato nel 1998, il disciplinare Terra Vitis comprende attualmente quasi ottanta punti di controllo. Il rispetto di questo documento garantisce l'impegno dei viticoltori nei tre ambiti della sostenibilità ambientale, sociale ed economica.

<sup>34</sup> La certificazione HVE si raggiunge dopo un percorso che certifica il raggiungimento di un elevato standard ambientale. Il primo livello è acquisito dopo un'attività di autovalutazione del produttore sul rispetto di alcuni standard ambientali, validata da un auditor accreditato; il secondo prevede sedici buone pratiche relative a quattro temi: biodiversità, uso di pesticidi, fertilizzanti, gestione dell'acqua. Raggiunto questo livello, un vigneto può ricevere il marchio di certificazione ambientale, convalidato da un audit esterno. Il terzo livello prevede la certificazione HVE per l'intera azienda agricola. Per informazioni, visita <https://hve-asso.com/>.

concetto di agroecologica.

Vi è un'ulteriore categoria di certificazioni, più eterogenea, che fa riferimento agli *standard* ambientali o di *Responsabilité sociale des entreprises* (RSE), definita con il Decreto n° 2009-697 del 16 giugno 2009, basata sul rispetto delle norme ISO 26000 e ISO 14001<sup>35</sup>. In questo caso non si certifica il prodotto vitivinicolo in sé, ma la responsabilità di un'impresa per l'impatto delle proprie attività sulla società e sull'ambiente. All'interno di questo gruppo è esemplificativa l'esperienza dei *Vignerons Engagés en Développement durable*. Si tratta di una certificazione avviata nel 2010, che individua un quadro di responsabilità sociale d'impresa per i produttori di vino, strutturato sulle norme ISO 26000; il suo campo di applicazione copre le dimensioni ambientali, sociali ed economiche della sostenibilità, con un grande successo a livello di partecipazione: ad oggi circa 6.000 produttori aderiscono a tale iniziativa.

Questa distinzione di percorsi per la qualità ambientale e quella legata all'origine geografica si riflette nelle caratteristiche delle norme applicabili al fine di ottenere la denominazione: si parla di diritto *dur* (*hard law*), per le norme relative alla qualità legata all'origine, poiché la loro disciplina è prevista nei disciplinari, il cui rigoroso rispetto è d'obbligo se si vuole utilizzare la certificazione AOC o IGP. Si fa riferimento al concetto di diritto *souple*, inteso come facoltativo, per le norme relative alla qualità ambientale, poiché caratterizzata da una adesione volontaria da parte dei produttori alle certificazioni relative alla qualità ambientale (Raffray, 2023, p. 9).

Secondo l'art. L642-22 CRPM, l'*Organisme de Défense et de Gestion* può elaborare una carta di buone pratiche per preservare le caratteristiche ambientali di un *terroir*, ma il rispetto di questa carta non è una condizione per l'ottenimento del segno di identificazione della qualità e della origine, né sono previste sanzioni in caso di mancato rispetto (Raffray, 2023, p. 5). Come già detto, definire un vino con *appellation d'origine* significa riferirsi a specifici fattori naturali, come il suolo e il clima, e a fattori umani, come la scelta del vitigno e i metodi di coltivazione appropriati. È questa interazione tra fattori naturali e umani che conferisce al prodotto la sua tipicità ed è questo l'elemento che apparentemente manca nelle misure ambientali: non produrre alcun effetto sulla tipicità del prodotto.

Il produttore è quindi tenuto a rispettare norme che si cumulano, volte a definire il concetto di qualità legata all'origine e quelle legate all'ambiente. L'integrazione della qualità ambientale nel disciplinare ha quindi una grande rilevanza, ha un impatto significativo sulla consistenza della norma, trasformandosi da *soft law* a *hard law*. La scelta, effettuata a livello di denominazione, di inserire nel

<sup>35</sup> La norma ISO 14001 non è un segno di qualità del prodotto, ma si applica agli aspetti ambientali delle attività, dei prodotti e dei servizi che l'organizzazione determina, senza stabilire criteri specifici di prestazione ambientale.



disciplinare di produzione norme volte a garantire la qualità ambientale, resta frutto di una opzione volontaria dei produttori. Però, una volta effettuata, consente di rendere vincolante, per il singolo produttore che intende aderire a quella denominazione, il rispetto, non solo delle norme relative alla qualità legata all'origine, ma anche di quelle legate alla qualità ambientale (Raffray, 2019).

Nel 2017 e nel 2018, l'INAO<sup>36</sup> ha convalidato due protocolli che specificano misure agroambientali per la produzione del vino e ha pubblicato una Guida all'agroecologia in viticoltura, redatta in collaborazione con l'*Institut Français de la Vigne et du Vin*, in cui sono stati individuati gli obiettivi agroecologici innovativi per tutti i segni ufficiali di qualità e di origine, con l'invito ai produttori ad adeguarsi (Boulanger-Fassier, 2008, p. 3). Il primo protocollo specifica nove misure agroambientali per la produzione di vino; il secondo stabilisce la possibilità per i produttori di vino DOP di sperimentare varietà selezionate, allo scopo di adattarsi ai cambiamenti climatici, ridurre i fertilizzanti e i pesticidi e il livello di alcol o riabilitare le varietà autoctone. I produttori possono sperimentare tali varietà entro i limiti del 5% delle piantagioni e del 10% dell'assemblaggio finale.

I temi principali sono la conservazione e lo sviluppo della biodiversità, il controllo della fertilizzazione, la riduzione dell'uso di pesticidi, la ricerca di una migliore gestione dell'acqua, l'utilizzo di una genetica più adatta alle sfide dell'agroecologia. È un elenco non esaustivo, che può essere completato in base alle esigenze locali, attraverso la compartecipazione dei diversi attori coinvolti. L'integrazione di queste misure nei disciplinari è stata considerata automatica, se richiesta dai produttori.

