

Anais de Artigos Completos - Volume 2 VIII CIDHCoimbra 2023

Organizadores:

Vital Moreira

Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



VIII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA
JÓNATAS MACHADO
CARLA DE MARCELINO GOMES
CATARINA GOMES
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES
LEOPOLDO ROCHA SOARES
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO
VIII CIDHCoimbra 2023
VOLUME 2**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasílica / Edições Brasil
2024**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2024

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração: João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VIII CIDHCoimbra 2023

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabeth David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: Antonio Cesar Galhardi, João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins, Marlene Rodrigues da Silva Aguiar. Colaboração: Valdir Baldo, Glaucia Maria Rizzati Aguiar e Ana Paula Rossetto Baldo.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as. As figuras deste livro foram produzidas pelos/as autores/as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos/as autores/as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos/as respectivos/as organizadores/as, quando os/as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as instituições parceiras do Congresso, assim como as Comissões Científica e Organizadora não são oneradas, coletiva ou individualmente, pelos conteúdos dos trabalhos publicados.

A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo entre estas e os responsáveis pela produção da obra. As editoras, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que os conteúdos resultarão no esperado pelo leitor. Caso seja necessário, as editoras disponibilizarão erratas em seus sites.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VIII CIDHCoimbra 2023 -
Volume 2 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas
/ Jundiá: Brasília / Edições Brasil, 2024.

361 p. Série Simpósios do VIII CIDHCoimbra 2023

Inclui Bibliografia

ISBNs: 978-65-5104-086-3

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica
contato@edbrasilica.com.br / contato@edicoesbrasil.com.br

VIII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

10 a 12 de Outubro de 2023 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 2 - Composição dos Simpósios:

SIMPÓSIO – Presencial 04 DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS Coordenadores: Cláudia Maria Barbosa e José Querino Tavares Neto
SIMPÓSIO – Presencial 05 DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICA CONTEMPORÁNEA Coordenadores: Juan Antonio Martínez Muñoz e Jesús Víctor Contreras Ugarte
SIMPÓSIO – Presencial 06 CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA, DIREITOS CULTURAIS E AMBIENTAIS Coordenadores: Mariella Kraus e Thiago Burckhart
SIMPÓSIO – Presencial 07 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E EFETIVIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS Coordenadores: Marcus Pinto Aguiar e Eduardo Almendra Martins
SIMPÓSIO – Presencial 08 A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, 75 ANOS DEPOIS: REFLEXÃO, PERSPECTIVAS E DESAFIOS Coordenadores: Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda e José María Carabante
SIMPÓSIO – Presencial 10 PESQUISAS EMPÍRICAS E PRÁTICAS INOVADORAS NA AFIRMAÇÃO DE DIREITOS DE GRUPOS VULNERÁVEIS Coordenadores: Thiago Allisson Cardoso de Jesus e Maria Esther Martínez Quinteiro

ISBN: 978-65-5104-086-3

COMISSÃO CIENTÍFICA DO VIII CIDHCOIMBRA 2023:

Membros Titulares:

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Doutor César Augusto Ribeiro Nunes; e Doutor Leopoldo Rocha Soares.

Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes; Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin; Mestre Alexandre Sanches Cunha; Mestre Orquídea Massarongo-Jona

SUMÁRIO

Juventudes e Participação Social: estudos na grande área da educação.....	9
Lucas Andrade Ananias	
O Novo Serviço Público Como Instrumento de Fortalecimento da Democracia e das Políticas Públicas com a Participação Social.....	21
Washington Vitorino da Silva Santos	
Mulheres Negras e o Desafio da Ocupação em Cargos Políticos	36
Thaynara Monique Mendes	
Literacia Mediática Para a Participação Cidadã em Portugal: aportes iniciais	46
Ana Carolina Trindade	
Democracia e Participação Social: reflexões sobre a importância dos movimentos e contramovimentos sociais.....	53
Caroline Kraus Luvizotto	
Por uma Paridade de Armas no Uso Político do Big Data: questões quanto ao uso ético e transparente da Sociologia Relacional nas eleições	64
João Vargas Leal Júnior	
Motivações Para Práticas Colaborativas – Perspetiva do Setor Social.....	74
Jacqueline Batista Rezende	
O Impacto do Discurso Progressista nas Democracias Liberais e a Consequente Formação de Hegemonia Cultural	85
Agatha dos Santos Correia e Laura Dill	
Vozes Amordaçadas: um estudo da participação popular pós acidente minerário de Brumadinho/MG sob a ótica Habermasiana.....	95
Pedro Arruda Junior e Raphaella Abreu	
Violência Estatal e Democracia Blindada no Brasil Recente	108
Andressa Kolody	
¿Son Verdaderos Derechos los Derechos Humanos?	121
Luis Bueno Ochoa	
Los Derechos Humanos: la posibilidad del Derecho Innato.....	133
Ramón de Meer Cañón	

Pluralism and Democracy Under Threat: a call for the European Court of Human Rights to take cultural claims seriously.....	147
Sabrina Praduroux	
Environmental Protection Keywords Within the Constitutions of Morocco, Algeria and Tunisia.....	158
Mario Rafaniello	
O Garantismo Como Fundamento da Constitucionalização dos Direitos Culturais Diante do Hiperpresidencialismo na Democracia Brasileira.....	173
Edson Vieira Abdala	
La Protección Jurídica de los Animales: Italia y Suiza, constituciones comparadas... ..	183
Cinzia Cilento	
O Poder Judiciário Brasileiro e a Perspectiva da Territorialização	198
Mariene dos Santos Pereira	
Il Diritto di Muoversi: L'ordinamento italiano e gli ultimi provvedimenti d'italia in materia d'immigrazione.....	211
Luisa Follador Karam	
European Constitutionalism and <i>Nuevo Constitucionalismo</i> Andino. a needed dialogue for the planet survival.....	222
Piercarlo Melchiorre	
Common European Standard? Hungary's (Non)Compliance With the Rulings of The European Court of Human Rights.....	234
Adrienne Komanovics	
<i>Lanfare</i> e o Princípio da Presunção de Inocência: O caso do presidente Lula e a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU.....	252
Layze Moraes Lopes	
Cooperación y Sinergias Entre la Comisión de Venecia y el TEDH: un esfuerzo en Aras de la promoción de un <i>ius commune</i> electoral.....	267
Iván Ojeda Legaza	
A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 e a Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund, Herzog Vs. Brasil. Da (Im) Prescritibilidade do Poder <i>Puniendi</i> do Estado.....	279
Flávia do Espírito Santo Batista	
La Libertad Religiosa en el Marco de Naciones Unidas	288
Javier López de Goicoechea Zabala	

El Marco Africano de Protección Internacional de los Derechos de la Mujer: una experiencia incipiente	302
José Antonio Perea Unceta	
El Derecho a la Vida y Las Nuevas Incertidumbres Para Garantizar los Derechos de Las Personas con Discapacidad.....	312
María Luisa de Torres Soto	
Los Avances de la Neurociencia y la Necesidad (O No) de Actualizar la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	321
Ana Maria D'Ávila Lopes	
A Busca Ativa e os Ciganos(as) no Município de São Paulo: vamos falar sobre isso?	330
Maria de Fatima de Carvalho	
Perfil das Pessoas Privadas de Liberdade que Cometeram Crimes Contra a Vida e o Patrimônio.....	344
Lucineide Clemente Amâncio	

JUVENTUDES E PARTICIPAÇÃO SOCIAL: ESTUDOS NA GRANDE ÁREA DA EDUCAÇÃO

Lucas Andrade Ananias

Doutorando em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria

Resumo:

Este trabalho apresenta um olhar às dissertações e teses elaboradas em Programas de Pós-Graduação em Educação no Brasil considerando as categorias “Juventudes” e “Participação Social”. Como objetivo geral, pretendeu-se refletir a partir de um estudo exploratório no repositório digital da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior como as pesquisas acadêmicas têm abordado a questão das juventudes e da participação social considerando a Grande Área da Educação. O levantamento realizado apontou para 622 pesquisas que discutiram a categoria “Juventudes” e 13 pesquisas que discutiram a categoria “Participação Social” entre teses e dissertações defendidas entre os anos de 2013 e 2022 no Brasil. Dentre os resultados, observou-se uma diversidade de olhares e contextos de pesquisa acadêmica em um momento posterior à promulgação do Estatuto da Juventude no Brasil. Quanto à participação social, verifica-se a necessidade de melhor definição do conceito e sua utilização como categoria de pesquisa na Grande Área da Educação. Também foi constada a identificação de poucas pesquisas que se debruçaram concomitantemente sobre estas temáticas, demonstrando a existência de uma lacuna a ser preenchida quando se considera a diversidade juvenil e os modos de participação social deste público.

Palavras-chave: Juventudes; Participação social; Educação; Pós-Graduação em educação; Justiça social.

Introdução

O conceito de juventude engloba “[...] um momento do ciclo de vida e, simultaneamente, condições sociais e culturais específicas de inserção dos sujeitos na sociedade” (Minayo; Boghossian, 2009, p. 413). Isso não se resume à preparação para o futuro, como foi amplamente promovido ao longo do tempo. Embora o enfoque de projetos educacionais voltados às juventudes tenha como objetivo um projeto de futuro, os jovens “já são” no tempo

presente (Dayrell; Carrano, 2003) em uma pluralidade que, especialmente a partir dos anos 2000, tem despertado interesse acadêmico. Diversos grupos de pesquisas como o Observatório da Juventude da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e o Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Infâncias, Juventudes e Suas Famílias (GEPIJUF) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) debruçam-se na questão da juventude em sua pluralidade, permitindo maior visibilidade desta categoria.

No ano de 2013, foi instituído no Brasil o Estatuto da Juventude através da Lei Nº 12.852, de 5 de agosto de 2013, que estabelece legalmente uma definição da faixa etária das juventudes. No Brasil, jovens são as pessoas entre 15 e 29 anos (Brasil, 2013). Embora haja um consenso legal sobre as juventudes em relação a uma condição delimitada por uma faixa etária, diversos autores (Pais, 1990; Melucci, 1997; Dayrell, 2003) promovem uma compreensão da cultura como demarcação do tempo de juventude, suas questões sociais e seus modos de vida. Um grupo dinâmico no qual é possível verificar interrelações entre fatores biológicos, sociais e culturais.

O Estatuto da Juventude apresenta como um de seus princípios a participação social e política dos jovens de forma direta e por meio de suas representações. O capítulo II, que aborda o direito dos jovens, traz em sua Seção I o direito à cidadania, à participação social e política e à representação juvenil. Segundo o Art. 4º do Estatuto da Juventude do Brasil,

Art. 4º O jovem tem direito à participação social e política e na formulação, execução e avaliação das políticas públicas de juventude.

Parágrafo único. Entende-se por participação juvenil:

I - a inclusão do jovem nos espaços públicos e comunitários a partir da sua concepção como pessoa ativa, livre, responsável e digna de ocupar uma posição central nos processos políticos e sociais;

II - o envolvimento ativo dos jovens em ações de políticas públicas que tenham por objetivo o próprio benefício, o de suas comunidades, cidades e regiões e o do País;

III - a participação individual e coletiva do jovem em ações que contemplem a defesa dos direitos da juventude ou de temas afetos aos jovens; e

IV - a efetiva inclusão dos jovens nos espaços públicos de decisão com direito a voz e voto. (Brasil, 2013, p. 2-3).

De acordo com o Estatuto da Juventude, associações, redes, movimentos e organizações juvenis devem ser incentivadas pelo poder público de modo que se configurem como canais de interlocução com órgãos governamentais. Os conselhos de juventude exemplificam possibilidades desta interlocução. Em um momento crítico no qual a sociedade contemporânea convive com constantes ameaças à democracia por parte de movimentos extremistas e repressivos que negligenciam e desprezam determinados grupos

sociais, a abordagem proposta por Gohn (2012) remete ao desenvolvimento de saberes capazes de orientar práticas sociais que levam à participação em coletivos, o que, conseqüentemente, representa um enfrentamento a estas ameaças. “Cidadãos éticos, ativos, participativos, com responsabilidade diante do outro e preocupados com o universal e não com particularismos, implica retomar as utopias e priorizar a mobilização e a participação da comunidade educativa na construção de novas agendas.” (p. 73).

Faz-se necessário refletir sobre o contexto de educação no qual grupos de jovens manifestem suas ideias e tenham a possibilidade de se repensarem enquanto jovens, capazes de atuar na sociedade. Dayrell (2003) argumenta que cabe aos educadores perguntarem-se sobre os espaços e situações nos quais a juventude pode dialogar com o mundo, aprofundando sua compreensão de si e da sociedade na definição dos projetos de vida. Se até pouco tempo o público juvenil era visto como às margens da sociedade por não se comportar dentro de um padrão social previamente estabelecido, hoje este público pode encontrar-se às margens por não se sentir aceito a partir de determinadas características que, singularmente, aproxima-os de outros jovens.

Ao falar sobre a pluralidade das juventudes, também é necessário compreender que o engajamento dos jovens frente a temas como a inserção no mundo do trabalho e as diferentes formas de viver o próprio tempo de juventude, requisita uma participação cujas dimensões são amplas e diversas.

A análise do processo de emancipação social, política, econômica e cultural remete-nos a refletir sobre vários temas na sociedade, a saber: direitos (civis, culturais e políticos), poder, dominação etc. Inúmeros processos sociopolíticos emergem nesta análise, tais como: participação, democracia (representativa e participativa), cultura (em suas inúmeras manifestações, principalmente política), cidadania (individual e coletiva), liberdade, resistência, humanização, conscientização etc. (Gohn, 2010, p. 56).

Segundo Castro (2008), é possível compreender a dinâmica da participação social e política de jovens a partir do sentimento de pertencimento a um grupo, o que leva à identificação de demandas, compreensão da responsabilidade de seu papel social e participação ativa diante do desenvolvimento de ações que afetam o coletivo. É nesta intersecção que perpassa o conceito da política não apenas como atividade institucionalizada ou partidária, mas desenvolvida em diferentes espaços formativos. “Democracias sólidas y fuertes requieren de ciudadanos activos y responsables de instituciones que aseguren el ejercicio de tal ciudadanía en condiciones de una justa igualdad para todos.” (Murillo; Román; Hernandez-Castilla, 2012, p. 5). Por esta via, a participação social e política do jovem relaciona-se a

[...] todas as experiências de comparecimento e de adesão dos jo-

vens a um espaço de disputas em torno do que vai mal no seu entorno e na sociedade em geral, que os leva, consequentemente, a assumirem ações junto com outros em prol da igualdade, da justiça e da emancipação. (Castro, 2018, p. 254).

De acordo com Carrano (2012), os jovens tendem a se engajar mais nas causas em que acreditam do que nas instituições as quais pertencem. As participações em agremiações escolares e partidos políticos coabitam novas formas de associativismo juvenil, as quais se relacionam às mudanças socioeconômicas enfrentadas pela sociedade e aos novos meios de comunicação. O engajamento das juventudes pode posicionar seus atores em pautas diversas, entre elas as relacionadas à cultura, ao reconhecimento de direitos da mulher, da juventude afro, da manifestação da diversidade sexual, entre outras identidades coletivas.

A participação e o engajamento na juventude não significam necessariamente a preparação para uma inserção na vida pública. Segundo Arroyo (2015), a presença diversificada de conhecimentos, culturas e valores enriquecem os movimentos sociais. Fomentar o respeito e o reconhecimento das diversidades em um ambiente multifacetado no qual os jovens estão envolvidos com questões contemporâneas permitiria o estabelecimento de relações sociais capazes de promover o exercício de cidadania.

No campo da educação e de suas interfaces, a abordagem da participação social pode contribuir em aspectos relacionados à justiça social, considerando o tripé do reconhecimento, da redistribuição e da representação apontado por Minussi e Ramos (2021). Muitas pesquisas podem estar explorando estes aspectos sem identificar suas interrelações. Além disto, quando a participação social é pesquisada a partir das experiências juvenis, pode repercutir de maneira a romper com a ideia de que o jovem não participa ativamente dos processos decisórios em questões pertinentes às suas trajetórias de vida. Neste sentido, verificar o modelo de participação social que está abordado nas pesquisas acadêmicas permitiria a identificação de lacunas em uma discussão necessária, a qual requer maiores contribuições acadêmicas, desde uma definição conceitual mais específica acerca da participação social na Grande Área da Educação ao seu reconhecimento como um dos princípios ratificados pelo Estatuto da Juventude.

Um olhar às produções acadêmicas

O desenvolvimento de uma pesquisa pode “[...] mudar a questão em estudo ou produzir conhecimento relevante em termos práticos, produzir ou promover soluções para problemas concretos.” (Flick, 2009, p. 21). Avanços, silenciamentos e demandas são alguns dos aspectos que podem ser analisados através da identificação e seleção para leitura de pesquisas já realizadas a partir de um estudo exploratório, capaz de proporcionar maior familiaridade

com o tema.

O objetivo geral deste trabalho é refletir a partir de um estudo exploratório no repositório digital da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) como as pesquisas acadêmicas têm abordado a questão das juventudes e da participação social considerando a Grande Área da Educação. São objetivos específicos: a) identificar pesquisas relacionadas às juventudes e à participação social defendidas entre os anos de 2013 e 2022 indexadas no repositório digital da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) considerando a Grande Área da Educação; b) compreender como pesquisas realizadas em Programas de Pós-Graduação em Educação abordaram aspectos relacionados às juventudes e à participação social; c) sistematizar alguns achados desta pesquisa para estabelecer aproximações entre as categorias juventudes e participação social.