Da un punto di vista normativo, ciò ha ribaltato il paradigma della qualità, perché inserendo le norme sulla qualità ambientale nei disciplinari è venuta meno la distinzione con le norme relative alla qualità dell'origine<sup>37</sup>.

In prospettiva, in letteratura si auspica la fusione delle certificazioni relative all'origine geografica e di quelle relative alla qualità ambientale, attraverso la creazione di una nuova denominazione: l'*Appellation d'Origine Durable* (AOD). In questo modo verrebbe mantenuta la tipicità del prodotto, collegandola con la sostenibilità (Raffray, 2023, p. 16).

<sup>36</sup> Consultabile al seguente link: <https://tinyurl.com/48n4xhj7>.

<sup>37</sup> Un gruppo di produttori di denominazione di origine — a titolo esemplificativo Bordeaux, Champagne, Médoc e Lustrac — ha introdotto nei rispettivi disciplinari di produzione norme relative alla qualità ambientale, rendendo in tal modo obbligatori determinati standard per tutti gli aderenti alla denominazione.

### 3 SOSTENIBILITÀ E QUALITÀ AMBIENTALE NELL'ESPERIENZA ITALIANA

Come la Francia, l'Italia è un paese con un elevato numero di iniziative a sostegno della sostenibilità, caratterizzato da una forte collaborazione tra attori privati e pubblici e con una rilevante pluralità delle tipologie di certificazioni previste per il vino (Corsi; Pomarici; Sardone, 2018).

Inoltre, anche l'esperienza italiana, come tante negli ultimi anni, è stata interessata dall'introduzione esplicita della materia ambientale nella normativa costituzionale, con ciò confermando l'incremento di tendenze regolative in tale ambito al fine di rispondere alle nuove esigenze manifestate negli ultimi anni rispetto ai pericoli derivanti dal cambiamento climatico (Amirante, 2019, p. 2, 2024). Tale novità avvalorata l'importanza del ruolo della fonte costituzionale, quale snodo tra il diritto internazionale e il diritto nazionale (Groppi, 2023, p. 459 *et seq.*). L'attenzione rispetto al tema della sostenibilità, nei suoi tre pilastri, trova riscontro, con particolare riferimento al settore della viticoltura, nel crescente numero di iniziative promosse soprattutto dai privati e dai consorzi di privati in tale campo (Corbo; Lamastra; Capri, 2014, p. 2135).

L'esperienza mostra delle analogie con quella francese, in termini di distinzione tra le certificazioni della qualità basate sull'origine geografica e quelle ambientali. In base alla prima categoria classificatoria<sup>38</sup>, si riscontra la tipologia dei vini senza indicazione di origine (con o senza annata e vitigni<sup>39</sup>); il gruppo dell'Indicazione Geografica Protetta (IGP)<sup>40</sup>; la Denominazione di Origine Protetta<sup>41</sup> che include la Denominazione di Origine Controllata (DOC)<sup>42</sup> e la Denominazione di Origine Controllata e Garantita (DOCG)<sup>43</sup>. L'attuale panorama del mercato del vino è poi

<sup>38</sup> La prima normativa italiana di tutela delle Denominazioni di Origine è il DPR n° 930 del 1963, modificato con la legge n° 164 del 1992. La materia è stata poi disciplinata da D.Lgs. n° 61 del 2010, "Tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche dei vini".

<sup>39</sup> Vini senza Indicazione Geografica o senza Denominazione d'Origine, che vanno sotto la denominazione generica Vino e Vini Varietali, privi di DO o IG, ma che possono indicare in etichetta il vitigno e l'annata e sono ottenuti esclusivamente da uno dei sette vitigni internazionali cabernet, cabernet franc, cabernet sauvignon, chardonnay, merlot, sauvignon e syrah.

<sup>40</sup> Le uve da cui si producono i vini IGP devono essere raccolte per almeno l'85% dalla zona geografica di cui portano il nome. Le uve possono provenire per il 15% da una zona diversa, ma devono essere vinificate nell'area indicata (delimitazione della zona di vinificazione). Oltre a questi elementi, devono essere rispettati alcuni parametri indicati all'interno dei disciplinari.

<sup>41</sup> DOP è un vino originario di una regione o di un luogo determinato, le cui qualità sono dovute al luogo e all'ambiente. Le uve utilizzate per la produzione di vini DOP devono essere prodotte e vinificate al 100% nell'area geografica delimitata.

<sup>42</sup> Sono prodotti in una zona geografica ben precisa e devono rispondere a delle caratteristiche chimiche ed organolettiche ben precise, fissate all'interno dei disciplinari. Il disciplinare prevede inoltre le tipologie di vino che è possibile produrre, i quantitativi di uva che si possono ottenere per ogni ettaro, le varietà che è possibile utilizzare, la gradazione alcolometrica naturale minima, il tipo e la durata di un eventuale invecchiamento. I controlli per questa tipologia di vino sono, come per gli IGT, di tipo chimico, ma in aggiunta a questi vi è anche l'analisi organolettica.

<sup>43</sup> La denominazione DOCG viene concessa ai vini già riconosciuti DOC da almeno sette anni e che siano ritenuti di particolare pregio. In fase di imbottigliamento è prevista l'analisi chimico-fisica ed organolettica, partita per partita, e le bottiglie vengono contrassegnate con una fascetta di controllo disposta in maniera tale da rompersi in fase di apertura della bottiglia.

caratterizzato da un'ampia categoria di vini sostenibili (biologici, biodinamici, vegani, naturali (Scavarda *et al.*, 2021) ciascuna delle quali con caratteri distintivi propri. A fianco a queste certificazioni ne esistono altre, volte a monitorare il rispetto della qualità ambientale e della sostenibilità, promosse da attori diversi e frutto talora di collaborazioni tra pubblico e privato (Isaak, 2002, p. 82; Moggi; Pagani; Pierce, 2020, p. 3)<sup>44</sup>.

È interessante considerare la diversità degli indicatori utilizzati al fine di ottenere la certificazione sulla sostenibilità, con particolare riferimento al pilastro ambientale. La numerosità delle certificazioni corrisponde infatti alla varietà degli indicatori individuati, circostanza che incrementa la pluralità e la diversità di procedure e regole da osservare, responsabili talora di incidere negativamente sulla consapevolezza delle scelte del consumatore finale. A questi però va riconosciuto un importante merito, poiché è per venire incontro alle aspettative del consumatore che vi è stato un incremento dell'attenzione sul tema della sostenibilità (Capitello; Sirieix, 2019). Attenzione, peraltro, caratterizzata più dalla volontarietà dell'adesione dei produttori ai progetti proposti che dall'obbligatorietà del rispetto di regole adottate dal legislatore (Savelli; Bravi; Murmura, 2019).

A titolo esemplificativo, rappresentative del diverso contesto in cui originano i progetti, vanno senz'altro ricordate le certificazioni VIVA (Valutazione dell'Impatto della Vitivinicoltura sull'Ambiente) Sustainable Wine ed EQUALITAS. La prima è una certificazione pubblica, istituita nel 2011 dal Ministero dell'Ambiente, in collaborazione con due Centri di ricerca — l'Opera dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e il Centro per la Ricerca di Ateneo Agroinnova dell'Università di Torino —, con l'obiettivo principale di fornire un approccio comune per misurare l'impatto ambientale, economico e sociale della viticoltura. La certificazione si basa su quattro indicatori principali: l'acqua, l'aria, il vigneto e il territorio (Santini; Cavicchi; Casini, 2013; Sardone *et al.*, 2023, p. 67).

EQUALITAS è una certificazione privata, promossa nel 2015 dalla Confederazione dei Consorzi di tutela delle DOC del vino italiano (Federdoc), da CSQA Certificazioni e Valoritalia (enti leader per le certificazioni del settore del vino) e dalla fondazione Gambero Rosso. Si basa su uno standard di sostenibilità che copre i tre pilastri e, in particolare, per quello ambientale utilizza indicatori di sostenibilità per la biodiversità, l'impronta carbonica e l'impronta idrica, oltre

<sup>44</sup> In letteratura si sottolinea come le aziende vitivinicole si siano approcciate alla sostenibilità seguendo due *iter* differenti. Il primo approccio è definito come *green business* e descrive la decisione delle aziende di migliorare le pratiche vitivinicole come investimento, attendendo un ritorno economico dalle campagne di marketing. Non necessariamente si tratta quindi di una scelta etica. Il secondo approccio è quello del *green-green business*, caratterizzato da modelli di sostenibilità seguiti sin dalla costituzione delle aziende, nate come *start up* sostenibili, volte a promuovere un modello di sviluppo sostenibile.

all'attuazione di buone pratiche agricole e vitivinicole<sup>45</sup>. Tale certificazione aggiunge ai tre pilastri della sostenibilità, due ulteriori relativi alle buone pratiche sociali e alla comunicazione.

Volendo evidenziare come nell'elaborazione dei progetti siano coinvolti attori diversi, si ricorda l'esperienza della *World Biodiversity Association*, organizzazione no-profit italiana, che ha istituito nel 2010 il programma *Biodiversity Friend*, la prima certificazione per la conservazione della biodiversità in agricoltura che utilizza bioindicatori per la valutazione della qualità degli agrosistemi (Figueiredo *et al.*, 2018). A livello territoriale esistono poi diversi programmi di certificazione della sostenibilità, quale SOSTain, rivolto alla viticoltura della Regione Siciliana<sup>46</sup> basato sul rispetto di dieci requisiti rivolti ad accertare la valorizzazione dei tre pilastri della sostenibilità, che includono in particolare per l'ambito ambientale, aspetti volti a misurare la *water footprint* e la *carbon footprint*, la conservazione della biodiversità floristica e faunistica<sup>47</sup>. Sempre a livello regionale, finanziato attraverso il Programma di Sviluppo Rurale della Regione Veneto, c'è il progetto Soilution Systems che mira a sviluppare soluzioni innovative per mitigare i rischi per la viticoltura derivanti dall'erosione del suolo.

Esiste poi a livello nazionale, uno schema di certificazione biologica riconosciuto dalla Commissione europea<sup>48</sup>: il Sistema di Qualità Nazionale per la Produzione Integrata (SQNPI). Rappresenta uno strumento efficace, di carattere volontario, funzionale sia per promuovere un'agricoltura a basso impatto ambientale sia per valorizzare e differenziare i prodotti sul mercato, anche con riferimento al vino.