Considerando aspectos relacionados às juventudes, Melucci (1997) faz referência ao movimento estudantil dos anos 1960, às ações coletivas lideradas por grupos jovens nos anos 1970, às manifestações pacifistas e ambientalistas na década de 1980 e às mobilizações cívicas dos anos 1990. São estas referências que remetem aos primeiros interesses acadêmicos pela faixa etária juvenil, possibilitando relacioná-la com aspectos de participação. Para a discussão destes conceitos, foi realizado levantamento de dissertações e teses defendidas em Programas de Pós-Graduação em Educação, as quais se encontravam indexadas no repositório digital da CAPES. Considerando o seu mecanismo de busca, foram pesquisados os termos “Juventudes” e “Participação Social”. Cada termo foi pesquisado individualmente, sendo utilizado o sinal de aspas (“”) para restringir ao máximo os resultados. Os critérios de pesquisa aplicados foram os seguintes: Tipo: Dissertação e tese; Ano: 2013-2022; Grande área do conhecimento: Ciências humanas; Área do conhecimento: Educação; Avaliação: Educação; Concentração: Educação; Nome do programa: Educação.

No levantamento quantitativo realizado no dia 13 de março de 2023, foram identificadas 622 pesquisas entre dissertações e teses sobre as juventudes em seus mais diversos contextos e 13 pesquisas entre dissertações e teses sobre a participação social na Grande Área da Educação. Das 622 pesquisas relacionadas às juventudes, 471 autorizavam a divulgação dos resultados a partir do repositório digital da CAPES.

Foram selecionados para leitura dos títulos e resumos os trabalhos que traziam “Juventude” como palavra-chave. Observam-se trabalhos desenvolvidos em uma diversidade de olhares e contexto, abordando questões relacionadas a espaços formativos, à entrada no mundo do trabalho, à juventude no campo, às mídias digitais, às sexualidades e às relações de gênero, à diversidade étnico-racial, à saúde mental, à utilização de substâncias psicoativas e redução de danos, entre outras. No entanto, é preciso ponderar que,

embora seja um número alto de produções, apenas 20 trabalhos indicaram no resumo a escuta dos jovens e a relação das pesquisas com o contexto de educação não formal. Também timidamente verificou-se a abordagem da participação social, política e o engajamento dos jovens em questões contemporâneas, abrindo margem para que novas pesquisas se debruçam na relação deste tema.

A pesquisa por dissertações e teses que abordassem a participação social na Grande Área da Educação identificou 13 pesquisas defendidas no período entre 2013 e 2022, das quais apenas 8 permitiam a sua publicização e, destas, apenas 3 estavam relacionadas às juventudes. Um número bastante reduzido, o que indica a necessidade de exploração desta temática e melhor definição conceitual como categoria de pesquisa na Grande Área da Educação.

É importante constatar que a proposta de compreender a participação de jovens na sociedade pode levar a outros conceitos, tais como participação política, participação democrática, participação cidadã, entre outras que não foram avaliadas neste primeiro momento. Outro argumento que ajuda a compreender o reduzido número de pesquisas está justamente na área avaliada, visto que a aplicação dos mesmos critérios considerando áreas como as Ciências Sociais, as Ciências Políticas, Comunicação Social, entre outras, podem apresentar conceitualizações mais específicas sobre a participação social.

Alguns apontamentos sobre as juventudes e a participação social

A participação social dos jovens não é um fenômeno recente. Bango (2003) cita que os comportamentos das juventudes a partir de diversas mobilizações ocorridas nas décadas de 1960 e 1970 espelhava o inconformismo de alguns grupos universitários em um período histórico conturbado, de privação de direitos e de repressão. No entanto, os movimentos estudantis, outrora engajados neste inconformismo e na luta por mudanças estruturais, foram perdendo força no decorrer das décadas seguintes. Assim, difundiu-se uma ideia, por vezes generalizada, de que esta geração se caracterizava como uma juventude mobilizada e participativa.

Na tentativa de desmistificar esta visão equivocada de que gerações anteriores contrastam com gerações contemporâneas no que se refere aos processos participativos, Dayrell e Carrano (2014) atentam à importância de alguns aspectos. Dentre eles, os autores destacam a condição socioeconômica dos jovens, sua formação teórica e a construção de espaços para o exercício democrático, ambos implicados no processo de participação.

[...] a participação nos remete à ideia de adesão das pessoas em agrupamentos produzidos nas variadas dimensões de organização da sociedade. Em um sentido mais estrito, a noção de participação

nos remete à *presença ativa* dos cidadãos nos processos decisórios das sociedades. (Dayrell; Carrano, 2014, p. 121, grifo dos autores).

As dissertações e teses catalogadas nesta pesquisa apontam para os dois sentidos. No primeiro sentido, situa-se a construção de um modelo de sociedade justa e efetivamente democrática, que decorre do engajamento de determinados grupos em prol de ações coletivas. De acordo com Freire (1987), esse movimento é a preparação para um plano de ação com base nos objetivos que se almeja. Aqui reside uma consciência de realidade e luta por transformações. Trata-se, portanto, de uma participação que se configura como compromisso com o coletivo e com o social. O segundo sentido refere-se às experiências juvenis compreendidas no individual e no coletivo a partir de uma visão macrosociológica (Melucci, 1997).

Dayrell, Gomes e Leão (2010) referem que em espaços institucionalizados como partidos políticos, sindicatos e administrações públicas, existe uma falta de estímulo à participação juvenil. No caso do Brasil, aspectos da emancipação humana, formação política e processos socioeducativos das juventudes repercutem em engajamentos e movimentos isolados. A participação social nesta faixa etária caracteriza-se como um fenômeno decorrente de objetivos bastante específicos, os quais se desfazem com a mesma fluidez com a qual os jovens se mobilizaram. Algumas ações juvenis decorrem a partir de causas nas quais os jovens acreditam, tais como o movimento das ocupações de escolas públicas ocorridas no Brasil nos anos de 2015 e 2016 que foram estudadas em algumas das dissertações identificadas nesta pesquisa (David, 2019; Marques, 2019). Uma reflexão sobre a mobilização, a autonomia e o ativismo político dos jovens foram alguns dos aspectos provocados a partir destes estudos.

As leituras dos resumos também contribuíram para depreender que a participação das juventudes não está relacionada apenas a uma atividade institucionalizada ou partidária, pois ela pode se desenvolver de maneira organizada e transpassar os diferentes espaços formativos com família, escola, cidade, entre outros, conforme aponta Carrano (2012). Um olhar para os espaços da cidade expande as possibilidades de pesquisa para o próprio território por onde o jovem circula e é potencialmente participativo, pois a partir da própria cidade é possível conhecer diversas realidades. Observá-las é ir além da história, da cultura, dos parques e dos edifícios. É pensar no meio ambiente, na política, na economia, nas questões sociais, na diversidade que faz parte do cotidiano das juventudes. Considerar a cidade nestas pesquisas possibilitaria o refinamento do olhar para as pessoas, para os seus comportamentos e problemas que surgem da convivência e das relações, permitindo refletir acerca da complexidade ao redor.

Diante da apropriação do jovem dos espaços da cidade, é possível constatar a dinâmica da participação social e política dos jovens em determi-

dados territórios ou grupos (Castro, 2008). Neste caso, seria possível identificar algumas das demandas próprias das juventudes, a compreensão da responsabilidade de seu papel social e a participação ativa a partir do desenvolvimento de ações que afetam o coletivo.

Carrano (2006) provoca os pesquisadores a ampliar as investigações sobre a participação dos jovens na redefinição dos sentidos de política. O autor refere sobre a desconfiança depositada pelos jovens na política tradicional, percebendo a necessidade do engajamento deste público em outras esferas participativas. Conforme Dayrell e Carrano (2010), “[...] há um esvaziamento das instâncias políticas clássicas, como os partidos e sindicatos e até mesmo o movimento estudantil como espaços privilegiados da participação juvenil. Parece haver, por parte dos jovens, uma negação dessas formas tradicionais de participação.” (p. 245).

A decepção dos jovens com a política tradicional, segundo Silva e Ri-suenho (2006), está relacionada à pobreza, à desigualdade e à falta de oportunidades. O envolvimento com questões que caracterizam e mobilizam um determinado grupo configura-se como possibilidades de participação dos jovens na sociedade. E para uma efetiva participação, as condições socioeconômicas deste público não devem ser desprezadas. A partir de condições mais adequadas, do respeito e do reconhecimento da diversidade, seria possível promover uma maior presença do jovem na vida pública, levando-o a participar de ações coletivas capazes de se articular com melhorias na sociedade.

Tomizaki e Daniliauskas (2018) entendem que o ambiente escolar deveria criar oportunidades para a participação dos alunos, de modo a estimular o debate e a vivência democrática. Esta percepção converge com a visão de Leão, Gomes e Dayrell (2006) ao defenderem uma mobilização das juventudes em torno da escola. Neste sentido, contribui a tese de Peçanha (2020) ao problematizar os sentidos da participação política em um modelo de escola tradicional. Como instituição que mais atinge os jovens, a escola poderia tornar-se um espaço também para a vida coletiva e participação social, pois em uma sociedade democrática, a educação convive com princípios de justiça social, dentre os quais faz parte a participação (Murillo; Román; Hernandez-Castilla, 2012).

As percepções sobre resistências e o modo como o jovem se insere e se apropria de determinados espaços deveriam ainda considerar os aspectos socioeconômicos e a singularidade das experiências de vida quando se fala sobre participação. Estas questões ajudariam a compreender como a participação e a mobilização afetam as experiências juvenis e, por conseguinte, reverberam na sociedade como um todo. Ao realizarem uma revisão crítica dos estudos brasileiros que abordam a educação, as juventudes e a política, Tomizaki e Daniliauskas (2018) buscaram tendências que refletissem sobre o tema. Do mesmo modo que Carrano (2012), os autores entendem que há

uma desilusão dos jovens com a política tradicional e rejeição aos mecanismos institucionalizados de participação.

As demandas sociais estão interligadas a um mundo veloz e globalizado. Um exemplo desta discussão recai nos estudos que se debruçaram no movimento das ocupações anteriormente citado. As dissertações de David (2019) e Marques (2019) indicam aspectos como mobilização, autonomia e ativismo político. A mobilização dos jovens, de acordo com Melucci (1997), significa “[...] retomar o controle sobre suas próprias ações, exigindo o direito de definirem a si mesmos contra os critérios de identificação impostos de fora” (p. 13).

Estas mobilizações juvenis não surgiram a partir dos modelos de participação hegemônicos. Elas utilizaram-se de novas plataformas e canais de comunicação, como aplicativos de mensagens e redes sociais. A expansão tecnológica dos últimos anos, em especial considerado o alcance das mídias e redes sociais utilizadas como meio de comunicação por ocasião das ocupações, também demonstram a necessidade de ampliar a compreensão sobre os modos de participação das juventudes neste cenário de rápidas e constantes transformações sociais.

As dissertações de David (2019) e Marques (2019) sublinham ainda a importância de considerar a resistência e reconhecimento nos quais se observa a participação dos jovens. A sua representatividade em projetos que tenham por objetivo o respeito à pluralidade e à coletividade são fundamentais quando se observam discursos que ameaçam e impedem o reconhecimento da diversidade. A constatação de várias possibilidades de mobilização dos jovens revelaria processos participativos e contribuiria na busca por condições justas de igualdade através do respeito com a diversidade de seus atores e com a promoção e defesa de sua atuação nos mais variados espaços formativos.

Considerações finais

A realização de uma pesquisa sobre juventudes e participação social no repositório digital da CAPES para averiguação das produções acadêmicas mais recentes relacionadas a estas temáticas, considerando-se dissertações e teses, possibilitou a identificação de lacunas a serem preenchidas por outras pesquisas. Este estudo exploratório permitiu maior familiarização com o tema, levando a alguns importantes achados sobre contextos e olhares de pesquisas realizadas em Programas de Pós-Graduação em Educação no Brasil. Embora se esteja falando sobre a Grande Área da Educação, é importante sublinhar que outras produções inseridas em suas interfaces não foram contabilizadas neste levantamento de dados.

Entre os anos de 2013 e 2022, foram defendidas 622 pesquisas sobre juventudes e 13 pesquisas sobre participação social entre dissertações e teses

na Grande Área da Educação. Nem todas as pesquisas estavam publicizadas no repositório digital da CAPES. Observou-se um grande número de pesquisas que abordaram as juventudes em um momento posterior à promulgação do Estatuto da Juventude no Brasil.

Dos trabalhos catalogados considerando o descritor “Juventude”, observou-se que 20 pesquisas traziam a escuta do jovem como sujeito e proximidades com questões relacionadas à participação social. Nestas pesquisas, evidenciaram-se algumas dimensões para uma análise mais aprofundada. Em primeiro lugar, seria essencial ampliar o diálogo da participação social em relação ao conceito de justiça social, pois ele permeia uma ampla gama de investigações científicas no campo da educação e em suas interfaces. Trata-se, portanto, de um campo de pesquisa que pode ser vislumbrado de maneira mais aprofundada nos estudos em Programas de Pós-Graduação em Educação. Em segundo lugar, seria importante abordar esse conceito considerando o reconhecimento, a redistribuição e a representação que compõem o tripé da justiça social, visto que muitos estudos podem estar explorando esses aspectos sem necessariamente identificá-los em suas interrelações. Em terceiro lugar, seria necessário estabelecer uma clara definição sobre o que se entende por participação ao propor sua investigação na Grande Área da Educação, a fim de criar um conceito que facilite a identificação de estudos e pesquisas relacionados a esse tema específico.

Alguns dos achados neste levantamento de dados permitiram o início de uma discussão que destaca a necessidade da continuidade de estudos que aproximem as juventudes e a participação social em diferentes espaços formativos. Nesta direção, também foram abertas possibilidades para refletir acerca das estratégias metodológicas a serem adotadas na execução de pesquisas acadêmicas, de modo que novas pesquisas escutem o que o jovem tem a dizer sobre os espaços nos quais circulam e as possibilidades de exercer o direito de participação social.

Referências

ARROYO, Miguel González. Os movimentos sociais e a construção de outros currículos. **Educar em Revista**, Curitiba, Brasil, n. 55, p. 47-68, jan./mar. 2015.

BANGO, Julio. Políticas de juventude na América Latina: identificação de desafios. In: FREITAS, Maria Virgínia de; PAPA, Fernanda de Carvalho. **Políticas públicas: juventude em pauta**. São Paulo: Cortez: Ação Educativa: Fundação Friedrich Ebert, 2003, p. 33-55.

BRASIL. Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013. **Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE**, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12852.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

CARRANO, Paulo Cesar Rodrigues. A participação social e política de jovens no

Brasil: considerações sobre estudos recentes. **O Social em Questão**, ano XV, n. 27, p. 83-100, 2012.

CASTRO, Lúcia Rabello de. Participação política e juventude: do mal-estar à responsabilização frente ao destino comum. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 235-268, jun. 2008.

DAVID, Franciele Maria. **Movimento das Ocupações Escolares**: “O fazer político dos jovens secundaristas” no município de Francisco Beltrão. 2019. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Francisco Beltrão, PR, 2019.

DAYRELL, Juez Tarcísio. O jovem como sujeito social. **Revista Brasileira de Educação**. n. 24, set-out-nov-dez, 2003, p. 40-52.

DAYRELL, Juez Tarcísio; CARRANO, Paulo Cesar Rodrigues. **Jovens no Brasil**: difíceis travessias de fim de século e promessas de um outro mundo. 2003. Disponível em: <http://www.emdialogo.uff.br/sites/default/files/JOVENS_BRA-SIL_MEXICO.pdf> Acesso em 15 fev. 2023.

DAYRELL, Juez Tarcísio; CARRANO, Paulo Cesar Rodrigues. Juventude e ensino médio: quem é este aluno que chega à escola. *In: Juventude e Ensino Médio*: sujeitos e currículos em diálogo. *In: DAYRELL, Juez Tarcísio; CARRANO, Paulo Cesar Rodrigues; MAIA, Carla Linhares*, organizadores. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014. p. 102-133.

DAYRELL, Juez Tarcísio; GOMES, Nilma Lino; LEÃO, Geraldo. Escola e participação juvenil: É possível esse diálogo?. **Educar em Revista**. Curitiba. n. 38, p. 237-252, 2010.

FLICK, Uwe. **Desenho da pesquisa qualitativa**. Porto Alegre: Bookman/ Artmed, 2009.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GOHN, Maria da Glória. **Educação não formal e o educador social**: atuação no desenvolvimento de projetos sociais. São Paulo: Cortez, 2010.

MARQUES, Eduardo Henrique de Freitas. **Movimentos Sociais Estudantis em fins de 2016**: uma análise das ocupações escolares em Ituiutaba – MG. 2019. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, 2019.

MELUCCI, Alberto. Juventude, tempo e movimentos sociais. **Revista Brasileira de Educação**. n. 5 e n. 6, mai-dez., 1997, p. 5-14.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; BOGHOSSIAN, Cynthia Ozon. Revisão sistemática sobre juventude e participação nos últimos 10 anos. **Revista Saúde e Sociedade**. São Paulo, v. 18, n. 3, 2009, p. 411-423.

MINUSSI, Valéria Pereira; RAMOS, Nara Vieira. Justiça Social: uma trajetória conceitual. **Teias**. Rio de Janeiro, v. 22, p. 300-315, 2021.

MURILLO, Francisco Javier Torrecilla; ROMÁN, Marcela; HERNANDEZ-CASTILLA, Reyes. **Justicia social y justicia social en educación**. Madrid: Borrador, 2012.

PAIS, José Machado. A construção sociológica da juventude - alguns contributos. **Análise social**. V. XXV (105-106), 1990, p. 139-165.

PEÇANHA, Valéria Lopes. **Sem temer**: demandas de gênero e deslocamentos na tradição do movimento estudantil do Colégio Pedro II. 2021. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2021.

SILVA, Lúcia Isabel; RISUENHO, Rosely. Belém: duas lições sobre a participação política. **Democracia Viva**, n. 30, p. 14-15. Jan/Mar 2006.