In generale, con riferimento all'impatto ambientale della produzione del vino, si nota come i macro-indicatori considerati al fine di monitorare la sostenibilità ambientale riguardano l'acqua (consumo di acqua ed inquinamento diretto ed indiretto dell'acqua), la biodiversità (mantenimento e tutela della biodiversità nell'ecosistema) e le emissioni GHG (emissioni di gas ad effetto serra diretti, anche per consumo di energia, ed indiretti legati al processo-prodotto) (Moggi; Pagani; Pierce, 2020,

<sup>45</sup> La biodiversità è monitorata attraverso l'indice di biodiversità del suolo sulla superficie di vigneto; l'indice di biodiversità acquatica su tutta la superficie aziendale; l'indice di biodiversità lichenica aria su tutta la superficie aziendale. L'impronta Carbonica definisce e mantiene aggiornati i propri confini organizzativi ed elabora un bilancio/inventario dei gas serra GHG che viene aggiornato con frequenza annuale. Infine, l'impronta idrica è un indicatore che, oltre a definire e mantenere aggiornati i propri confini organizzativi, definisce e applica un programma di monitoraggio e gestione delle risorse idriche impiegate. A questi indicatori relativi all'ambiente se ne aggiungono altri che riguardano le buone pratiche di lavorazione, quali le buone pratiche agricole, le buone pratiche di cantina e imbottigliamento, le buone pratiche economiche aziendali verso i dipendenti e verso i fornitori, e le buone pratiche sociali verso i lavoratori, la loro formazione e le relazioni con il territorio ed infine le buone pratiche di comunicazione. Gli indicatori sono descritti al seguente link: <https://www.equalitas.it/sostenibilita/>.

<sup>46</sup> Il programma è promosso dal Consorzio di Tutela vini Doc Sicilia e da Assovin Sicilia.

<sup>47</sup> Agli indicatori menzionati vanno poi aggiunti quelli relativi alla valorizzazione del capitale umano e territoriale, il risparmio energetico, la salute dei consumatori.

<sup>48</sup> Regolamento UE n° 1151/2012.

p. 7-10). Sono considerati frequentemente anche l'indicatore relativo al trattamento — concimazioni (distribuzione di prodotti nel vigneto e loro livelli di tossicità) e quello relativo ai prodotti enologici (uso di coadiuvanti ed additivi nel processo di trasformazione e loro livelli di salubrità), seppure il primo sia tipicamente considerato un fattore di causa dell'inquinamento dell'acqua e quindi riconducibile all'interno dell'indicatore relativo a questo elemento e il secondo sia interconnesso a finalità di monitoraggio della salubrità del prodotto e pertanto non rientrante tra gli indicatori prettamente ambientali (Mencarelli; De Propris, 2014, p. 35)<sup>49</sup>.

Questi diversi esempi, che non esauriscono il novero dei progetti relativi alla sostenibilità in ambito nazionale, sono considerati come un'opportunità per il settore vitivinicolo, poiché consentono alle aziende di valutare l'adesione al progetto più consono alla propria realtà. Tuttavia, si sottolinea come la sovrapposizione di metodologie e di risultati sia spesso causa di confusione. In tal senso, la determinazione di un unico marchio di sostenibilità potrebbe contribuire a rendere più trasparente la comunicazione con i consumatori, con ciò migliorando la competitività delle aziende e del vino italiano sui mercati esteri (Sardone *et al.*, 2023, p. 68).

Nel 2020 è stata promossa l'introduzione di un quadro normativo per raggiungere uno standard comune di sostenibilità capace di armonizzare il protocollo VIVA con il Sistema di Qualità Nazionale di Produzione Integrata. Con la legge n° 77 del 17 luglio 2020 si è quindi prevista l'istituzione di un sistema unitario di certificazione della sostenibilità della filiera vitivinicola<sup>50</sup>. L'adesione al Sistema è volontaria, aperta a tutti gli operatori che si impegnano ad applicare la relativa disciplina e si sottopongono ai controlli previsti.

In attuazione di detta normativa, nel 2022 è stato adottato il DM 124900 del 16 marzo 2022 con cui è stato definito il sistema di certificazione per la sostenibilità nel settore vitivinicolo, che delinea le regole produttive adottate nell'intera filiera, a partire dalle pratiche in campo fino a quelle per l'immissione del prodotto sul mercato. I produttori possono pertanto aderire alla normativa a titolo volontario, in tal modo ottenendo la certificazione della sostenibilità, attraverso l'uso del marchio identificativo (SQNPI) dei prodotti sostenibili.

Con il disciplinare unico del 2022 l'Italia è stata, pertanto, il primo Stato membro dell'UE ad avere un sistema nazionale, condiviso dalla filiera vitivinicola, per riconoscere e valutare le *performance* di sostenibilità. Permane però il dato della volontarietà dell'adesione al disciplinare, che

<sup>49</sup> Gli Autori sottolineano come sia possibile distinguere l'approccio dei vari programmi come riferibile all'Azienda (il processo produttivo dell'intera organizzazione) oppure al Prodotto (l'estrapolazione degli effetti-impatti riferibili ad uno specifico prodotto dell'organizzazione-processo). Articolo consultabile al seguente link: <https://tinyurl.com/24t5wmu4>.

<sup>50</sup> Art. 224 ter, legge n° 77 del 17 luglio 2020 sulla "Sostenibilità delle produzioni agricole".

non è corroborato da alcuna forma di obbligatorietà.

Va evidenziato come la strategia *Farm to Fork* mira a fare della *Farm Accountancy Data Network* (FADN) la principale fonte di dati sugli indicatori di sostenibilità, trasformandola nella *Farm Sustainability Data Network* (FSDN). Diversi studi sono stati promossi per valutare la funzionalità e l'appropriatezza dell'elaborazione di indicatori di sostenibilità che possano fungere da riferimento nella determinazione delle conseguenti certificazioni (Sardone *et al.*, 2023, p. 65), sottolineando l'opportunità di considerare insieme i tre pilastri della sostenibilità e non solo quella ambientale (Merli; Preziosi; Acampora, 2018).

#### 4 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dall'esame volto si evince come a livello nazionale all'EU sia stato lasciato agli Stati membri un ampio margine di apprezzamento su come promuovere la sostenibilità ambientale nel settore vitivinicolo.

L'analisi evidenzia, peraltro, come la normativa europea nel settore vitivinicolo presenti un'evoluzione che si riscontra anche a livello nazionale nei due paesi oggetto di studio, che temporalmente hanno anche anticipato le prime novità in materia di promozione della sostenibilità, rendendo possibile rilevare un'interessante interazione tra il piano domestico e quello sovranazionale capace, poi a sua volta, di svolgere un'importante funzione armonizzatrice.

È possibile osservare delle analogie tra le esperienze considerate: sia nell'ordinamento francese sia in quello italiano esistono una molteplicità di certificazioni, con una chiara distinzione tra quelle relative all'origine geografica e quelle collegate alla qualità ambientale. Se nell'esperienza francese si prospetta l'utilità di una certificazione di appellazione sostenibile che possa uniformare il rispetto delle regole a supporto della sostenibilità, nell'ordinamento italiano si è, invece, raggiunta la definizione di una certificazione per la sostenibilità per l'intero settore vitivinicolo.

In entrambe le esperienze, inoltre, le certificazioni sono fondate su indicatori differenti, che non agevolano il raggiungimento di standard omogenei, anche ai fini dell'attività di monitoraggio sull'impatto ambientale della produzione nel settore vitivinicolo, né un'agevole comprensione da parte del consumatore delle azioni promosse.

Da un diverso punto di vista, questa molteplicità di progetti proposti, se da una parte genera una certa confusione, è anche considerata una ricchezza, consentendo ai singoli produttori di optare per il progetto più consono alla propria realtà.

In tal senso sembra andare anche la normativa europea, se si considera che il recente

regolamento UE del 2024 relativo, tra l'altro, alle indicazioni geografiche dei vini, lascia aperta la possibilità di provvedere all'introduzione di misure per la sostenibilità anche al di fuori dei disciplinari, considerando anche la maggiore difficoltà a livello procedurale, di modificarli<sup>51</sup>.

Ancora una volta la scelta europea tende a garantire la possibilità di scelte diversificate a livello nazionale, lasciando agli Stati membri, e al loro interno ai singoli consorzi, l'autonomia di selezionare i progetti, e quindi gli indicatori più adatti alle diverse realtà locali.

Nel senso della positività di una pluralità di certificazioni, si è evidenziato come attraverso i disciplinari si obblighino tutti i produttori che aderiscono alla denominazione, stabilendo un livello minimo da rispettare. La possibilità dell'adesione ad altre certificazioni permette a chi è più pronto di andare avanti, individuando il marchio che possa meglio rappresentare la propria realtà (Gautier, 2016, p. 2).

In entrambi gli ordinamenti, poi, la volontarietà dell'adesione resta un elemento caratterizzante.

Si evidenzia come, sia a livello nazionale che europeo, seppure l'adesione ad uno specifico disciplinare trovi fondamento in un atto volontario del produttore, una volta inseriti nei disciplinari indicatori rivolti al monitoraggio dell'impatto ambientale o, più in generale, della sostenibilità, questi diventino vincolanti per il singolo produttore che vuole aderire alla denominazione. Collegare le certificazioni sulla qualità ambientale alla tipologia — e quindi all'identità — del prodotto risulta essere, pertanto, una scelta valida, da sostenere ai fini della promozione della sostenibilità. Il passaggio ulteriore, poi, ai fini di una produzione pienamente sostenibile non solo con riferimento alla qualità ambientale, comporta la conformità anche agli standard relativi alla sostenibilità economica e sociale.

La numerosità delle iniziative in tema di sostenibilità induce a riflettere sulle modalità che possono spingere le aziende produttrici ad intraprendere percorsi finalizzati al raggiungimento di assetti produttivi coerenti con i principi dello sviluppo sostenibile. Risulta importante definire come l'adesione ai parametri della sostenibilità possa giovare sia in termini di economicità dell'azienda sia ai fini dell'accrescimento dell'interesse dei consumatori nei confronti ai prodotti (Pomarici; Vecchio, 2014, p. 16 *et seq.*).

In tale prospettiva, in assenza di un obbligo di adesione, andrebbe valorizzato il significato

<sup>51</sup> Art. 7, ult. co. Regolamento (UE) n° 2024/1143: “Qualora il gruppo di produttori, o il gruppo di produttori riconosciuto, se tale gruppo esiste, decida che le pratiche sostenibili di cui al paragrafo 1 sono obbligatorie per tutti i produttori del prodotto interessato, tali pratiche sono incluse nel disciplinare secondo la procedura di registrazione o di modifica”.



da attribuire alla scelta di conformarsi agli indicatori di sostenibilità.

Come sottolineato, il diritto alla base delle DOC non attiene tanto ad un insieme di dottrine, quanto ad un insieme di pratiche che influenzano le aspettative e i comportamenti degli attori e che *“définissent moins des interdits que les cadres de l’action économique à l’intérieur desquels les acteurs forment leurs anticipations et définissent leurs stratégies”* (Stanziani, 2003, p. 259).

Gli indicatori, anche se non obbligatori, ma frutto di una scelta volontaria dei produttori, possono infatti essere apprezzati nella loro rilevanza culturale (Rugani; Lamastra, 2023), quali misure capaci di attivare un dialogo tra i produttori, il territorio, la comunità di riferimento e gli enti territoriali. Possono essere valorizzati come strumento di apprendimento delle strategie altrui, permettendo l’elaborazione di buone pratiche e favorendo la trasferibilità delle politiche assunte in un dato territorio (Mencarelli; De Propriis, 2014, p. 56).