TOMIZAKI, Kimi; DANILIAUSKAS, Marcelo. A pesquisa sobre educação, juventude e política: reflexões e perspectivas. **Pro-Posições**, v. 29, n. 1, p. 214-238, 2018.

O NOVO SERVIÇO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COM A PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Washington Vitorino da Silva Santos

Universidade de Coimbra, Mestrando em Administração Público-Privada, Pós-Graduado em Aperfeiçoamento em Administração Pública, Pós-Graduado em Direito Público Municipal, Advogado

Resumo:

A pesquisa tem por objeto central avaliar a importância do Novo Serviço Público como possível instrumento de fortalecimento da democracia e das políticas públicas com participação social consciente e cidadã. Sua relevância temática reside no fato de que, no contexto mundial atual, é indispensável o fortalecimento da democracia e do Estado Democrático de Direito, além da participação efetiva e direta do cidadão na tomada de decisão no poder público, fator este que é devidamente suprido no modelo gestor do *New Public Service*, que diferentemente de seus predecessores, buscou promover a aproximação do cidadão com a administração pública de maneira proativa. A temática se enquadra nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de número 10 (Reduzir as desigualdades) e 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes) da Organização das Nações Unidas (ONU), fundamentando a relevância da temática. Seu objetivo é analisar o Novo Serviço Público como potencial instrumento de fortalecimento da democracia efetivamente participativa e de promoção de políticas públicas fundamentadas no interesse público primário. A metodologia adotada consistente na revisão bibliográfica e documental. A hipótese inicial é a de que a utilização da teoria do Novo Serviço Público pode servir como ferramenta para o fortalecimento da democracia, na tomada de decisões no âmbito das organizações públicas e para a solidificação da participação social e criação de políticas públicas voltadas ao interesse público. Com isso, os resultados podem apresentar dados extremamente importantes e verticalizados, além de causar impactos acadêmicos e práticos, na esfera privada ou no poder público, e indiretamente a outros *stakeholders*.

Palavras-chave: Novo serviço público; Participação social; Cidadania; Democracia; Políticas públicas.

Introdução: Os modelos gestionários e a participação popular

A administração tem suas origens por vezes a tempos remotos, tendo alguns estudiosos relatado como marco da primeira manifestação administrativa o relato bíblico de quando Moisés organizou o povo escolhido. Conforme esta linha, a administração sempre existiu, tendo a mesma evoluído ao longo dos tempos, assim como a figura do administrador.

As mudanças de paradigma na Administração Pública, a prestação de serviços públicos com eficiência e economicidade, bem como a participação popular são temas recorrentes nos estudos das políticas públicas em todo o mundo, independentemente do espectro político do governo.

De acordo com os ensinamentos de Alves (2015), desde sua criação, o Estado Social tem como objetivo fundamental fornecer assistência aos cidadãos mais necessitados, sendo essa uma área importante de atuação para os governos que desejam minimizar os efeitos negativos do capitalismo. O Estado passou a oferecer benefícios sociais como um direito para todos os cidadãos, especialmente o direito às condições mínimas de qualidade de vida.

Conforme Peters (2000), mesmo com a alternância de governantes, persistem as significativas políticas públicas reformistas do Estado, que evoluíram de um modelo burocrático impessoal, centralizador e hierarquizado para um modelo mais flexível, descentralizado e focado em satisfazer as necessidades do cidadão. Essas mudanças foram impulsionadas por diferentes fatores, especialmente crises econômicas e políticas.

Entre as décadas de 1950 e 1970, o Estado adotou duas abordagens distintas, uma sob a influência de Weber, com foco na atuação sociológica e organização da administração pública, e outra sob a influência de Keynes, com foco na economia. No entanto, o Estado continuou a crescer, buscando responder aos novos desafios sociais e econômicos (Rosa, 2019).

Araújo (2007) destaca que o modelo de organização weberiano se baseia no controle hierárquico e na estabilidade, no sistema de carreiras, na imparcialidade, na construção de regulamentos internos e na conformidade com as normas. Por outro lado, Rocha (2014) afirma que para Weber, as organizações burocráticas eram superiores a outras formas de organização devido à sua precisão, conhecimento, rapidez de ação, subordinação restrita e à redução de recursos materiais e humanos. O crescimento da burocracia nos Estados europeus se deu devido à expansão da atuação estatal no pós-guerra e a causas particulares da Europa, como a centralização administrativa, a fraqueza dos partidos e dos parlamentos, e a instabilidade governamental. Esse clima de incertezas foi o principal gerador dos modelos burocráticos.

De acordo com Araújo (2007), o modelo de organização da Adminis-

tração Pública baseado na burocracia apresentou dificuldades para os Estados ocidentais no final dos anos 70 pois não conseguiu oferecer inovações suficientes para lidar com a crise da época, o que afetou o Estado-Providência em todos os países industrializados, aumentando a pressão por serviços públicos de qualidade. Isso levou a um aumento da despesa pública e da demanda por melhores serviços públicos pelos cidadãos.

Pedro Nunes (2006) critica o modelo burocrático, argumentando que ele não separa claramente a política pública da administração e da racionalidade econômica, o que resulta na falta de preocupação com a eficiência e a utilização de processos *top down* que não atendem às necessidades dos cidadãos destinatários. Max Weber, segundo Cançado (2013), reconheceu a falha do modelo burocrático e defendeu a necessidade de limitar a burocracia diante das dinâmicas políticas para evitar a “dominação burocrática da política”.

Outras críticas apontam para a desumanização dos serviços públicos baseados na burocracia, rígidos e distantes dos cidadãos, tendentes ao favorecimento da classe média em detrimento da classe mais pobre (Rocha, 2014).

Nesse cenário de declínio, constatou-se a ineficácia do Estado de bem-estar social, à medida que as crises econômicas e fiscais enfraqueceram e sobrecarregaram os governos, incapazes de fornecer respostas aos problemas e levando a um atraso do sistema diante da rápida evolução da sociedade globalizada. As teorias críticas do sistema burocrático minaram a capacidade de ação do Estado, e a necessidade crescente de reduzir despesas públicas, especialmente com pessoal, abriu espaço para a adoção de novas teorias e modelos gerenciais. Além disso, havia uma crença de que o mercado poderia fornecer serviços mais eficientes que o Estado, o que influenciou as reformas administrativas, conforme Pedro Nunes (2006).

Vários governos de orientação neoliberal surgiram em importantes países como a Inglaterra (1979), Estados Unidos (1980), Alemanha (1982) e Dinamarca (1983). Essa nova abordagem de Estado não se coaduna com o modelo burocrático, dada a percepção de que a atribuição excessiva de poder ao Estado no aspecto econômico resulta em ineficiências e disfuncionalidades. Em vez disso, foi considerado mais seguro confiar ao livre mercado a responsabilidade de promover a justiça social.

O Estado de Bem-Estar Social foi contraposto pelo modelo neoliberal que, após a Segunda Guerra Mundial, adotou uma economia mista que combinava a oferta de serviços públicos pelo Estado, a prestação de serviços pelo mercado, a ajuda voluntária e o suporte familiar. Contudo, com a crise do modelo Weberiano, mesmo com o financiamento estatal de grande parte dos serviços, o mercado assumiu um papel mais forte na oferta de serviços, enquanto as famílias passaram a ser responsáveis pela maior parte das respostas, como apontado por Green e Clarke (2016).

O modelo neoliberal dos anos 1980 e 1990 surgiu como uma alternativa para lidar com a crise do Estado Social. Essa abordagem propôs um sistema baseado em um mercado que atende àqueles que têm poder aquisitivo e instituições locais que cuidam dos grupos mais vulneráveis, visando a criação de um *welfare* otimizado. Segundo Paes de Paula (2005), o neoliberalismo entende o papel do Estado de maneira economicista, mas não necessariamente mínima, ou seja, a atuação estatal seria suficiente para proteger os cidadãos de possíveis ameaças, garantir autonomia para o desenvolvimento, criar uma estrutura de competição e cooperação eficientes, viabilizar o bom funcionamento do livre mercado e proporcionar um ambiente seguro para os cidadãos, que teriam acesso aos recursos necessários para competir.

A política neoliberal gerou exclusão social ao não considerar a regulação do mercado e o controle da economia como deveres estatais, deixando a promoção dos direitos sociais a cargo do mercado e da sociedade. Essa exclusão não afetou apenas países periféricos, mas também países ricos da Europa, como França e Alemanha, onde se tornou um tema central na política social (Muller, 2000).

Desde o início do século XX, havia uma tentativa de distinguir administração pública e gestão empresarial, mas foi na década de 1970 que se buscou adaptar e transferir conhecimentos e técnicas gerenciais do setor privado para o setor público, culminando no New Public Management, também conhecido como Nova Administração Pública ou Managerialismo.

Correia, de Jesus & Mendes (2017), afirmam que, respaldando-se no posicionamento de Bilhim (2006), a administração pública pode utilizar das ferramentas técnicas disponibilizadas pela administração privada para solucionar seus problemas, por se tratar de atos essencialmente de gestão, em ambos os paradigmas.

Em suma, o New Public Management defende a promoção da gestão pública com o fim de eliminar ineficiências e disfunções através de instrumentos e técnicas da gestão empresarial. O objetivo é substituir a burocracia maléfica por um sistema baseado em mérito, eficiência e melhoria dos serviços públicos, reduzindo assim o tamanho do Estado. Essa abordagem é apoiada por autores como Rocha (2000), Bilhim (2013) e Araújo (2000).

Na liça de Correia, Mendes e Freire (2019) uma administração pública mais eficiente, eficaz, direcionada para o cidadão e na qualidade do serviço prestado, seria o foco do modelo emergente, que pretendia, em suma, uma reforma de modernização da máquina pública.

O Novo Serviço Público e seus princípios ligados à cidadania e democracia

Segundo Silva (2000), para que seja realizada uma reforma da gestão pública deve ser mudada a filosofia e posicionamento para que seja criada

uma administração dos cidadãos, envolvendo o Estado e a sociedade em geral. Considera o autor que é neste sentido que se desenvolve o *New Public Service*, por Denhardt (2012), colocando em causa as administrações predecessoras Weberiana e Nova Gestão Pública, tendo como basilares a cidadania participativa, a comunidade, a sociedade civil organizada, o humanismo organizacional e a Nova Administração Pública como abordagem pós-modernista da Administração Pública.

Diversas propostas têm surgido, como a do Novo Serviço Público (Denhardt, 2012), cujos fundamentos valorizam a importância do serviço público e reforçam os princípios da democracia, da cidadania e do interesse público como valores preeminentes da administração pública. Com isso, o NSP busca renovar o compromisso com os valores democráticos, expressos na liderança e na gestão das entidades públicas. Segundo Denhardt (2012), essa abordagem visa remodelar a perspectiva básica do campo da administração pública, passando de uma preocupação tradicional com eficiência e desempenho para um interesse equilibrado em prol da responsividade democrática. Desse modo, a conceção do Novo Serviço Público colabora para a reestruturação do Estado, promovendo uma mudança de paradigma na busca por uma gestão mais participativa.

Ainda conforme os ensinamentos de Correia & Pereira (2020), o NSP tem como precursores as Teorias de Democracia Participativa, os Modelos de Democracia de Comunidade e Sociedade Civil, o Humanismo Organizacional, a Nova Administração pública e a abordagem Pós-Modernista da Administração Pública.

Segundo as Teorias da Democracia Participativa o cidadão deve assumir um papel de atividade e envolvimento de modo que seus deveres e direitos sejam o seu alvo, tendo em vista que a capacidade de o indivíduo poder exercer influência no sistema político emana da cidadania. Conforme estas teorias, o cidadão estará a liderar a governação quando envolto em solidariedade e comprometimento, atrelados ao senso de justiça, participação pública e deliberação, por fim, um outro elemento que deverá estar presente é a consciência de que o interesse público primário deverá se sobrepor aos desejos pessoais ou mesmo de determinados grupos de interesse (Denhardt; Denhardt, 2007).

No que tange aos Modelos de Comunidade e Sociedade Civil há de se apontar que estão cada vez mais presentes e são fundamentadas na confiança e trabalho de equipa, denotando uma comunicação e resolução de problemas fortalecidas. Muito embora a sociedade tenha apresentado demonstrações de insatisfação com os *stakeholders* da esfera governamental e política, ainda permeia nela o desejo apresentar-lhes os seus desejos, na intenção de serem ouvidos e atendidos, motivo pelo qual devem os gestores estar atentos para o real papel do cidadão, buscando a manutenção do debate e diálogo através de redes interativas solidificadas em confiança mútua, onde o elo

cidadão-Estado será criado, renovando o sentido de comunidade e cidadania (Denhardt; Denhardt, 2007).

Afirmam ainda os pesquisadores que, o Humanismo Organizacional e Nova Administração Pública, estão alicerçados na manutenção do apoio às necessidades dos profissionais envolvidos neste processo, ou seja, deve ocorrer de maneira diversa do modelo Weberiano, onde o exercício do controle e autoridade imperam (Denhardt; Denhardt, 2007).

Concluem que a abordagem Pós-Modernista da Administração Pública deve se amparar das mesmas ferramentas dispostas às ciências naturais, a saber, observação e medição, dentro de sua principiologia positivista, tendo em vista que estes instrumentos podem fundamentar os estudos e subsidiar mudanças, bem como o surgimento de novos conceitos e teorias (Denhardt & Denhardt, 2007).

De acordo com o conceito do Novo Serviço Público, a cidadania deve ser resgatada como uma participação ativa do indivíduo na sociedade, voltada para o interesse coletivo e não apenas para o autointeresse. Essa cidadania responsável e moralmente comprometida se estende para o serviço público, onde os cidadãos têm o dever de participar junto com a gestão pública para resolver problemas sociais relevantes, através de um diálogo pautado pela responsabilidade social (Iocken, 2018). Nesse sentido, a participação cidadã se torna um instrumento para equalizar as demandas da comunidade e deve ser operada tanto na fase elaboradora quanto na fase executora das políticas públicas, especialmente quando se trata de direitos sociais, econômicos e culturais, para legitimar a repartição dos custos conforme as diversas condições econômicas encontradas na sociedade (Coutinho, 2020).

Bilhim (2013), aponta sete princípios que tem por objetivo, estabelecer a conexão entre o cidadão e o funcionário público, a saber:

1- Servir a cidadãos, não clientes: lecionam Denhardt & Denhardt (2007) que o interesse público não é simplesmente a soma dos interesses individuais, mas sim o resultado de um diálogo sobre valores compartilhados. Assim, os servidores públicos não devem se limitar a atender as demandas dos “clientes”, mas sim buscar estabelecer relações de confiança e colaboração com a comunidade.

Neste sentido, afirmam Correia e Pereira (2020) que diante da fragilidade apresentada entre a confiança do cidadão e a participação política, por seus meios e atividades, torna o envolvimento, sobretudo amparado no civismo, da sociedade muito mais desafiante diante da complexidade social da atualidade, sendo necessário tempo para que se produzam resultados para uma democracia mais ativa, participativa e consciente. Acreditam que as decisões políticas positivas sejam diretamente proporcionais em relação ao nível de envolvimento do cidadão, ou seja, quanto maior e de mais qualidade for a participação e o envolvimento dos cidadãos, maiores e de mais qualidade serão as decisões políticas, caminhando para a concretização do objetivo

democrático de Thompson pautado pelo alcance de regras e decisões, sendo aceitas pela maior parte da sociedade, além e uma maior legitimação do governo, uma vez que o envolvimento dos cidadãos na tomada de decisões reduz a oposição.

Iocken (2018) afirma que deve haver uma renovação da democracia e que esta revitalização deve ajustar a participação do cidadão nos processos políticos institucionais, não apenas exercendo um papel figurativo ou de acomodação, mas com a devida participação na tomada de decisões, de modo que tais decisões não sejam apropriadas pelos poderes.

Assim pode ser constatado que no Novo Serviço Público o cidadão deixa de ser o “cliente”, como era na NGP, e passa a ser encorajado a desempenhar suas responsabilidades cívicas no sentido de ser dotado de direitos e deveres para com a sociedade, buscando perseguir sempre o interesse público que deve ser o foco das políticas públicas e das decisões políticas, estando o decisor impossibilitado de se escusar dele.

2- Procurar o interesse público: os gestores públicos têm o papel de fomentar a construção de uma noção coletiva e consensual do que é o interesse público. Não se trata de buscar soluções rápidas e individualistas, mas sim de promover o desenvolvimento de responsabilidades e interesses compartilhados (Denhardt; Denhardt, 2007).

No entendimento de Canotilho e Moreira (2010), o interesse público está estreitamente ligado ao princípio democrático republicano, que busca atender aos interesses da coletividade (do povo, dos cidadãos) em vez de satisfazer interesses privados ou de máquinas burocráticas públicas obscuras.

Segundo Scott (2019), gestores públicos têm a responsabilidade de promover a formação de uma compreensão coletiva e partilhada do interesse público. Não se trata de buscar soluções rápidas baseadas em decisões individuais, pelo contrário é a criação de interesses e responsabilidades compartilhadas.

Para Correia e Pereira (2020), é responsabilidade dos administradores públicos criar um ambiente favorável ao diálogo entre os cidadãos, a fim de articularem valores compartilhados e desenvolver uma noção coletiva de interesse público. Segundo os autores, existem quatro modelos de interesse público: o modelo normativo, que considera a moral e a ética como padrões para a tomada de decisão; o modelo abolicionista, que questiona a existência do interesse público quando não pode ser observado ou medido, e defende que as escolhas individuais são melhores para definir as políticas públicas; o modelo das teorias do processo político, que defende que o interesse público é perseguido por meio de um processo que equilibra e reconcilia os diferentes interesses; e, por fim, o modelo dos valores compartilhados, associado ao Novo Serviço Público, que enfatiza o papel dos funcionários públicos em auxiliar os cidadãos a articular o interesse público, guiados por valores e interesses compartilhados. Para os defensores do Novo Serviço Público, o in-

teresse público não é a simples agregação de interesses individuais, mas sim a descoberta do interesse comum que vai além dos interesses de cada um. Os funcionários públicos são fundamentais para facilitar a discussão entre os cidadãos sobre o interesse público e garantir que os valores e princípios desejados sejam seguidos.

3- *Valorizar a cidadania acima do empreendedorismo*: o interesse público é mais efetivamente promovido através do compromisso dos funcionários públicos e cidadãos em fazer contribuições valiosas para a sociedade, em contraste com gestores empreendedores que agem como se os recursos públicos fossem de sua propriedade (Denhardt; Denhardt, 2007).

Existem três diferentes níveis de envolvimento cívico: o primeiro é o nível de informação, que consiste em uma relação unidirecional onde o governo fornece informações ao cidadão; o segundo é o nível de consulta, que é uma relação bidirecional onde o cidadão pode fornecer feedback ao governo; e, finalmente, o terceiro é o nível de participação ativa, que envolve uma relação com o governo em que o cidadão pode participar diretamente no processo de tomada de decisão de políticas públicas (OCDE, 2001).

Neste sentido é imprescindível que o cidadão venha assumir um maior protagonismo social, uma vez que o Estado deve agir com maior responsabilidade aos anseios e necessidades da sociedade atuando conjuntamente com entidades privadas, organizações sem fins lucrativos, deixando de agir como um mero prestador de serviços, mas desempenhando um papel mediação, facilitação e negociação, cujo principal proponente deve ser o cidadão. Ademais esta efetiva participação demonstra ao cidadão a implementação das suas necessidades pelo poder público, melhorando sobretudo a qualidade das políticas públicas e mantendo ativo o desejo de participação (Correia; Pereira, 2020).

4- *Pensar estrategicamente e atuar democraticamente*: a obtenção de políticas e programas que atendam às necessidades públicas de maneira eficiente e responsável pode ser realizada por meio de esforços coletivos e processos colaborativos (Denhardt, 2007).

Uma maneira de fomentar a cidadania, responsabilidade e cooperação é através de programas de educação cívica, que criam oportunidades para colaboração, comunidade e envolvimento público em todas as fases do processo político. É papel da liderança política criar uma cidadania ativa efetiva e responsável, mas para isso, as pessoas devem perceber um governo aberto e acessível a todos. O empoderamento do cidadão é uma estratégia crucial em uma sociedade democrática. Quando os cidadãos estão envolvidos no processo de implementação, começam a pensar em si mesmos como cidadãos, e não como consumidores, atuando de maneira completamente diferente e formando uma comunidade que busca o interesse comum (Correia; Pereira, 2020).

5- *Reconhecer que a accountability não é simples*: nos ensinamentos de De-

nhardt e Denhardt (2007), os servidores públicos precisam ter uma perspectiva mais ampla do que apenas o mercado, considerando as leis estatutárias e constitucionais, os valores da comunidade, as normas políticas, os padrões profissionais e os interesses dos cidadãos.

De acordo com o modelo de administração pública do novo serviço público, a accountability pode ser vista sob a perspectiva de valores democráticos, em uma abordagem abrangente em que os administradores devem cumprir a lei, ter uma conduta ética, defender o interesse público e os princípios democráticos e atender às necessidades dos cidadãos. Isso constitui uma forma de accountability democrática, como aponta Rocha (2011).

A estreita cooperação entre a sociedade civil e as autoridades de fiscalização estatal fortalece o conceito de accountability diagonal. Esse modelo de accountability é caracterizado pela divulgação pública de informações que, antes, eram restritas apenas aos órgãos de controle, com o objetivo de incentivar a participação social. Além disso, esse modelo também permite que a sociedade faça demandas específicas às autoridades responsáveis pela fiscalização, resultando em uma maior prestação de contas (Coutinho, 2020). O autor afirma, ainda, que a promoção do diálogo entre a sociedade e os órgãos estatais busca combater a tendência dessas instituições de se fecharem em si mesmas, o que pode levar ao corporativismo e à proteção de seus próprios interesses, resultando em nepotismo e desperdício de recursos públicos. Além disso, é um dever dos cidadãos participar dos assuntos de interesse público e ter acesso a informações sobre a administração pública. Nesse sentido, a transparência é um requisito fundamental para melhorar a relação entre o Estado e a sociedade, pois ajuda a reduzir a assimetria de informações porventura existente (Coutinho, 2020).

O cidadão desempenha um papel fundamental na implementação da accountability por meio do controle social e da participação ativa nas questões de interesse público, o que requer uma transformação cultural gradual. Embora existam várias formas de controle da administração pública, o controle formal não substitui o controle social, que precisa estar integrado na cultura da sociedade. Nesse sentido, a accountability tem um valor social que está relacionado à conscientização do direito de participação, através de mecanismos acessíveis e amplamente divulgados. Alguns desses mecanismos incluem os portais do governo para assuntos de interesse público, a descentralização orçamentária e o orçamento participativo (Pereira; Silva; Araújo, 2014).

Assim sendo, constata-se que a participação da sociedade é complementar à accountability exercida pelas agências estatais incumbidas legalmente de controlar e punir ações ou omissões de agentes públicos. A accountability horizontal, por sua vez, que é conduzida pelos órgãos de controle externo, representa a manifestação institucionalizada da desconfiança na esfera política, visando combater a corrupção. Para ser eficaz, é necessário

que esteja alinhada com os demais mecanismos de controle que tenham o compromisso de aplicar suas medidas, mesmo que enfrentem as instituições estatais mais poderosas, sob pena de apenas satisfazer a opinião pública sem gerar resultados concretos. (Willeman, 2019).

Para Catarino (2016), uma maior responsabilização na prestação de contas é a definição da *accountability*. Essa prestação de contas vai além do sentido técnico, incluindo a demonstração de uma gestão de recursos mais eficaz, eficiente e econômica. É responsabilidade dos tomadores de decisão financeira fornecer respostas aos cidadãos sobre essas questões. Uma administração bem-sucedida não deve ser opaca, posto que, a falta de transparência pode levar a situações de má gestão ou corrupção.

A *accountability* no setor público é abrangida por um conjunto de elementos que incluem normas, leis, controles externos, interesses e preferências públicas. Simplificar a responsabilidade democrática pode prejudicar não apenas a própria democracia, mas também o papel da cidadania (Correia; Pereira, 2020).

O Novo Serviço Público reconhece a importância e complexidade da *accountability* e argumenta que as medidas de eficiência ou padrões baseados em mercados não são suficientes para medir ou estimular um comportamento responsável dos gestores públicos. Modelos anteriores, como a Velha Administração Pública e a Nova Gestão Pública, simplificaram demais a questão da *accountability*. Enquanto no modelo da Velha Administração Pública, os administradores públicos prestavam contas de maneira simples e direta aos funcionários políticos, no modelo da Nova Gestão Pública, os gestores públicos são responsáveis por prestar contas às forças de mercado, principalmente em termos de eficiência, custo e responsividade (Denhardt; Denhardt, 2015).

6- Servir ao invés de dirigir: nos ensinamentos de Denhardt & Denhardt (2007), torna-se crescentemente crucial que os servidores públicos empreguem uma liderança colaborativa pautada em valores a fim de auxiliar os cidadãos na articulação e atendimento de seus interesses comuns, ao invés de buscar controlar ou direcionar a sociedade para novas direções.

A liderança deve estar pautada em valores os quais devem ser partilhados por toda a organização e também pela sociedade, tendo em vista que este fator deve proporcionar mudanças na postura do gestor público, voltada no sentido de conhecer os requisitos e recursos de seus programas, não mais apenas utilizando de maneira consciente tais recursos mas também conectando o cidadão no processo, de maneira ativa e objetiva, passando a partilhar o poder, liderando, porém, fundamentado na integridade e compromisso com a sociedade por seus cidadãos. Este novo formato de líder deve ser um auxiliar e entender às necessidades da sociedade, integrando a visão da comunidade à gestão, conforme Correia e Pereira (2020).

7- Valorizar as pessoas, não somente a produtividade: diferentemente dos mo-

delos Weberiano e NGP, o NSP apresenta como parte das características do comportamento humano a integridade, a dignidade da pessoa humana, a confiança, a cidadania e a preocupação, acreditando que o critério da eficiência terá um melhor funcionamento se aliada às ideias de equidade, justiça, empoderamento, responsabilidade e compromisso. Deve ser exercida a reciprocidade na relação existente entre o servidor público e o cidadão, quer seja em relação ao respeito ou em realização à valorização e dignificação, segundo o NSP, a cidadania e a confiança no serviço público, são determinantes para a atuação democrática do funcionário público perante o cidadão, com a consciência de um auxiliar (Correia; Pereira, 2020).

Para Denhardt & Denhardt (2007), o sucesso das organizações públicas e das redes podem obter maior êxito ao longo prazo, caso o funcionamento ocorra através de processos colaborativos e de liderança compartilhada, onde o respeito está presente e é praticado por todos. Diferentemente dos modelos anteriores da Administração Pública, o Novo Serviço Público baseia-se em uma cidadania ativa e democrática, que se traduz na participação proativa dos cidadãos em todas as fases dos atos administrativos. Essa participação pode ocorrer por meio de ações individuais ou coletivas, como denúncias, reclamações e sugestões, bem como por meio de conselhos, audiências públicas e outras formas previstas para o acompanhamento e participação nas decisões tomadas pela Administração Pública. Essa presença constante dos indivíduos legitima continuamente a ação estatal (Carli; Raupp, 2022).

De acordo com os próprios autores ideólogos da teoria (Denhardt; Denhardt, 2007), o NSP é uma estrutura teórica que coloca a democracia, a cidadania e o serviço ao interesse público como prioridades máximas, apresentando-se como uma alternativa viável aos modelos burocrático e gerencialista de administração. Ou seja, não se trata de uma tentativa de superar completamente esses paradigmas, mas sim de uma nova abordagem que valoriza não apenas a eficiência e produtividade, mas também a democracia, o senso de comunidade e o interesse público.

A interação entre os cidadãos e outros atores no processo de participação deve ser de duplo sentido, onde se trabalha em conjunto para influenciar a arena política de forma favorável e ponderada. Hoje, a governação não é apenas responsabilidade do governo, mas sim de uma distribuição mais ampla de poder na sociedade. Embora haja obstáculos à participação colaborativa, eles podem ser superados com uma avaliação cuidadosa para determinar se são possíveis de serem ultrapassados antes de utilizar este método (Innes; Booher, 2004).

O conceito do *New Public Service* tem sido amplamente discutido em diversos países, incluindo Estados Unidos, Brasil, Holanda, Itália e Suécia. Os debates em torno deste modelo abordam temas semelhantes, com o objetivo de encontrar abordagens inovadoras para melhorar o engajamento dos cida-

dãos e construir comunidades baseadas em valores compartilhados e diálogo democrático. Um exemplo concreto da aplicação deste modelo é o programa “*Citizens First!*”, que visa aprimorar a relação entre cidadãos e Estado. O programa incentiva os cidadãos a assumirem responsabilidades pessoais em suas comunidades e, por sua vez, espera que o Estado esteja disposto a ouvir as necessidades dos cidadãos e colocá-las como prioridade (Correia; Pereira, 2020).

Desta forma, após a análise da bibliografia supracitada, pode ser constatado que o Novo Serviço Público surge como novo modelo de administração pública que busca colmatar as falhas apresentadas pelos modelos antecessores, especialmente o Weberiano e a Nova Gestão Pública. O modelo busca trazer o cidadão para o centro da tomada de decisões dos gestores, que não devem atuar simplesmente como burocratas, nem tão pouco como, prestadores de serviços a clientes, mas que deve ser um auxiliar entre a administração pública e os anseios da sociedade, que por sua vez deve apresentar demandas voltadas para o coletivo, no sentido de demandas dos cidadãos e não de grupos de interesse isolados da realidade social.

O referido modelo está caracterizado por princípios e fundamentos que caminham par-e-passo com a *compliance*, confiança, dignidade da pessoa humana e cidadania, mais ainda, o senso de justiça e equidade, o empoderamento, a responsabilidade e o compromisso social devem estar presentes tanto no organismo público, quanto na sociedade, permitindo que a eficiência seja efetivada de maneira genuína, onde o cidadão é dignificado, ao mesmo tempo em que o servidor público é valorizado, respeitado e considerado parte de uma construção horizontalizada das políticas públicas (ainda que verticalizada em termos organizacionais), sendo necessário o respeito mútuo.

Considerações finais

Diante do que fora apresentado, após as mudanças da gestonárias ocorridas no passado, podemos depreender que o Novo Serviço Público tem seus princípios e fundamentos voltados diretamente para o fortalecimento da cidadania, tendo em vista que busca trazer o cidadão para o centro da tomada de decisões no âmbito da Administração Pública e para a construção de políticas públicas, mais que isso, tenta envolver todos os agentes do processo, como por exemplo, os dirigentes e demais servidores públicos das organizações, deixando estes de ocupar um espaço que até então era resumido ao processo burocrático e passando a protagonizar junto com os demais um papel de agente ativo no sentido de contribuir efetivamente durante o ciclo da política pública (Denhardt; Denhardt, 2007, Correia; Pereira, 2020; Bilhim, 2013; Coutinho, 2020; Ioken, 2018).

Por outro lado, determinados fatores devem ser respeitados como, por

exemplo, manutenção da relação de confiança entre cidadão-Estado, o diálogo, manutenção das redes de colaboração e a capacidade institucional, tudo isso sendo reforçado pela conscientização de que a cidadania deve sobrepor os interesses individuais e, por vezes, de determinados grupos de interesse, uma vez que o interesse público primário deve ser observado, não apenas voltado para o curto prazo, mas visando a sustentabilidade das políticas públicas e dos serviços planejados. Desta forma, não basta que a participação seja por cidadãos, ela deve ser cívica (Correia; Pereira, 2020).

Assim, o Novo Serviço Público se sagra como um modelo gestor altamente democrático e que assegura, acima de tudo, direitos humanos em suas três gerações, os quais estão explícitos em seus fundamentos e princípios, mais que isso, apesar de não ser objeto do presente estudo, pode ser constatado que o modelo se adequa aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 10 (Reduzir as desigualdades) e 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU).

Referências

ARAÚJO, Joaquim Filipe. **Avaliação da gestão pública: A administração pós burocrática**. [Apresentação de Trabalho]. Conferência da UNED. Espanha. 2007.

ARAÚJO, Joaquim Filipe. **Tendências Recentes de Abordagem à Reforma Administrativa**. Revista Portuguesa de Administração e Políticas Públicas, v.1, n.1, p. 38-47, 2000.

ALVES, Ismael Gonçalves. **Da caridade ao Welfare state: um breve ensaio sobre os aspectos históricos dos sistemas de proteção social ocidentais**. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, 2015. DOI <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602015000100017>

BILHIM, João. **Papel dos gestores na mudança cultural da administração central do estado: o caso da meritocracia**. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, v. 5, n.2, p. 205-227, 2013.

BILHIM, João. **Ciência da Administração: Relação Público/Privado**. In A. Tavares (Coord.), Estudo e Ensino da Administração Pública em Portugal (p. 33-54). Lisboa: Escolar Editora, 2006.

CARLI, Fernanda Camila de; & RAUPP, Fabiano Maury. **A interligação do controle social e externo com o conceito de accountability diagonal sob a óptica do Novo Serviço Público**. Revista Administração de Empresas Unicuritiba, v.2, n.1, p. 317-333, 2022. e-ISSN 2316-7548.

CANÇADO, Airton Cardoso; PEREIRA, José Roberto; & TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Gestão social no contexto histórico e teórico das relações entre Estado, Mercado e Sociedade**. In Gestão Social: epistemologia de um paradigma. Curitiba: CRV, 2016.

CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Editora Almedina, 2016.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; DE JESUS, Inês Oliveira Andrade; MENDES, Irineu Oliveira. **A privatização do setor público: a importância da expressão “interesse público” na administração pública moderna.** Pensamento Americano, 2016, v.10, n.19, p. 80-94. DOI: <http://dx.doi.org/10.21803%2Fpenamer.10.19.466>

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; MENDES, Irineu Oliveira; FREIRE, Ana. **La Importancia de los valores organizacionales en la Administración Pública: un estudio de caso basado en la percepción de los trabajadores de una institución de enseñanza superior.** Revista del CLAD Reforma y Democracia, n. 73, p. 227-258, 2019.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; PEREIRA, Sandra Patrícia Marques. **Movimentos Pós-Nova Gestão Pública: o Novo Serviço Público.** Lex Humana, Petrópolis, v. 12, n. 1, p. 69-85, 2020, ISSN 2175-0947.

COUTINHO, Doris de Miranda. **Prestação de contas do governo.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DENHARDT, Janeth; DENHARDT, Robert. **The New Public Service: An Approach to Reform.** International Review of Public Administration, v. 8, n. 1, p. 3-10, 2003.

DENHARDT, Janeth; DENHARDT, Robert. **The New Public Service: Serving, Not Steering.** New York e London: M.E. Sharpe, 2007.

DENHARDT, Robert. **Teoria geral de organizações públicas.** São Paulo: Cengage Learning, 2012.

DENHARDT, Janeth; DENHARDT, Robert. **The new public service: Serving, Not Steering.** 4a ed. Nova York & Londres: Routledge, 2015.

GREEN, Lorraine; CLARKE, Karen. **Social Policy for Social Work.** UK: Polity Press, 2016.