In prospettiva, la scelta di indicatori condivisi potrebbe divenire uno strumento utile all’interno dei processi decisionali, ai fini dell’elaborazione delle politiche di sostenibilità, nella valutazione dei programmi e in sede di monitoraggio.

Gli indicatori comuni possono accompagnare quindi il processo decisionale, chiedendo ai produttori un adeguamento delle proprie pratiche, definite in un’ottica di scambio e condivisione in sede di consorzi e gruppi di produttori; pratiche elaborate attraverso processi *bottom up*, incanalate all’interno di procedure che coinvolgono anche le autorità pubbliche, nei diversi livelli, e che, complessivamente, possono condurre, attraverso l’inserimento nei disciplinari, ad un’obbligatorietà nei confronti di tutti i produttori che intendono aderire alla denominazione di origine.

Se l’inserimento di regole di sostenibilità nei disciplinari risulta pertanto essere la strada che più efficacemente può condurre alla promozione della sostenibilità e verso cui sarebbe opportuno tendere, va evidenziato come oggi il cammino verso una piena realizzazione della sostenibilità si sta percorrendo attraverso l’uso dei diversi marchi che possono sigillare le pratiche seguite e che al momento consentono ai gruppi di produzione delle diverse realtà locali di selezionare le opzioni considerate più consone rispetto alle proprie realtà. Ai gruppi di produttori è affidato pertanto un compito importantissimo: accompagnare i produttori verso la transizione ambientale, sostenibile, in dialogo con il territorio e i consumatori<sup>52</sup>.

Pur lasciando ampio margine agli Stati membri, ai fini dell’elaborazione di un piano di

<sup>52</sup> A titolo esemplificativo si riporta l’esperienza del consorzio dei *Vins de Bordeaux* che attesta come nel 2024 oltre il 75% dei vigneti rientranti nel loro territorio sia certificato dal punto di vista ambientale; che abbia investito 1 milione di euro all’anno per promuovere una produzione sostenibile per aiutare le aziende a compiere la transizione; e che si sia prefissato l’obiettivo di riduzione del 54% delle emissioni di gas serra entro il 2030 (dal 2007). Cf. <https://tinyurl.com/3mx7hsa9>.

politiche volte alla sostenibilità, i passaggi rilevanti dovrebbero pertanto prevedere il raggiungimento di certificazioni della sostenibilità con indicatori comuni e condivisi, che possano agevolare la comunicazione con i consumatori; l'inclusione dei parametri della sostenibilità nei disciplinari da promuovere attraverso l'incremento di incentivi volti a incoraggiare la sostenibilità, anche attraverso forme di *nudging*; la promozione di una costante evoluzione della normativa a tutela della sostenibilità, capace di permettere una piena affermazione del principio, con riferimento non solo all'ambito ambientale, ma anche a quello sociale ed economico.

### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALMEIDA, Susana. The Concept of The Agri-Environmental Law. **AA.VV. Contemporary Challenges of Agri Environmental Law - Comparative Legal Aspects**. Published Online: Nitra, p. 15-22, 2023. DOI: <https://doi.org/10.15414/2023.9788055225937>.

AMIRANTE, Domenico. Dall'eco-scetticismo al costituzionalismo ambientale: Venticinque anni di comparazione giuridica in materia di ambiente. **Diritto pubblico comparato ed europeo**, p. 779-800, 2024. DOI: 10.17394/114864.

AMIRANTE, Domenico. L'ambiente "preso sul serio": Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale. **Diritto pubblico comparato ed europeo**, p. 1-32, 2019. DOI: 10.17394/93039.

AUDIER, Jacques. Réflexions juridiques sur la notion de terroir. **Bulletin de l'Organisation Internationale de la Vigne et du Vin**, n. 747-748, p. 423-435, 1993.

BAIANO, Antonietta. An Overview on Sustainability in the Wine Production Chain. **Beverages**, v. 7, n. 1, 15, p. 1-27, 2021. DOI: <https://doi.org/10.3390/beverages7010015>.

BODIGUEL, Luc. Du concept d'agroécologie au règlement PSN. **Revue de l'Union européenne**, n. 663, p. 607-612, 2022.

BODIGUEL, Luc. Agriculture durable: La poursuite de la transistion juridique. In: GRIMONPREZ, Benoît (Ed.). **La réforme du droit foncier rural: demander l'impossible**. Lexis-Nexis, 2018. p. 181-193. HAL Id: hal-01858684f.

BOULANGER-FASSIER, Sylvaine. La viticulture durable, une démarche en faveur de la pérennisation des territoires viticoles français? **Géocarrefour**, v. 83, n. 3, p. 181-190, 2008. DOI: <https://doi.org/10.4000/geocarrefour.6856>.

BROCCA, Marco. L'agricoltore custode dell'ambiente e del territorio: Una lettura giuridica. **Federalismi.it**, v. 29, p. 1-23, 2024.

CAPITELLO, Roberta; SIRIEIX, Lucie. Consumers' Perception of Sustainable wine: An Exploratory Study in France and Italy. **Economies**, v. 7, n. 2, p. 1-20, 2019.

DOI: <https://doi.org/10.3390/economies7020033>.

CAPUS, Joseph. **L'Évolution de la législation sur les appellations d'origine**: Genèse des appellations contrôlées. Paris: Mare et Martin, 2019, riedizione di Paris: INAO-Éditions Louis Larmat, 1947.

CARDELL, Maria Francisca; AMENGUAL, Arnau; ROMERO, Romualdo. Future Effects of Climate Change on the Suitability of Wine Grape Production Across Europe. **Regional Environmental Change**, v. 19, p. 2299-2310, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10113-019-01502-x>.

CHEVET, Jean-Michele *et al.* France. In: ANDERSON, Kim; PINILLA, Vicente (Ed.). **Wine Globalization: A New Comparative History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 55-92.

CORBO, Chiara; LAMASTRA, Lucrezia; CAPRI, Ettore. From Environmental to Sustainable Programs: A Review of Sustainability Initiatives in the Italian Wine Sector. **Sustainability**, v. 6, p. 2133-2159, 2014.

CORSI, Alessandro; POMARICI, Eugenio; SARDONE, Roberta. Italy from 1939. In: ANDERSON, Kim; PINILLA, Vicente (Ed.). **Wine Globalization: A New Comparative History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 153-177.

CORSINOVI, Paola; GAETA, Davide. The European Wine Policies: Regulations and Strategies. In: ALONSO UGAGLIA, Adeline; CARDEBAT, Jean-Marie; CORSI, Alessandro (Ed.). **The Palgrave Handbook of Wine Industry Economics**. Cham: Palgrave Macmillan, 2019. p. 265-290. *E-book*. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-3-319-98633-3\\_13](https://doi.org/10.1007/978-3-319-98633-3_13).

COSME, Fernanda; FILIPE-RIBEIRO, Luís; NUNES, Fernando. Introductory Chapter: Impact of Climate Change on Grapes and Grape Products. In: COSME, Fernanda; FILIPE-RIBEIRO, Luís; NUNES, Fernando (Ed.). **Global Warming and the Wine Industry - Challenges, Innovations and Future Prospects**. London: IntechOpen, 2024. *E-book*. DOI: 10.5772/intechopen.1005092.

DEROUDILLE, Jean-Pierre. **Le vin face à la mondialisation**. Paris: Hachette, 2003.

ESTREICHER, Stefan K. Wine and France: A Brief History. **European Review**, v. 31, n. 2, p. 91-179, 2023. DOI: 10.1017/S1062798722000370.

FIGUEIREDO, António José *et al.* Vitiviniculture, Environment and Biodiversity: Sustainability Actions. **International Journal of Multidisciplinary in Business and Science**, v. 4, n. 5, p. 20-32, 2018.

FLORES, Shana Sabbado. What is Sustainability in the Wine World? A Cross-Country Analysis of Wine Sustainability Frameworks. **Journal of Cleaner Production**, p. 2301-2312, 2018.

GAETA, Davide; CORSINOVI, Paola. **Economics, Governance, and Politics in the Wine Market**: European Union Developments. London: Palgrave Macmillan, 2014.

GAUTIER, Jacques. Pour une meilleure integration des principes de l'agro-écologie dans les

cahiers des charges des indications géographiques viticoles françaises. **BIO Web Conferences**, 7, p. 1-3, 2016. DOI: 10.1051/bioconf/20160703019.

GRIMONPREZ, Benoît. **L'action collective territoriale: chaînon manquant politique de la transition agroécologique**. 2023. HAL Id: hal-04401740.

GROPPI, Tania. La dimensione costituzionale della sostenibilità: la sfida dell'effettività. **Lavoro e diritto**, 3, p. 459-474, 2023.

HERMON, Carole. L'agroécologie en droit: état et perspective. **Revue Juridique de l'Environnement**, n. 3, p. 407-422, 2015.

ISAAK, Robert. The Making of the Ecopreneur. **Greener Management International**, 38, p. 81-91, 2002.

LANGLAIS, Alexandra. The New Common Agricultural Policy: Reflecting an Agro-Ecological Transition. The Legal Perspective. **Review of Agricultural, Food and Environmental Studies**, p. 51-66, 2023.

LE GOFFIC, Charles. L'appellation d'origine, reconnaissance juridique du concept géographique de terroir. **Revue de Droit rural**, n. 358, étude 37, 2007.

LE GOFFIC, Charles. **La protection des indications géographiques**. France – Union européenne – États-Unis. Paris: IRPI, 2010.

LEPIRD, Cheyanne. Grapes with Wrath - How Sustainable Viticulture Can Save Winemaking for Generations to Come. **28 Drake Journal of Agricultural Law**, p. 114-133, 2023.

LOWE, Philip; BROUWER, Floor. Agenda 2000: a Wasted Opportunity? In: LOWE, Philip; BROUWER, Floor (Ed.). **CAP Regimes and the European Countryside**: Prospects for Integration Between Agricultural, Regional and Environmental Policies. Wallingford: CABI Publishing, 2000. p. 321-334. DOI: 10.1079/9780851993546.0321.

LUCIFERO, Nicola. L'etichettatura del vino. In: BORGHI, Paolo; CANFORA, Irene; DI LAURO, Alessandra; RUSSO, Luigi (Ed.). **Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea**. Milano: Giuffrè, 2024. p. 508-520.

MAICAS, Sergi; MATEO, José Juan. Sustainability of wine production. **Sustainability**, 12, 559, p. 1-10, 2020. DOI: 10.3390/su12020559.

MARNOT, Bruno. Joseph Capus et la législation sur les AOC. In: HINNEWINKEL, Jean-Claude; LE GARS, Claudine (Ed.). **Les Territoires de la vigne et du vin**. Bordeaux: Éditions Féret, 2002. p. 133-142.

MELONI, Giulia; SWINNEN, Johan. The Political Economy of European Wine Regulations. **Journal of Wine Economics**, v. 8, n. 3, p. 244-284, 2013. DOI: 10.1017/jwe.2013.33.

MENCARELLI, Fabio; DE PROPRIS, Luciano. Mappa dei modelli di produzione sostenibile: gli indicatori della sostenibilità del vino. In: Forum della sostenibilità del vino (Ed.). **Primo rapporto**

**di sostenibilità del vino**, p. 35-61, 2014. EAN 978-88-6641-088-1.

MERLI, Roberto; PREZIOSI, Michele; ACAMPORA, Alessia. Sustainability Experiences in the Wine Sector: Toward the Development of an International Indicators System. **Journal of Cleaner Production**, v. 172, p. 3791-3805, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2017.06.129>.