INNES, Judith; BOOHER, David. **Reframing Public Participation: Strategies for the 21st Century.** Planning Theory & Practice, v. 5, n. 4, p. 419–436, 2004.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **Controle Compartilhado das Políticas Públicas.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

MULLER, Friederich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

NUNES, Pedro. **A Nova Gestão Pública e a Reforma Administrativa.** Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, v. 8, 7- 36, 2006.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS – OCDE. **Cidadãos como Parceiros: Informação, Consulta e Participação Pública na Formulação de Políticas.** 2001. In: https://www.oecd-ilibrary.org/citizens-as-partners-summary-portuguese_5lmqcr2khgd4.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fcomponent%2F9789264195561-sum-pt&mimeType=pdf

PAES DE PAULA, Ana Paula. **Por uma nova gestão pública.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

PETERS, Guy. **De mudança em mudança, padrões de reforma administrativa**

continua. In Mozzicafreddo, Juan. Administração e Políticas: Perspectivas de reforma da administração pública na Europa e América. Oeiras. Celta, 2000.

PEREIRA, Maria da Gloria; SILVA, Wendel Alex Castro; ARAÚJO, Elisson Alberto Tavares. **Análise da Produção Científica sobre Accountability na Área de Administração Pública.** In: XIV Congresso Usp- Controladoria e Contabilidade - Novas Perspectivas Na Pesquisa Contábil, 2014. Disponível em: www.congressosusp.fipecafi.org.

ROSA, Beatriz de Matos. **Influência(S) do Managerialismo na Intervenção Profissional Dos/As Assistentes Sociais.** [Dissertação de Mestrado da Faculdade de Psicologia da Universidade de Coimbra]. 2019.

ROCHA, O. A. J. **Modelos de Gestão Pública.** Revista Portuguesa de Administração e Políticas Públicas, v. 1, n. 1, p. 6-17, 2000.

ROCHA, Arlindo Carvalho. **Accountability na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens.** Contabilidade Gestão e Governança, v. 14, n. 2, 2011.

ROCHA, J. A. **Gestão Pública e Modernização Administrativa.** 2ª ed. Lisboa: INA, 2014.

SCOTT, Rodney. **Service, Citizenship, and the Public Interest: New Public Service and our public service reforms.** Public Service Commission of New Zealand, 2019. ISBN: 978-0-478-43496-5.

SILVA, O. J. **Qualidade, Cidadania e Modernização Administrativa.** Revista Portuguesa de Administração e Políticas Públicas, v. 1, n. 1, p. 106-111, 2000.

WILLEMANN, Mariana Montebello. **Accountability Democrática e O Desenho Institucional dos Tribunais de Contas No Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MULHERES NEGRAS E O DESAFIO DA OCUPAÇÃO EM CARGOS POLÍTICOS

Thaynara Monique Mendes

Mestre em políticas públicas em direitos humanos pelo Programa de Pós Graduação do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Resumo:

Este resumo visa a explorar uma parte da dissertação apresentada na minha defesa de mestrado, a qual buscou estabelecer conexões entre o contexto histórico de colonização e a contemporaneidade. Neste estudo, analisou-se a imposição da violência e as estratégias de resistência das mulheres negras brasileiras. O objetivo foi compreender a conjuntura de atuação política e inserção social dessas mulheres. Entendemos que a compreensão destes mecanismos de funcionamento social é fundamental para abordar as desigualdades observadas e promover a realização dos direitos humanos através da implementação de políticas públicas eficazes no combate à violação dos direitos básicos de dignidade e sobrevivência. Para alcançar esse objetivo, torna-se essencial destacar o legado da participação das mulheres negras na construção e desenvolvimento das lutas feministas e antirracistas. Essa análise ajuda a compreender de que forma o sistema social atual ainda perpetua a violência contra grupos historicamente minorizados. Foi importante destacar que tanto o ordenamento jurídico brasileiro quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos contêm disposições explícitas que obrigam o tratamento igualitário de todas as pessoas, proibindo qualquer forma de discriminação com base em gênero, raça ou outras características. No entanto, este estudo demonstra que a mera inclusão de princípios de igualdade na legislação não tem sido suficiente para garantir a verdadeira igualdade social para algumas pessoas, como revelam os dados apresentados ao longo deste artigo.

Palavras-chave: Mulheres negras; Raça; Gênero; Política.

Contextualização

Objeto de vasta discussão teórica atualmente, sobre a qual existe uma

crescente literatura, a escravidão tem sido tema de muitas discussões e tem dividido opiniões pois marca a maior parte da existência do território brasileiro. Porém, a história da escravidão é tão antiga quanto a história da humanidade resumindo-se à compra, venda e exploração de seres humanos de diversas regiões, raças e etnias como escravos em inúmeros países. Nenhum outro fenômeno histórico foi tão corpulento e estruturado na capacidade de envolver oceanos, continentes e países de diferentes culturas, além de reconfigurar os costumes americanos, onde a população indígena foi aniquilada e substituída por africanos escravizados (Gomes, 2019). A necessidade de tratar desse período histórico para compreender a situação presente é colocada por Mbembe (2018):

Qualquer relato histórico do surgimento do terror moderno precisa tratar da escravidão, que pode ser considerada uma das primeiras manifestações da experimentação biopolítica. Em muitos aspectos, a própria estrutura do sistema de plantation e suas consequências manifesta a figura emblemática e paradoxal do estado de exceção. Aqui, essa figura é paradoxal por duas razões. Em primeiro lugar, no contexto da plantation, a humanidade do escravo aparece como uma sombra personificada. De fato, a condição de escravo resulta de uma tripla perda equivale a uma dominação absoluta, uma alienação de nascença e uma morte social (que é expulsão fora da humanidade). Enquanto estrutura político-jurídica, a plantation é sem dúvida um espaço em que o escravo pertence ao senhor. Não é uma comunidade porque, por definição, a comunidade implica o exercício do poder de fala e de pensamento (Mbembe, 2018, p. 27).

A violência no período colonial, segundo Almeida (2004), reflete que o fenômeno da escravização origina-se da estrutura social atravessada também pela moralidade patriarcal. O autor salienta que, no transcorrer da história social, o patriarcalismo e a disseminação de valores morais calcados na hierarquia desigual entre os distintos gêneros, etnias e classes sociais fomentaram o estabelecimento das situações de domínio e poder, as quais atravessam as relações sociais naturalizando a prática da violência.

De acordo com Collins (2015), a instituição da escravização se estrutura dentro de uma dinâmica patriarcal que enraíza sua força no poder detido pelo homem branco proprietário. Essa configuração assegura uma autoridade masculina que permeia todas as esferas da sociedade. Nesse sentido, é de vital importância compreender que as relações de poder intrínsecas à sociedade escravista patriarcal delineavam os modos de existência da mulher, impondo-lhe papéis sociais que limitavam sua identidade e marcavam os espaços socialmente aceitáveis que ela poderia ocupar. “Ao contrário, na mulher há, no início, um conflito entre sua existência autônoma e seu “ser-outro”; ensinam-lhe que para agradar é preciso procurar agradar, fazer-se

objeto; ela deve, portanto, renunciar a sua autonomia” (Beauvoir, 2019, p. 25). Tais estereótipos, cristalizados em torno das funções de mãe devotada e esposa submissa, permanecem arraigados até os dias atuais. No entanto, é crucial reconhecer que tais representações não derivam de uma suposta essência feminina natural, mas sim, de construções sociais erigidas para atender aos interesses dominantes em jogo, como Freyre descreve:

Resultado da ação persistente desse sadismo, de conquistador sobre conquistado, de senhor sobre escravo, parece-nos o fato, ligado naturalmente à circunstância econômica da nossa formação patriarcal, da mulher se tantas vezes no Brasil vítima inerme do domínio ou do abuso do homem; criatura reprimida sexual e socialmente dentro da sombra da mulher quando grande senhora, sobre os escravos, principalmente sobre as mulatas; com relação a estas, por ciúme ou inveja sexual (Freyre, 2019, p. 114).

Ou seja, apesar de também sofrerem com a opressão patriarcal, mulheres brancas impuseram relações de dominação sobre as negras e indígenas, submetidas a níveis de violência, exploração e opressão incomparáveis. Enquanto as mulheres brancas são propriedades dos pais e, posteriormente, dos maridos, experimentando processos de submissão, sem direito à participação da vida em sociedade, as mulheres escravizadas, além de subordinadas aos domínios da masculinidade, têm seus corpos apropriados para o trabalho forçado e exploração e violência sexual. González (2020), em um aprofundamento de análise dessas relações de raça entre o gênero feminino evidencia que as mulheres brancas encontram-se em meio a desigualdades estruturais entre os gêneros, enquanto as mulheres negras enfrentam a desigualdade agravada quando comparadas às suas contrapartes brancas. Este último cenário é caracterizado pela limitação de opções e oportunidades de ação, uma vez que a opressão dirigida a elas tornou-se uma realidade naturalizada e intrínseca. A análise dessa intersecção de gênero e raça revela a conexão do sistema de opressão que perpetua a marginalização das mulheres negras, ao mesmo tempo em que proporciona uma plataforma de empoderamento às mulheres brancas, em um ciclo que evidencia como as conquistas de um grupo frequentemente se sustentam à custa da subjugação do outro. Como nos mostra Audre Lorde:

A opressão de mulheres não conhece limites étnicos ou raciais, é verdade, mas isso não significa que ela seja idêntica diante dessas diferenças. As fontes de nossos poderes ancestrais também não conhecem esses limites. Lidar com umas sem sequer mencionar as outras é deturpar tanto o que temos em comum quanto o que temos de diferente (Lorde, 2019, p. 89).

No âmbito das discussões sobre desigualdade e marginalização, a aná-

lise das experiências das mulheres negras enquanto escravizadas emerge como um campo de estudo fundamental para a compreensão das complexas interseções entre gênero e raça. Essa interseção não apenas influencia, mas molda de maneira intrínseca as vivências, oportunidades e desafios enfrentados pelas mulheres negras. Ao explorar a interligação desses marcadores sociais, torna-se evidente que a discriminação e a opressão que essas mulheres enfrentam não podem ser isoladas em categorias distintas. Em vez disso, esses aspectos são entrelaçados, gerando uma multiplicidade de experiências que não podem ser compreendidas plenamente por meio de uma abordagem unilateral. Portanto, a análise da interseção se torna imperativa para revelar como a identidade das mulheres negras é constituída na sociedade e como elas navegam por estruturas sociais complexas, onde a discriminação e o privilégio interagem de maneira interdependente. Nesse sentido, nos cabe a explorar as nuances dessa interconexão, elucidando como as mulheres negras enfrentam, resistem e redefinem as narrativas hegemônicas que dão origem as práticas de aniquilação de corpos negros ao se posicionarem no centro do diálogo sobre desigualdade e empoderamento na contemporaneidade.

Políticas de ação afirmativa no século XXI

Dada a herança patriarcal e escravocrata do Brasil, a violência contra as mulheres se manifesta como um problema estrutural que exige um foco primordial na esfera da segurança pública. Esta é a área onde a integridade sexual, física, psicológica, moral e patrimonial das vítimas é frequentemente gravemente afetada, causando impactos catastróficos. No Brasil, o debate sobre ações afirmativas intensifica-se a partir da Constituição de 1988, com a necessidade de efetivação da igualdade material, em face de uma Constituição denominada cidadã e democrata. Desde então, surgiram vários debates jurídicos a respeito da constitucionalidade de políticas como as de ações afirmativas. As ações públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres, por exemplo, só se efetivaram a partir de 2003, com a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres e a implantação de políticas específicas para esse público. Em continuidade às ações públicas, em 2006 foi promulgada a Lei n. 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, que representou uma conquista na luta contra a violência doméstica, uma vez que o país ocupava a sétima posição entre os países de maiores índices dessa violência.

A Lei Maria da Penha, adequando-se à Convenção de Belém do Pará, retirou da competência dos juizados criminais o julgamento dos delitos de violência doméstica contra as mulheres, determinando a criação dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres. Além disso, prevê a criação de um conjunto de serviços especializados: centros de atendimento integral e multidisciplinar, casas-abrigos, delegacias, núcleos de defensoria, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especiali-

zados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar (medeiros, 2016, p. 176).

Considerando o histórico de violência de gênero no Brasil, é amplamente reconhecido que a Lei Maria da Penha desempenha um papel fundamental na luta contra essa violência. Esta legislação define e classifica cinco tipos de violência contra as mulheres: psicológica, física, moral, patrimonial e sexual.

No caso das políticas públicas antirracistas, nota-se que desde a década de 1990 até os dias atuais, elas têm passado por transformações e desafios significativos. Durante esse período, o país testemunhou avanços importantes, mas também enfrentou obstáculos persistentes na luta contra o racismo estrutural. A ação e atuação dessas políticas representam um conjunto de estratégias e medidas implementadas pelo Estado com o objetivo de corrigir desigualdades históricas e promover a inclusão de grupos socialmente marginalizados, como minorias étnicas, raciais, de gênero, pessoas com deficiência, entre outros. Essas ações visam a mitigar os efeitos das discriminações estruturais que perpetuam a exclusão e desvantagens para esses grupos, garantindo-lhes acesso equitativo a oportunidades e direitos. As ações afirmativas se fundamentam na premissa de que a igualdade formal, muitas vezes, não é suficiente para superar a desigualdade substancial. Dessa forma, os movimentos sociais desempenham papel crucial na luta pelo desenvolvimento de políticas públicas que buscam proporcionar vantagens temporárias a determinados grupos, como cotas em instituições de ensino, programas de emprego específicos, reservas de vagas em cargos públicos, entre outros. Essas medidas não apenas almejam reverter desigualdades, mas também reconhecem a necessidade de proporcionar condições justas de competição, considerando a histórica exclusão sofrida por esses grupos. Como destaca Marcia Lima:

A partir da segunda metade da década de 1990 acelera-se um processo de mudanças acerca das questões raciais, marcado fortemente por uma aproximação entre o Movimento Negro e o Estado brasileiro. É a partir deste momento que as reivindicações por ações mais concretas para o enfrentamento das desigualdades raciais começam a ser cobradas. Dois acontecimentos - um de âmbito nacional e outro, internacional - são destacados consensualmente pelos estudiosos do tema como momentos importantes desse processo: a Marcha Zumbi de Palmares contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida, em 1995, ano de comemoração do tricentenário da morte de Zumbi dos Palmares, e a Conferência de Durban, em 2001 (marcia lima, 2010, p. 7).

A atuação das mulheres negras nos movimentos sociais sempre foi fluente e de importância inquestionável. Benedita da Silva, assim como Jure-

ma Batista, foram companheiras de luta de Lélia González no grande encontro de movimento negro e os movimentos de favela na campanha eleitoral de 1982, quando, a partir da chamada abertura política na concretização de novos partidos, houve o incentivo à participação de setores que estavam à margem dos processos políticos partidários. Lélia González ainda destaca que a campanha conduzida pelo Movimento Negro Unificado (MNU), no ano de 1979, tinha como foco principal a denúncia da violência policial, buscando conscientizar o público em relação à tortura e ao assassinato de trabalhadores negros e pobres, frequentemente vítimas de um sistema sistemático de discriminação racial. É essencial ressaltar que a discriminação enfrentada pelo cidadão negro no Brasil não se limita à esfera da divisão racial do trabalho, mas também envolve a negação de sua dignidade humana por parte das forças policiais, que muitas vezes o rotulam como criminoso devido à falta de vínculo formal de emprego, particularmente sob um empregador branco. Essa realidade é uma consequência direta do desemprego e subemprego prevalentes na maioria da população negra. Além disso, é notável que o movimento operário e popular desempenhou um papel crucial durante a transição do Brasil para a democracia. A década de 1970 e 1980 foi caracterizada pela busca pelo “direito a ter direitos” (Dagnino, 1994), colocando a cidadania no centro das demandas dos movimentos sociais desse período. Os movimentos sociais que emergiram nos bairros urbanos de cidades de médio e grande porte, advogando por políticas de habitação, transporte, saúde, educação e emprego, assim como os movimentos rurais que lutaram pela distribuição de terras e regularização dos contratos de trabalho, além dos esforços voltados para a proteção dos direitos das mulheres, da população negra e da população LGBTI, enxergavam a democracia não apenas como uma estrutura ou um meio para alcançar o poder estatal, mas também como uma condição que permitiria aos próprios novos atores políticos (os movimentos sociais) contribuir para a definição dos direitos dos cidadãos brasileiros (Dagnino, 1994).

De um lado, a profunda consciência dos problemas e das necessidades concretas da comunidade; de outro, a consciência da discriminação racial e sexual enquanto articulação da exploração de classe. A troca de saberes experiências foi extremamente proveitosa para ambos os lados, e o ponto de entendimento comum foi justamente a questão da violência policial contra a população negra. No final da campanha nossas falas estava inteiramente afinadas, apesar das diferenças individuais. A despeito de toda inexperience nesse terreno, vivenciamos situações de extrema riqueza política e pessoal (González, 2020, p. 106).

Sueli Carneiro (2003) delineia que o dinâmico protagonismo das mulheres negras, fortemente impulsionado, em um primeiro estágio, pelo an-

seio por liberdade e pelo resgate da humanidade subjugada pela escravidão, e, em um segundo momento, demarcado pela emergência de organizações e articulações nacionais de mulheres negras, tem criado novos horizontes e perspectivas para as mulheres negras, recuperando assim as perdas históricas. Em linhas gerais, a autora afirma que o engajamento político das mulheres negras tem atuado como uma força motriz determinante na redefinição das concepções e na reformulação do posicionamento político feminista no contexto brasileiro. O ativismo das mulheres negras tem engendrado o reconhecimento da falácia subjacente à visão universalizante da mulher, bem como a compreensão das diferenças intra-gênero, o reconhecimento do racismo e da discriminação racial como forças propulsoras das desigualdades sociais vivenciadas pelas mulheres no Brasil.