MOGGI, Sara; PAGANI, Alessandra; PIERCE, Paul. The Rise of Sustainability in Italian Wineries Key Dimensions and Practices. **Impresa Progetto**, n. 1, p. 1-20, 2020. DOI: 10.15167/1824-3576/IPEJM2020.1.1257.

NIELSEN, Helle Ørsted; PEDERSEN, Anders Branth; CHRISTENSEN, Tove. Environmentally Sustainable Agriculture and Future Developments of the CAP. **Journal of European Integration**, v. 31, n. 3, p. 369-387, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1080/07036330902782238>.

OLLAT, Nathalie; TOUZARD, Jean-Marc (Ed.). **Vigne, vin et changement climatique**. Versailles: éditions Quæ, 2024.

PAGNOTTA, Federica. La prossima Commissione europea: profili di continuità in materia di Green Deal europeo, alla luce delle sfide giurisdizionali, economiche e di compromesso pubblico. **Diritticomparati.it**, p. 1-5, 2024.

PISCIOTTA TOSINI, Giuseppina. Il difficile innesto della sostenibilità nei disciplinari DOP e IGT secondo le regole del nuovo Regolamento 1143 del 2024: l'esperienza nell'ambito del progetto Prin Pnrr INWINE, in corso di pubblicazione. Il contributo è stato presentato in occasione del **Convegno internazionale organizzato dall'Università del Molise su Le identità del vino**, Campobasso, 8-9 novembre 2024.

POMARICI, Eugenio; SARDONE, Roberta. EU Wine Policy in the Framework of the CAP: Post-2020 Challenges. **Agricultural and Food Economics**, 8:17, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1186/s40100-020-00159-z>.

POMARICI, Eugenio; VECCHIO, Riccardo. Sviluppo sostenibile nella filiera del vino: presupposti, razionalità e coinvolgimento delle imprese italiane. In: Forum della sostenibilità del vino (Ed.). **Primo rapporto di sostenibilità del vino**, 2014. p. 16-33. EAN 978-88-6641-088-1.

RAFFRAY, Ronan. Du droit souple au droit dur: quell droit pur la qualité environnementale des vins sous indication géographique? **BIO Web of Conferences**, 15, p. 1-9, 2019.

RAFFRAY, Ronan. Un jour, l'AOD? Prospective sur l'Appellation d'Origine viticole Durable, fusion de l'origine et de l'environnement. **Open Wine Law**, 3, p. 1-18, 2023. DOI: <https://doi.org/10.20870/owl.2023.7832>.

ROBBE, François. Le cahier des charges, support juridique des signes de qualité. **Revue de droit rural**, 396, p. 27-31, 2011.

ROCHDI, Gabrielle. Les dispositions vitivinicoles de la PAC 2023-27. **Revue de droit rural**, 2, p. 21-26, 2023. HAL Id: hal-04422628.

ROUDIÉ, Philippe. **Vignobles et vignerons du Bordelais (1850-1980)**. Paris: Éditions du CNRS,

1988.

ROUDIÉ, Philippe. Vous avez dit, “Terroir”? Essai sur l’évolution d’un concept ambigu. **Journal international des sciences de la vigne et du vin**, no hors-série, p. 7-11, 2001.

RUGANI, Benedetto; LAMASTRA, Lucrezia. A Common Framework for Sustainability Indicators in the Wine Sector: Dream or Reality? **Current Opinion in Environmental Science & Health**, v. 31, p. 1-6, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.coesh.2022.100408>.

SANTINI, Cristina; CAVICCHI, Alessio; CASINI, Leonardo. Sustainability in the Wine Industry: Key Questions and Research Trends. **Agricultural and Food Economics**, 1, p. 1-14, 2013.

SARDONE, Roberta *et al.* The New CAP and the Challenge of Sustainability: A Synthetic Indicator for the Italian Wine Sector. **Wine Economics and Policy**, v. 12, 1, p. 63-80, 2023. DOI: <https://doi.org/10.36253/wep-13468>.

SAVELLI, Elisabetta; BRAVI, Laura; MURMURA, Federica. The Role of Environmental Certifications in the Wine Industry. **Micro & Macro Marketing**, v. 28, n. 1, p. 21-48, 2019.

SCAVARDA, Federica *et al.* La sostenibilità nella vitivinicoltura italiana: un approfondimento sul vino naturale. **Economia Aziendale Online**. Business and Management Sciences International Quarterly Review, v. 12, n. 2, p. 127-142, 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.13132/2038-5498/12.2.127-142>.

SCOPPOLA, Margherita; ZEZZA, Antonello (Ed.). **La riforma dell’Organizzazione Comune di Mercato e la vitivinicoltura italiana**. Roma: Studi&Ricerche - INEA, 1997.

SMITH, Andy; DE MAILLARD, Jacques; COSTA, Olivier. **Vin et politique**. Paris: Presses de Sciences Po, 2007.

STANZIANI, Alessandro. Produits, normes et dynamiques historiques. **Sociologie du travail**, 45, p. 259-266, 2003.

SZOLNOKI, Gergely. A Cross-National Comparison of Sustainability in the Wine Industry. **Journal of Cleaner Production**, p. 243-251, 2013.

VINCENT, Éric; FUTET, Gilles; GAUTIER, Jacques. L’INAO, acteur majeur de l’évolution du système de valorisation des productions agricoles sous signes garantis par l’État. **POUR**, n. 237-238, p. 141-153, 2020.