Concretização das ameaças políticas

Em 2010, tivemos a primeira eleição de Dilma Rousseff, um momento histórico que marcou o cenário político brasileiro. Sua vitória como a primeira Presidenta da República do Brasil foi um símbolo de uma era política que abraçou a diversidade de gênero, desafiando barreiras e estereótipos de gênero que historicamente permearam a política nacional. A eleição de Dilma gerou ressonâncias profundas e importantes para o movimento feminista brasileiro. A ascensão de Dilma Rousseff ao cargo mais alto do país foi um divisor de águas em termos de representatividade. Sua eleição inspirou milhões de mulheres em todo o Brasil, provando que as barreiras de gênero podiam ser derrubadas, e que as mulheres tinham um lugar legítimo na liderança política. A presença de uma mulher no cargo de Presidente da República não apenas simbolizou uma conquista significativa, mas também deu visibilidade a questões de igualdade de gênero e fortaleceu a luta por direitos das mulheres. Em 2014, Dilma Rousseff foi reeleita, consolidando sua presença no cenário político nacional e sua influência no avanço das questões de gênero e igualdade racial. No entanto, o cenário político do Brasil enfrentou desafios significativos a partir de 2016, quando ocorreu o processo de impeachment de Dilma Rousseff, que culminou em sua destituição do cargo de Presidenta. Esse período foi marcado por intensos debates políticos e controvérsias, que geraram divisões na sociedade brasileira e marcaram o mais famoso Golpe político contra uma presidente democraticamente eleita e sem justificativa criminal que validasse o ato que de acordo com a constituição deve ocorrer apenas na hipótese de ter sido cometido um crime. A misoginia foi estampada nas faixas das manifestações verde-amarelas, nas redes sociais, nas capas das revistas mais influentes, na televisão, e em peças publicitárias. A expressão mais explícita disso foi um adesivo colado em carros, próximo ao tanque de gasolina, com a figura da presidenta de pernas abertas.

Filiada ao Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Marielle Franco foi uma figura política notável que deixou uma marca indelével na história do Rio de Janeiro e do Brasil. Sua eleição como vereadora em 2016 para a Legislatura de 2017 a 2020 onde conquistou a quinta maior votação nas eleições municipais. Marielle era uma defensora incansável de causas progressistas e de direitos humanos. Ela era uma voz forte para o feminismo, trabalhando para promover a igualdade de gênero e combater a violência contra as mulheres. Além disso, Marielle criticava veementemente a intervenção federal no Rio de Janeiro e a atuação da Polícia Militar, denunciando vários casos de abuso de autoridade por parte dos policiais contra moradores de comunidades carentes. Seu ativismo era um lembrete constante da necessidade de responsabilização das autoridades e de reformas profundas no sistema de segurança pública. Em 14 de março de 2018, Marielle Franco foi assassinada a tiros, junto com seu motorista, Anderson Pedro Mathias Gomes, no bairro do Estácio, região central do Rio de Janeiro. O assassinato de Marielle Franco destacou os desafios enfrentados por defensores dos direitos humanos e ativistas em um país onde a violência política ainda é uma triste realidade. Sua morte chocou o Brasil e o mundo, provocando uma onda de protestos e indignação, porém, o assassinato de Marielle segue sem respostas sobre o mandante do crime.

Entre os anos de 2009 e 2016, Maria Bernadete Pacífico desempenhou um papel fundamental como secretária de Políticas de Promoção da Igualdade Racial em Simões Filho. Sua dedicação incansável e sua paixão pela promoção da igualdade racial e pelos direitos das comunidades quilombolas a tornaram uma figura inspiradora no cenário local e nacional. Além de sua atuação no governo municipal, Maria Bernadete, carinhosamente conhecida como Mãe Bernadete, era uma ialorixá respeitada e desempenhou um papel fundamental como coordenadora da Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos e como líder do Quilombo Pitanga, situado em Simões Filho. Seu trabalho em prol das comunidades quilombolas era admirável, buscando o reconhecimento e a proteção das terras tradicionais e a melhoria das condições de vida dessas populações historicamente marginalizadas. Mãe Bernadete foi assassinada em 17 de agosto de 2023, com 12 tiros no rosto e seu caso permanece sem solução.

Considerações finais

O Brasil atualmente detém a posição de liderança no ranking de nações que registram o maior número de assassinatos de ativistas de direitos humanos. Além disso, encontra-se em quinto lugar no ranking dos países que mais matam mulheres, bem como é notório por ser uma das nações que registra uma alta incidência de assassinatos de jovens negros. Essa trágica realidade revela uma preocupante conexão entre a misoginia e o racismo,

elementos que combinam-se para perpetuar a ameaça à vida e à integridade de quem ocupa a base da pirâmide social, as mulheres negras. Na perspectiva de Michel Foucault (1996), o racismo não é apenas uma questão racial, mas simboliza um modelo que se estende a uma variedade de ameaças ao “corpo vivente da sociedade”, independente de sua relação direta com questões raciais. Nesse contexto, o racismo se torna um paradigma da construção de regimes letais de inteligibilidade e ameaça, sob a égide da biopolítica. Em outras palavras, a análise biopolítica do racismo sugere que a sociedade pode exercer violência, tanto simbólica quanto literal, sobre seus próprios membros, em uma busca constante pela purificação e normalização já constatada em outros contextos históricos. Essa normalização, que amalgama diversas camadas do corpo político, é representativa da ambivalência topológica característica da necropolítica.

A expressão máxima, do poder e da capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Exercitar a soberania é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder. (Mbembe, 2016, p. 123).

A necropolítica normalizada socialmente no Brasil também se caracteriza por uma instrumentalização do Estado com o propósito de subjugar qualquer possibilidade de vida ao poder da morte. Essa estratégia não foi marcada por ações desconexas ou pontuais, mas sim por políticas deliberadas de impunidade que se tornaram a norma, em vez de exceção. Ela estabelece a vida que merece ser preservada e quais vidas são dispensáveis, quem é essencial e quem pode ser descartado. O que tem destaque nesse contexto é a naturalização e legitimação da violência, a insegurança individual, o desmonte de direitos básicos e garantidos em âmbito legal e constitucional e o ataque às instituições democráticas.

Em outras palavras, nas esferas de poder em que mulheres negras alcançam posições de influência, os mecanismos de violência e aniquilação extrapolam seus limites constitucionais e humanos e impactam de maneira direta o conjunto da sociedade. Nesse contexto, é essencial reconhecer e ressaltar a urgente necessidade de denunciar e enfrentar as estruturas que ameaçam o acesso das mulheres negras a posições políticas de poder, a fim de avançar em direção a uma sociedade justa, sustentável e inclusiva. Esse é um passo principal em direção ao pleno desenvolvimento da cidadania brasileira, promovendo a dignidade e a equidade para todos os seus cidadãos.

Referências

ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. **As Raízes da Violência na Sociedade Patriarcal**. Sociedade e Estado, Brasília, v. 19, n. 1, p. 235-243, jan./jun. 2004. Dispo-

nível em: . Acesso em: 22 mar. 2017.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida** / Simone de Beauvoir; tradução Sérgio Milliet. - 5 ed. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

CARNEIRO, Sueli. **Mulheres em movimento**. Estudos avançados, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/Zs869RQTMGGDj586JD7nr6k/?format=pdf>. Acesso em: 19/ 10/ 2023.

COLLINS, Patricia Hill. **Em direção a uma nova visão: raça, classe e gênero como categorias de análise e conexão**. In: COLLINS, P. H. *Reflexões e práticas de transformação feminista*. São Paulo: SOF, 2015.

DAGNINO, Evelina. **Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania**. In: DAGNINO, Evelina (Org.). *Os anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 103-115.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e senzala**. São Paulo: Global, 2019. Publicação original em 1933.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1996.

GOMES, Laurentino. **Escravidão volume 1**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano**. RIOS, Flavia; LIMA, Márcia (Orgs.). São Paulo, Zahar, 2020.

LIMA, Márcia. **Desigualdades raciais e Políticas Públicas**. Cebrap, 2010. Disponível em <04_Marcia Lima_87_76a95.indd (usp.br)>. Acesso em 17.10.2023.

LORDE, Audre. **IRMÃ OUTSIDER**. São Paulo: Autêntica Editora, 2019.

MEDEIROS, Luciene. **Em briga de marido e mulher, o Estado deve meter a colher: políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica**. Rio de Janeiro: PUC-Rio ; São Paulo: Reflexão, 2016.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

LITERACIA MEDIÁTICA PARA A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ EM PORTUGAL: APORTES INICIAIS

Ana Carolina Trindade

Doutoranda em Comunicação na Universidade Estadual Paulista. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, processo nº 2023/01841-0

Resumo:

A literacia mediática junto com as competências midiáticas organizam uma forma de situar o cidadão perante os meios de comunicação ao estimular o pluralismo e a independência do campo midiático na sociedade contemporânea. As transformações das mídias e o surgimento de novas, assim como o desenvolvimento relacionado às práticas de literacia mediática, faz com que seja cada vez mais importante ter a mídia como um aspecto fulcral quando se trata da vida social. Neste contexto, o conceito de participação cidadã corresponde a união de cidadãos que se envolvem em prol de uma comunidade de forma organizada e se mobilizam com a intenção de articular objetivos sociais em comum (Gohn, 2007) e, dessa forma, objetiva a consolidação da sociedade civil para que esta se evolua a fim de minimizar a desigualdade e exclusão social. O objetivo dessa pesquisa visa conhecer os estudos sobre a literacia mediática em Portugal, bem como salientar os aportes iniciais dessa pesquisa científica em desenvolvimento que visa entender como que a prática da literacia mediática pode cooperar com a participação cidadã em Portugal, a partir da revisão bibliográfica e de entrevistas em profundidade.

Palavras-chave: Literacia mediática; Participação social; Portugal.

Introdução

A literacia mediática é um termo discutido em centros de investigação, universidades, entidades e em centros interessados pela prática e pesquisa científica sobre a temática. A existência de diversas nomenclaturas também dificulta a unificação do conceito em todo o território global. Como exemplo, Lopes (2011) esclarece que educação para os media está relacionada a uma prática de ensino-aprendizagem, enquanto a literacia mediática seria o resultado desse processo. Portanto, a literacia mediática foi escolhida para este artigo.

A definição escolhida para literacia mediática neste estudo corresponde a prática de “aceder aos media, compreender e avaliar de modo crítico os diferentes aspectos dos medias e dos seus conteúdos, criar comunicações em diversos contextos” (Lopes; Ávila; 2019, p. 29), pelo fato desta prática ser “a estratégia mais inteligente para lidar a longo prazo com esta paisagem [mediática] com que nos deparamos” (Lopes, 2019, p. 152).

As competências mediáticas constituem a maneira de situar o cidadão perante os meios de comunicação (Bauer, 2011), de forma a estimular o pluralismo e a independência do campo midiático na sociedade contemporânea (Comissão Europeia, 2009). Tais competências mediáticas conduzem cidadãos a desenvolver conhecimentos, habilidades e estratégias para adentrar em ecossistemas mediáticos.

Assim, as novas formas de comunicação motiva “um novo modo de funcionamento do sistema de confiança e responsabilidade comunicativa” (Bauer, 2011, p. 15). A responsabilidade da comunicação e as possibilidades que a literacia mediática pode proporcionar à sociedade contemporânea, ocasionam oportunidades e desafios para os cidadãos, estudiosos e profissionais da área da comunicação.

Tal temática se vincula ao fenômeno da desinformação, o qual é crescente em diversos países e, no caso português, a “desinformação tem crescido devido à situação financeira e à vulnerabilidade do ecossistema mediático português” (Santos, 2023, p. 01). Segundo o estudo Iberifier (2023) aplicado em vinte e três centros de investigação ibéricos, esta situação reflete diretamente na confiabilidade dos cidadãos portugueses para com os jornalistas. O estudo aponta que apenas 40% da população afirma confiar nestes profissionais. Acredita-se, portanto, que esta situação esteja relacionada diretamente com a literacia mediática, pois a temática possibilita que cidadãos lidem de forma crítica e consciente com essa nova realidade encontrada na sociedade contemporânea.

Desenvolvimento

O presente artigo apresenta duas seções: a primeira expõe uma breve revisão bibliográfica sobre a conceituação sobre a literacia mediática e a participação cidadã no contexto português. Esta etapa foi realizada nos meses de setembro, outubro e novembro de 2023; e a segunda e última seção discorre sobre uma breve discussão à guisa das considerações sobre a pesquisa elaborada no período. Ademais, a terceira e última proposta da pesquisa, ainda não finalizada e também inserida neste documento, corresponde a aplicação de entrevistas em profundidade com pesquisadores(as) da área em Portugal, seguindo os critérios propostos por Duarte (2005) para a realização efetiva da metodologia.

Esta pesquisa em desenvolvimento faz parte do projeto de pesquisa

intitulado *A literacia mediática em Portugal: contribuições para a participação cidadã*, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, processo nº 2023/01841-0, realizada entre setembro e novembro de 2023, pela doutoranda Ana Carolina Trindade.

A literacia mediática e a participação cidadã no contexto português

Os estudos científicos sobre a literacia mediática tiveram início no ano de 1982 através da elaboração do documento intitulado Declaração de Grünwald. A Declaração de Grünwald (UNESCO, 1982) se torna um marco ao criar recomendações em prol da literacia mediática para a época, as quais foram sistematizadas em: programas integrados sobre o tema; desenvolvimento de cursos de formação; estímulos de atividades de investigação; e apoio às ações realizadas e previstas pela UNESCO.

As novas formas oferecidas pela comunicação online e offline são cada vez mais habituais na sociedade contemporânea por conta do desenvolvimento acelerado dos meios de comunicação. “A velocidade de circulação da informação que recebemos diariamente é tão acelerada que a torna impossível de processar em tempo útil, nas 24 horas de cada dia” (Lopes, 2011, p. 20). Ao encontro disso, Carvalho (2022, p. 314) afirma que atualmente as redes sociais correspondem a uma expressão “direta, sem prévia seleção dos conteúdos nem intermediação jornalística, e podem ser definidas como serviços online que permitem aos utilizadores publicar conteúdos à sua escolha e torná-los acessíveis a todos ou a uma parte dos outros utilizadores desse serviço”. Esta nova forma de socialização demanda uma consciência crítica e individual por parte de cada cidadão.

O documento sobre as recomendações para a Literacia Mediática, redigido pela Comissão Europeia, traz um conteúdo que visa estimular o pluralismo e a independência do campo midiático, além da temática visar “condições essenciais para o exercício de uma cidadania activa e plena, evitando ou diminuindo os riscos de exclusão da vida comunitária” (Comissão Europeia, 2009, p. 01). A revisão da Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual (SSCSA) é recente e “obriga as plataformas de partilha de vídeos a fornecerem medidas e ferramentas eficazes de literacia mediática. Este é um requisito crucial devido ao papel central que tais plataformas desempenham no acesso a conteúdos audiovisuais” (Comissão Europeia, 2023, p. 01).

Em relação ao nível de satisfação sobre o funcionamento da democracia em Portugal, o qual se relaciona com a disposição dos meios em solo português, o Eurobarómetro (2023)¹, publicado em 2023, conclui que 77%

1 **Population:** Around 1000 respondents (15 years old +) per survey; **Methodology:** Face-to-face – Eurobarometer surveys carried out by Kantar; **Margin of error:** If a result is given in this document as 30%, the actual percentage across the whole population might vary between 27.2% and 32.8%. 10% or 90% 20% or 80% 30% or 70% 40% or 60% 50% +/- 1.9 points +/- 2.5 points +/- 2.8 points +/- 3.0 points +/- 3.1 points.

dos inquiridos (N= 1.000), entre 15-24 anos, estão satisfeitos, enquanto, 63% dos inquiridos (N= 1.000), de 55+ anos. Ou seja, quanto mais jovens, maior é o nível de satisfação com a democracia. As percepções sobre a democracia estão diretamente relacionadas ao desenvolvimento da literacia mediática, afinal, o processo de ensino-aprendizagem de cidadãos que impactam toda a sociedade é desenvolvido a partir de documentos encontrados em diversos níveis. Exemplificando: Diretiva (EU) 2018/1808 (Diretiva, 2018), Media Literacy Index da European Policies Initiative e o Open Society Institute – Foundation (Lessenski, 2022), Comissão Europeia (2009), entre outros. O relatório intitulado *How It Started, How It is Going: Media Literacy Index 2022* (Lessenski, 2022) salienta os movimentos para regulamentação das redes sociais que pairam na Europa, o qual afirma que a educação deve vir antes da regulamentação dos médias. Isto é, a educação é um caminho longo, porém, necessário, em uma sociedade midiaticizada.

Lopes (2011, p. 20) afirma que “somos cidadãos sempre disponíveis, sempre contactáveis, sempre online”. Neste viés de uma sociedade midiaticizada, o Parlamento Europeu e o Conselho delineiam a Diretiva (UE) 2018/1808 a fim de se adaptar à evolução das realidades do mercado de comunicação social, o qual a literacia mediática se insere no §59 afirmando que:

A «literacia mediática» refere-se às competências, aos conhecimentos e à compreensão que permitem aos cidadãos utilizar os meios de comunicação social de forma eficaz e segura. A fim de que os cidadãos possam aceder à informação e utilizem, analisem de forma crítica e criem conteúdos mediáticos de forma responsável e segura, deverão possuir elevadas competências de literacia mediática. A literacia mediática não deverá confinar-se a uma aprendizagem centrada em ferramentas e tecnologias, deverá também procurar dotar os cidadãos das competências de pensamento crítico necessárias para emitir juízos, analisar realidades complexas e reconhecer a diferença entre factos e opiniões. Por conseguinte, é necessário que tanto os fornecedores de serviços de comunicação social como as plataformas de partilha de vídeos, em cooperação com todas as partes interessadas relevantes, promovam o desenvolvimento da literacia mediática em todos os quadrantes da sociedade, para os cidadãos de todas as faixas etárias e para todos os meios de comunicação social, e que a sua evolução seja acompanhada de perto. (Diretiva, 2018, p. 09).

Carvalho (2022, p. 316) cita que o desenvolvimento dos novos media oferece meios para se informar e comunicar, além de alargar o direito à informação para todos os cidadãos. Entretanto, esta nova realidade também coopera com novos e complexos desafios. Os desafios não correspondem apenas aos assuntos relacionados ao desenvolvimento dos novos media, mas também envolvem questões relacionadas desde as formas de avaliar a lite-

racia mediática em determinados grupos, até questões sobre as formas de utilização, aprendizagem, alcances territoriais e acesso (Amaral, 2016).

A desinformação passa a ser uma das questões centrais, e tal fenômeno passa a ser estudado, combatido e discutido a partir da literacia mediática, de *fact check* ou por entidades que lidam com o fenômeno. Lopes (2019, p. 142) afirma que “a falta de literacia mediática e digital é a ‘cereja no topo do bolo’. Estando desprovido de competências a nível de compreensão, interpretação, análise crítica e reflexiva, o cidadão é mais facilmente intoxicável, manipulável, enfim, é menos... cidadão”. Ademais, Lessenski (2022) conclui que os países do leste europeu estão mais vulneráveis a esse tipo de fenômeno se comparado ao lado oeste do continente.

Diante disso, a participação social define o objetivo final da literacia mediática e parecer ser fundamental no que diz respeito a essa nova realidade comunicacional em Portugal. Esta participação social está “ligada à estimulação e à capacitação dos cidadãos para a participação na vida pública e para o exercício de uma cidadania ativa, crítica e responsável” (Petrella; Pereira; Pinto, 2012, p. 137).

Lopes (2019, p. 145) considera importante se atentar aos riscos que jovens estão sujeitos ao utilizar os meios de comunicação online de forma *escancarad* por conta: “do *ciberbullying* ao roubo de perfis, da exposição a todo o tipo de conteúdos, violentos ou pornográficos, informativos ou... *fake*”. Para Lopes (2019), a educação para os media² corresponde a forma mais eficaz contra a desinformação. Questionar a informação e ter raciocínio analítico são algumas das competências importantes para uma literacia mediática e digital.

Ao encontro disso, Cunha (2022) assinala a necessidade de promover a literacia mediática em crianças e os jovens por conta do vínculo desses dispositivos na vida dos cidadãos. Ademais, Cunha (2022, p. 195) afirma que “a aquisição de competências de literacia visa a participação, qualificada e consciente, dos cidadãos como atores no espaço público”.

Discussão à guisa de considerações

A etapa de revisão bibliográfica realizada até o momento possibilitou a aproximação da pesquisadora com os estudos sobre a literacia mediática no contexto português. O contato com as referências científicas de Alberto Arons de Carvalho (2022), Inês Amaral (2016), Simone Petrella, Sara Pereira e Manuel Pinto (2012), Paula Cristina Lopes e Patrícia Ávila (2019) foram de grande importância para a pesquisa.

Os próximos passos correspondem a aplicação de entrevistas em profundidade, a decupagem dessa etapa, bem como a análise desses dados. Preliminarmente, as entrevistas indicam que há autores e pesquisadores que

2 Nomenclatura utilizada pela autora.

utilizam diferentes termos para determinadas perspectivas quando questionados a diversidade de nomenclaturas existentes, e que a “*literacia mediática é condescendente à educação para os média*”. Em contrapartida, há pesquisador que afirma que “*a literacia dos média é o resultado da educação para os média*”. Espera-se que, os dados científicos cooperem com reflexões sobre de que forma a literacia mediática pode auxiliar na participação cidadã em Portugal ao concluir tal etapa de pesquisa prevista.

Referências

AMARAL, Inês. **Redes sociais na internet: sociabilidades emergentes**. Covilhã: LabCom.IFP, 2016.

BAUER, Thomas A. O valor público da Media Literacy. **Líbero**, v. 14, n. 27, p. 9-22, 2011.

CARVALHO, Alberto Arons de. **A regulação da Comunicação Social: a experiência portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. Literacia mediática. **Comissão Europeia**, 26 maio 2023. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/media-literacy>. Acesso em: 05 out. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. **Recomendação da Comissão**, de 20 de Agosto de 2009. Sobre literacia mediática no ambiente digital para uma indústria audiovisual e de conteúdos mais competitiva e uma sociedade do conhecimento inclusiva. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2009.

CUNHA, Isabel Maria Ribeiro Ferin. Literacias para a cidadania global. **Comunicação & Educação**, n. 2, 2022. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/comeduc/article/view/200305>. Acesso em: 28 set. 2023.

DIRETIVA. Diretiva (UE) 2018/1808 do parlamento europeu e do conselho, de 14 de novembro de 2018. **Jornal Oficial da União Europeia**, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1808&from=EN>. Acesso em: 05 out. 2023.

DUARTE, Jorge. Entrevista em profundidade. In: BARROS, Antonio; DUARTE, Jorge. **Métodos e Técnicas de Pesquisa em Comunicação**. São Paulo: Atlas, 2005.

EUROBARÓMETRO. Socio-demographic trends edition 9 (2007-2022) - Portugal. **Europarl**, 2023. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/eurobarometer/2023/socio-demographic-trends-national-public-opinion-edition-9/pt-sociodemographic-trends-2023.pdf>. Acesso em: 06 out. 2023.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

LESSENSKI, Marin. **How It Started, How It is Going: Media Literacy Index 2022**. Bulgária: Open Society Institute – Sofia, 2022. Disponível em: https://osis.bg/wp-content/uploads/2022/10/HowItStarted_MediaLiteracyIndex2022_ENG_.pdf. Acesso em: 18 set. 2022.

LOPES, Paula. Educação para os media nas sociedades multimediáticas. **CIES e-Working Paper**, n. 108, 2011. Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/2971/1/CIES-WP108_Lopes.pdf. Acesso em: 07 out 2023.

LOPES, Paula. Mentiras, pegadas e algoritmos: da necessidade de uma educação para os media. *In*: LOPES, Paula; REIS, Bruno. (Orgs.). **Comunicação Digital: Media, práticas e consumos**. Lisboa: NIP-C@M, 2019. p. 137-156.

LOPES, Paula; ÁVILA, Patrícia. Literacia mediática e cidadania. *In*: ESPANHA, Rita; LAPA, Tiago (Org.). **Literacia dos novos media**. Lisboa: Mundos Sociais, 2019. p. 29-44.

PETRELLA, Simone; PEREIRA, Sara; PINTO, Manuel. Literacia Mediática e Comunicação Intergeracional. Estudo das Trocas e Partilhas no ‘Encontro’ entre Gerações Distantes. *In*: **I Jornadas de Doutorandos em Ciências da Comunicação e Estudos Culturais**. Universidade do Minho: Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade, 2012.

SANTOS, Samuel. Temas da corrupção são o motor da desinformação em Portugal. **Público**, Prova dos factos, 21 jun. 2023. Disponível em: <https://www.publico.pt/2023/06/21/sociedade/noticia/temas-corrupcao-sao-motor-desinformacao-portugal-2054145>. Acesso em: 04 out. 2023.

UNESCO. Declaração de Grünwald. **Grünwald**, República Federal da Alemanha, 22 de janeiro de 1982. Disponível em: <https://milobs.pt/wp-content/uploads/2018/06/Declaracao-de-Grunwald.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL: REFLEXÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DOS MOVIMENTOS E CONTRAMOVIMENTOS SOCIAIS¹

Caroline Kraus Luvizotto

Doutora em Ciências Sociais. Docente e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Universidade Estadual Paulista, Brasil.

Professora Visitante Sênior na Technische Universität Dortmund, Alemanha

Resumo:

Este estudo aborda a importância dos movimentos sociais para a participação social e para a democracia. O percurso teórico contempla aspectos inerentes ao exercício da cidadania e à participação social, destacando a importância da informação e comunicação nesse contexto. O estudo foi conduzido seguindo os procedimentos metodológicos da Revisão Sistemática da Literatura (RSL); conceitua e estabelece uma relação entre movimentos e contramovimentos sociais e abrange uma certa dimensão performática, tanto de movimentos quanto de contramovimentos sociais, que se materializa na mobilização, na organização e na articulação dos mesmos em torno de seus objetivos políticos, sendo fundamental na difusão de suas demandas e reivindicações para a sociedade em geral e para os detentores do poder político. As reflexões apresentadas neste estudo sugerem que os movimentos sociais são atores políticos atuantes na esfera pública que, mesmo não dialogando com todos os setores da sociedade ou com o poder político, são portadores legítimos das demandas específicas de grupos sociais e operam a favor da democracia por meio de práticas cidadãs. A presença de diferentes grupos na sociedade civil, e até mesmo, de contramovimentos sociais, é uma prova da diversidade e pluralidade de ideias e opiniões e é essencial que haja espaço para o diálogo e a negociação entre eles para que se possa construir uma sociedade mais justa e democrática.

Palavras-chave: Participação social; Movimentos sociais; Contramovimentos sociais; Comunicação; Informação.

1 As reflexões apresentadas neste texto integram pesquisa realizada com financiamento da FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Processo 2021/04774-7) e com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) e Programa Probral - Projetos de Cooperação em Pesquisa entre o Brasil e a Alemanha - CAPES/DAAD (Processo 88881.371423/2019-01).

Introdução

Informação e comunicação tornaram-se essenciais para a conquista e a manutenção de direitos e para o exercício da cidadania e, na atualidade, grande parte de sua importância deriva do potencial da internet e de sua estrutura informacional como a descentralização do acesso, a interconectividade e a simultaneidade, que modificaram a ação comunicacional ao permitir que os sujeitos produzam e divulguem seus próprios conteúdos de forma cada vez mais rápida, interativa e participativa. No entanto, mesmo com esses avanços, verificam-se desafios significativos na garantia plena desse direito em todo o mundo. A desinformação, a manipulação da informação e as restrições ao acesso à informação são ameaças persistentes que precisam ser enfrentadas. Portanto, é fundamental que os movimentos sociais continuem a se dedicar à promoção do direito à informação e à comunicação como um pilar da democracia, buscando maneiras de fortalecer a transparência governamental, melhorar a educação midiática e garantir o acesso igualitário à informação para todos os cidadãos.

Os movimentos sociais desempenham um papel significativo na dinâmica democrática. Em uma democracia saudável, os movimentos sociais são reconhecidos como representantes legítimos das demandas dos grupos sociais, veículos pelos quais as demandas e preocupações da sociedade civil são expressas e negociadas, organizando e disseminando as pautas e agendas de mobilização (Luvizotto, 2022) e, neste contexto, a participação dos cidadãos é essencial para a manutenção do sistema.

As redes de comunicação e informação estabelecidas por eles são essenciais para fundamentar a esfera pública alternativa e construir as bases do próprio movimento, o que nos leva a compreender de que é íntima e intensa a relação entre movimentos sociais, informação e comunicação. Para Gohn (2008, p. 38), os movimentos sociais têm a “capacidade de transformar atores sociais em sujeitos sócio-políticos, coletivos, construtores de suas histórias” e possuem a habilidade de “realizar alianças, de se inserir em redes, de realizar parcerias, de articular-se com outros movimentos com princípios e valores similares, e outras ações expressas no agir político de um movimento”.

A intensa circulação de produtos midiáticos, imersos no que Braga (2012) denomina de processo de midiaticização da sociedade, possibilita a disseminação de discursos e narrativas defendidos pelos mais diversos sujeitos e organizações sociais, bem como pelo próprio Estado. Neste cenário, atores políticos como movimentos e contramovimentos sociais desempenham um papel fundamental na moldagem da opinião pública e na construção da agenda política. Através da sua participação ativa nos meios de comunicação e nas plataformas digitais, eles conseguem alcançar um público mais amplo e diversificado, promovendo suas ideias, demandas e valores.

Contramovimentos sociais constituem-se em processos de organização e mobilização contestatória de caráter conservador ou de setores/classes dominantes. São ações empenhadas por indivíduos, grupos e/ou organizações sociopolíticas que conjugam das mesmas opiniões e que, em geral, defendem a manutenção do status quo ou a estabilidade de determinado grupo social, e pautas contrárias às pautas dos movimentos sociais, disputando espaço e visibilidade na esfera pública (Luvizotto, 2022).

Movimentos e contramovimentos sociais agregam uma variedade de perspectivas e vozes à discussão pública. Eles representam interesses e grupos diversos e por meio de seus repertórios de ação, podem incentivar a participação social, envolvendo os cidadãos em atividades como protestos, petições e engajamento político, independente de suas visões políticas ou projetos de sociedade. Esta dinâmica de oposição pode fortalecer a democracia, pois os cidadãos se sentem mais conectados e envolvidos no processo político.

A partir dos procedimentos metodológicos prescritos na Revisão Sistemática da Literatura (RSL), com base nos protocolos descritos por Galvão & Ricarte (2019), este estudo aborda a importância dos movimentos sociais para a participação social e para a democracia. O percurso teórico contempla aspectos inerentes ao exercício da cidadania e à participação social, destacando a importância da informação e comunicação nesse contexto. Conceitua e estabelece uma relação entre movimentos e contramovimentos sociais e compreende uma certa dimensão performática, tanto de movimentos quanto de contramovimentos sociais, que se materializa na mobilização, na organização e na articulação dos mesmos em torno de seus objetivos políticos, sendo fundamental na difusão de suas demandas e reivindicações para a sociedade em geral e para os detentores do poder político.

Inicialmente, delimitou-se os temas da RSL estabelecendo como objetos movimentos, contramovimentos sociais, cidadania e participação social e a importância da comunicação e da informação nesse contexto. Foram consultadas bases de dados nacionais e internacionais e as buscas incidiram sobre temas estrategicamente selecionados nas áreas da Comunicação, da Sociologia e da Ciência da Informação e priorizaram publicações a partir dos anos 2000, com ênfase a partir dos anos de 2010, o que não menosprezou obras clássicas datadas de períodos anteriores. Ao final, 82 referências foram selecionadas e tiveram seu conteúdo sistematizado: informações relevantes de cada estudo (por exemplo, métodos e resultados) foram extraídas e registradas de forma sistemática. Destas 82 referências, 17 foram utilizadas para compor o texto ora apresentado.

As reflexões apresentadas neste estudo sugerem que os movimentos sociais são atores políticos atuantes na esfera pública que, mesmo não dialogando com todos os setores da sociedade ou com o poder político, são portadores legítimos das demandas específicas de grupos sociais e operam a

favor da democracia por meio de práticas cidadãs. A presença de diferentes grupos na sociedade civil, e até mesmo, de contramovimentos sociais, é uma prova da diversidade e pluralidade de ideias e opiniões e é essencial que haja espaço para o diálogo e a negociação entre eles para que se possa construir uma sociedade mais justa e democrática.

Movimentos, contramovimentos sociais e a participação social

Os movimentos sociais são entendidos, neste estudo, como “ações sociopolíticas construídas por atores sociais coletivos pertencentes a diferentes classes e camadas sociais, articuladas em certos cenários da conjuntura socioeconômica e política de um país, criando um campo político de força social na sociedade civil” (Gohn, 2006, p. 251)

Movimentos sociais visam a transformação social a partir de um projeto de sociedade, uma visão de mundo construída historicamente a partir da experiência de determinado grupo social. Movimentos sociais são ações coletivas de caráter político e social. Essas ações coletivas podem assumir muitas formas, incluindo protestos, manifestações, ativismos em ambientes digitais, representações artísticas, ocupações de espaços públicos ou privados, podendo usar ou não de violência.

Este estudo revisitou as principais teorias acerca da ação dos movimentos sociais. Em resposta às perspectivas que apontavam para a expressão irracional ou para o comportamento de massas, a Teoria da Mobilização de Recursos ressalta as decisões racionais e gerenciamento de recursos para atingir objetivos propostos e desconsidera tanto os aspectos simbólicos da cultura quanto a relação com estruturas sociais e políticas (Alonso, 2009).

A Teoria do Processo Político não descarta o caráter racional e organizativo dos movimentos, mas abrange sua relação com as estruturas por meio de conceitos como Estruturas de Oportunidades Políticas (Tarrow, 2011) referente às condições que constroem ou facilitam a ação coletiva de caráter contestatório; e de repertório de ação (Tilly, 1995), referente às possibilidades limitadas dentre as quais movimentos sociais optam por agir. A vertente dos Novos Movimentos Sociais, mais acolhida na América Latina, ressalta aspectos culturais, como a identidade coletiva que media atores sociais e estruturas políticas (Melucci, 1989). As correntes teóricas enfatizam aspectos diferentes, todos relevantes para compreensão dos movimentos sociais, e caminham para uma convergência que envolve as estruturas, os recursos e a cultura (Bringel, 2012).

As mudanças políticas ocorridas no Brasil nas últimas décadas, com a emergência de governos de esquerda que promoveram políticas de inclusão social, e a reação conservadora a esses governos por parte de setores políticos e econômicos tradicionais, trouxe como consequência a polarização política na região, impactando a democracia e a participação cidadã.

O papel dos movimentos e contramovimentos sociais na polarização política está relacionado com a disseminação de ideias e valores, a construção de identidades políticas e a mobilização da sociedade em torno de demandas específicas, uma vez que seu repertório de ação pode ser utilizado tanto para o fortalecimento da polarização quanto para mediar os diferentes grupos da sociedade civil.

Especialmente no Brasil, o fenômeno da polarização política tem sido amplamente influenciado pela atuação dos contramovimentos sociais. Esses grupos, muitas vezes ligados a interesses políticos e econômicos, utilizam-se de diferentes meios de comunicação para construir narrativas que criminalizam seus oponentes e buscam conquistar a opinião pública. A disseminação de notícias falsas e a criação de narrativas distorcidas sobre os fatos são práticas comuns desses grupos, que buscam deslegitimar os movimentos sociais e suas causas. Contramovimentos se opõem a pautas e narrativas dos movimentos sociais e fornecem elementos para análise e compreensão de seu repertório de ação e de sua relação com a sociedade civil, com as organizações sociopolíticas e com o Estado, um contexto em que a informação é elemento essencial (Luvizotto, 2022).

De acordo com Silva e Pereira (2020, p. 32) “um elemento comum a todas as definições de contramovimentos é que estes se constroem em relação de oposição e conflito com movimentos sociais que desafiam ou ameaçam interesses, valores, modos de vida, posição social, entre outros aspectos, de determinado segmento da sociedade”. Quando movimentos sociais avançam em suas conquistas, seja pela adesão da opinião pública ou quando o Estado se mostra mais favorável às suas reivindicações, aquilo que era uma preocupação genérica de determinados sujeitos ou grupos sociais se transforma em uma ameaça concreta e imperativa, “oportunizando a constituição de um contramovimento social” (Silva; Pereira, 2020, p. 36). Isso porque, segundo Rezende (2016), os contramovimentos não se opõem diretamente ao movimento social, mas sim aos avanços oriundos de sua mobilização.

Certamente, a oposição narrativa dos contramovimentos sociais exerce uma forte influência no processo comunicacional, pois muitas vezes procura deslegitimar as pautas dos movimentos sociais, seja através de distorções ou de minimizações. A dinâmica comunicacional estabelecida pelos movimentos sociais, em oposição às narrativas dos contramovimentos, revela-se como um importante mecanismo para a defesa de suas agendas políticas e para a promoção de mudanças sociais mais amplas.

Luvizotto et. al. (2023), entendem que as dinâmicas comunicacionais podem constituir e fortalecer as relações de poder assimétricas, ao mesmo tempo que é a partir deles que as assimetrias podem ser revisitadas, pois ainda que a informação esteja intrínseca às relações de poder, seu caráter emancipador não se esgota. Os autores também defendem que a informação é essencial para que cidadãos, grupos sociais e organizações participem ple-

namente do processo democrático.

Informação, comunicação e o repertório de ação dos movimentos e contramovimentos sociais

Para compreender a dinâmica social contemporânea e a atuação dos movimentos e contramovimentos sociais, apresenta-se a seguir uma reflexão sobre a relação entre informação, comunicação e o repertório de ação de movimentos e contramovimentos sociais.

Assim como Volpato (2022), este estudo adota o conceito de repertório de ação dos movimentos sociais para tratar do “conjunto limitado de rotinas que são aprendidas, compartilhadas e postas em ação por meio de um processo relativamente deliberado de escolha” por esses movimentos (Tilly, 1995, p. 26). O repertório representa um leque de ações circunscrito historicamente. “Os participantes dos movimentos sociais escolhem dentre as formas mais ou menos convencionais de interação contenciosa, levando em consideração as demais variáveis de seu contexto, como seus objetivos, estruturas de mobilização e de oportunidade política” (Volpato, 2022, p. 65).

Alguns elementos são essenciais para compreender o repertório de ação dos movimentos e contramovimentos sociais, como por exemplo, as relações de poder, os discursos políticos e a produção simbólica na construção da esfera pública e na formação da opinião pública. A esfera pública é vista como um espaço de negociação, disputa e construção de significados, no qual os movimentos e contramovimentos sociais se inserem e constroem suas ações e estratégias. No caso específico de movimentos sociais, a análise de seu repertório de ação deve considerar as dimensões comunicacionais presentes nas práticas desses atores sociais, incluindo a construção de discursos, a escolha de canais de comunicação, a mobilização de recursos comunicacionais, entre outras estratégias que influenciam a relação entre os movimentos sociais e a sociedade (Volpato et. al., 2019).

A informação constitui a base organizacional das relações na sociedade contemporânea. O valor da informação é incalculável e é fundamental conhecer e dominar a sua produção, sua difusão, ter acesso a ela e preservá-la. As tecnologias digitais revolucionaram de maneira inédita as estruturas sociais. Aos recursos técnicos, somaram-se usos e apropriações de tecnologias desenvolvidas por diferentes atores, a partir de interesses variados que vêm produzindo e disseminando informação rápida e demasiadamente nas sociedades modernas. A partir das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) é possível a troca de informações em ambientes informacionais digitais, permitindo a interação e a colaboração entre os cidadãos e entre eles e as instituições, organizações e governos, recorrendo a práticas e métodos em constante construção. Essa troca de informações não se limita aos ambientes digitais, uma vez que a sociedade em processo de midiaticização vivencia

a convergência dos meios de comunicação influenciando as ações dentro e fora das redes (Braga, 2012).

Estudos recentes indicam que a internet e as mídias digitais possibilitam uma nova compreensão e sentido para a participação, para a democracia, para o ativismo e para as identidades coletivas, uma vez que sua estrutura possibilita a articulação dos atores sociais de modo inter e correlacionado, sendo considerado um dos meios de comunicação mais democráticos em relação ao acesso, criação e uso da informação, o que não significa que não tenha limitações e desafios a serem superados. No que se refere à compreensão das redes sociais na vida cotidiana do século XXI temos uma variedade de pesquisas que indicam o papel das redes sociais nos estudos e na realidade contemporânea (Recuero, 2012; Luvizotto; Sena 2022), em movimentos sociais e manifestações globais (Castells, 2013); em eleições pelo mundo todo em um contexto de crise da democracia liberal (Mounk, 2019), em processos de desinformação (Pinto et al. 2018), além de muitos outros âmbitos.

O ciberativismo, ou o ativismo digital, é uma importante ação na luta por transformações sociais. Estudos desenvolvidos por Volpato et. al., (2019) indicam que os movimentos e contramovimentos sociais utilizam simultaneamente ações de rua (como passeatas, atos e protestos) e ativismo digital com recursos de comunicação instantânea, que difundem as informações acerca de suas demandas e sua agenda de mobilização, para legitimar as suas causas e exercer pressão sobre governos e diversos setores da sociedade.

Movimentos e contramovimentos sociais utilizam as ferramentas disponíveis na esfera midiática para mobilizar seus apoiadores, conscientizar a sociedade sobre questões relevantes e influenciar o debate público. Ao fazerem isso, podem desafiar narrativas dominantes e promover alternativas políticas e sociais.

No entanto, a intensa circulação de produtos midiáticos também apresenta desafios para esses atores políticos. Em busca de visibilidade (Volpato, 2022), eles precisam competir com uma variedade de vozes e discursos na esfera pública, o que pode dificultar a disseminação de suas mensagens e causas. A polarização e a desinformação nas redes sociais podem tornar o ambiente midiático ainda mais complexo e hostil para os atores políticos que buscam promover a mudança social, independente do tipo de causa ou grupo social que representem.

A desinformação, a manipulação da informação e as restrições ao acesso à informação são questões críticas e persistentes que constituem sérias ameaças à saúde da democracia e à participação social nas sociedades contemporâneas. Esses problemas têm implicações profundas e multifacetadas, exigindo atenção e ação imediata, sob pena de comprometer a integridade dos sistemas democráticos e a capacidade das pessoas de participarem efetivamente na vida política.

Em primeiro lugar, é fundamental reconhecer que a democracia depende da existência de um ambiente informacional saudável. Os cidadãos precisam de informações precisas, imparciais e acessíveis para tomar decisões em eleições, referendos e debates políticos. Quando a desinformação prevalece e a manipulação da informação é disseminada, os cidadãos são privados da capacidade de discernir com precisão os fatos e as consequências de suas escolhas políticas. Isso mina a essência da democracia, que se baseia na suposição de que o povo tem a capacidade de fazer escolhas racionais e informadas.

Além disso, a participação ativa dos cidadãos é um elemento central de qualquer sistema democrático saudável. Restrições ao acesso à informação ou a presença generalizada de informações falsas prejudicam a capacidade das pessoas de se envolverem de maneira significativa na vida política.

Ademais, a desinformação representa uma ameaça à segurança nacional, pois países hostis podem explorá-la para abalar a estabilidade democrática em outras nações. Isso inclui a disseminação deliberada de informações falsas para diminuir a confiança nas instituições democráticas ou incitar conflitos internos. Portanto, a proteção contra a desinformação não é apenas uma questão de bem-estar social, mas também uma questão de segurança (Zanetti et. al., 2023).

Para lidar com essas ameaças persistentes à democracia e à participação social, é necessário um esforço conjunto envolvendo governos, sociedade civil, mídia e plataformas de mídia social. Isso inclui a promoção de padrões éticos rigorosos no jornalismo, a implementação de medidas para combater a desinformação em plataformas online, a promoção da alfabetização midiática e a proteção do direito fundamental ao acesso à informação.

Apesar de este estudo reconhecer o papel dos meios de comunicação, em especial da internet, para a participação cidadã, não ignora que a inclusão digital e o acesso equitativo à informação e à tecnologia ainda são desafios significativos que precisam ser enfrentados. Além dos problemas relativos à desinformação e manipulação da informação já mencionados, é importante destacar que, embora a internet tenha ampliado as oportunidades de participação e engajamento cidadão, ela não está disponível de forma igualitária para todos os grupos sociais.

A busca por uma participação cidadã efetiva na era digital requer um esforço conjunto para superar as barreiras de acesso, reduzir as disparidades na literacia digital e promover um ambiente online onde a qualidade da informação e a diversidade de perspectivas sejam valorizadas.

Em democracias maduras, os movimentos sociais desempenham um papel crítico como mecanismos de controle e fiscalização do governo e das instituições políticas. Eles podem levantar questões que não são adequadamente abordadas pelas estruturas políticas tradicionais e expor práticas indesejadas ou injustas. Também podem influenciar diretamente as políticas

públicas, pressionando por mudanças legislativas e regulatórias. Eles podem mobilizar eleitores e criar apoio para determinadas políticas ou candidatos. Os movimentos sociais podem exercer pressão sobre o governo e as instituições para abordar questões importantes, seja no campo ambiental, social, de direitos civis ou econômico.

A comunicação eficaz dá voz a grupos marginalizados e minorias que podem não ter acesso aos canais tradicionais de mídia. Isso permite que suas preocupações e demandas sejam ouvidas e amplificadas, desafiando o status quo e pressionando por mudanças. De acordo com Trindade (2020), a informação acessível e a comunicação aberta incentivam a participação. Os cidadãos bem informados são mais propensos a se envolver em movimentos sociais, protestos e processos democráticos, tornando a democracia mais inclusiva.

A promoção de um debate público informado e inclusivo constitui um pilar da tomada de decisões políticas sólidas e da prestação de contas das autoridades governamentais. A mídia, nesse contexto, exerce um papel central ao atuar como um contrapeso ao poder estatal, investigando ações administrativas, revelando casos de corrupção e fomentando a transparência governamental. Por meio da disseminação de informações, a mídia propicia aos cidadãos a capacidade de avaliar as atividades de seus líderes e de demandar responsabilização quando necessária.

Considerações finais

As reflexões aqui apresentadas sugerem que os repertórios de ação dos movimentos e contramovimentos sociais são impulsionados pelos meios de comunicação, em especial, pelas tecnologias digitais, que são utilizadas para mobilizar e engajar pessoas, promovendo debates públicos, criando espaços de discussão e compartilhamento de informações. Essas ações têm potencial para a construir um modelo de comunicação mais plural, inclusivo e responsável, que busca romper com os padrões tradicionais de produção, distribuição e acesso à informação. Entretanto, os desafios são inúmeros e englobam desde a produção de desinformação, até os inúmeros problemas de acesso à informação e à comunicação.

Informação e comunicação são elementos-chave que capacitam os indivíduos a se envolverem ativamente na vida política e social. Por meio das redes de comunicação e informação, as pessoas têm acesso a conhecimentos, dados, argumentos e perspectivas que podem influenciar suas opiniões, engajamento e ações.

A interconexão entre movimentos sociais, informação e comunicação é vital para a formação da esfera pública alternativa, na qual as vozes e preocupações das comunidades marginalizadas e dos grupos que lutam por justiça social podem ser ouvidas e consideradas. Além disso, a informação

e a comunicação desempenham um papel importante na mobilização, organização e coordenação de ações coletivas, permitindo que os movimentos sociais atinjam seus objetivos de maneira mais eficaz.

As reflexões apresentadas neste estudo sugerem que os movimentos sociais são atores políticos atuantes na esfera pública que, mesmo não dialogando com todos os setores da sociedade ou com o poder político, são portadores legítimos das demandas específicas de grupos sociais e operam a favor da democracia por meio de práticas cidadãs. A presença de diferentes grupos na sociedade civil, e até mesmo, de contramovimentos sociais, é uma prova da diversidade e pluralidade de ideias e opiniões e é essencial que haja espaço para o diálogo e a negociação entre eles para que se possa construir uma sociedade mais justa e democrática.

Referências

ALONSO, A. As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate. **Lua Nova**, v. 1, 2009, p. 49-86.

BRAGA, J. L. Circuitos versus campos sociais. In: MATTOS, M. A.; JANOTTI JÚNIOR, J.; JACKS, N. (Orgs.). **Mediação & Mdiatização**. Salvador: Edufba, 2012.

BRINGEL, B. Com, contra e para além de Charles Tilly: mudanças teóricas no estudo das ações coletivas e dos movimentos sociais. **Sociologia & Antropologia**, v. 3, 2012, p. 43-67.

CASTELLS, M. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. São Paulo: Zahar, 2013.

GALVÃO, M. C. B.; RICARTE, I. L. M. Revisão sistemática da literatura: conceitualização, produção e publicação. **Logeion: Filosofia da Informação**, v. 1, 2019, p. 57-73.

GONH, M. G. **O protagonismo da sociedade civil – movimentos sociais, ONGs e redes solidárias**. São Paulo: Cortez, 2008.

GONH, M. G. **Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

LUVIZOTTO, C. K. Comunicação Digital e Cidadania: A Atuação de Movimentos Sociais e Contramovimentos Durante a Pandemia de Covid-19. **Revista Comunicação Midiática (Online)**, v. 61-72, 2022. Disponível em: <https://www2.faac.unesp.br/comunicacaomidiatica/index.php/CM/article/view/542>. Acesso em: 06 abr. 2023.

LUVIZOTTO, C. K.; DATRINO, M. A.; NASCIMENTO, F. A. Informação, comunicação e cidadania: o impacto da comunicação on-line na difusão da informação em tempos hodiernos. **Caderno Pedagógico**, v. 3, 2023, p. 1464-1489.

REZENDE, P. **Movimentos sociais e contramovimentos: mobilizações antiaborto no Brasil contemporâneo**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal de São Paulo. 2016.

SILVA, M. K.; PEREIRA, M. M. Movimentos e contramovimentos sociais: o ca-

ráter relacional da conflitualidade social. **Revista Brasileira de Sociologia**, v. 20, 2020, p. 26-49.

TARROW, S. **Poder em movimento: movimentos sociais e política contenciosa**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

TILLY, C. Repertórios controversos na Grã-Bretanha. In: MARK, T. (Org.). **Repertórios e ciclos de ação coletiva**. Durham: Duke University Press, 1995.

TRINDADE, A. C. **O potencial das fanpages dos movimentos sociais em prol da democratização da comunicação: Um estudo sobre a comunicação online do Intervozes e Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação**. 2020. Dissertação (Mestrado em Comunicação) - Universidade Estadual Paulista, 2020.

VOLPATO, A. N. **Estratégias de visibilidade de movimentos sociais da juventude na sociedade midiaticizada**. 2022. Tese (Doutorado em Comunicação) - Universidade Estadual Paulista, 2022.

VOLPATO, A. N.; LUVIZOTTO, C. K.; VERSUTI, C. D. Visibilidade Como Estratégia, Estratégias de Visibilidade: Movimentos sociais contemporâneos na internet. **Revista ECO-Pós**, v. 1, 2019, p. 352-383. Disponível em https://revistaecopos.eco.ufrj.br/eco_pos/article/view/15992/pdf. Acesso em 22 abr. 2022.

ZANETTI, L. A.; LUVIZOTTO, C. K.; NASCIMENTO, F. A.; TRINDADE, A. C. Esfera Pública Midiaticizada e Jornalismo em Tempos de Algoritmos, Polarização e Crise da Democracia no Brasil. **Ciências Sociais**, v. 12, n. 4, 2023, p. 143-151. Disponível em <http://www.socialsciencesjournal.org/article/202/10.11648.j.ss.20231204.11>. Acesso em 08 nov 2023.

POR UMA PARIDADE DE ARMAS NO USO POLÍTICO DO BIG DATA: QUESTÕES QUANTO AO USO ÉTICO E TRANSPARENTE DA SOCIOLOGIA RELACIONAL NAS ELEIÇÕES

João Vargas Leal Júnior

Doutorando pela Universidade Federal de Santa Catarina, Professor na Universidade Estadual de Santa Cruz e Advogado da União em Ilhéus, Bahia, Brasil

Resumo:

O problema inicial é se o uso do big data e o direcionamento de elementos influenciadores a partir deste processo estão sendo críticos para a mudança de votos tidos como consolidados, vez que, para tanto, está-se usando de elementos capazes de influenciar o íntimo dos eleitores a partir dos dados que partilham na rede, resultando em discussões como as do projeto brasileiro de lei das fake news. Assim, a hipótese é que a sociologia relacional, como proposta por Pierpaolo Donati, não só revolucionou a sociologia clássica como dotou a análise sociológica de mecanismos, operados pela supercomputação a partir do big data, que permitem que sejam mudados caracteres e tendências tidos como certos. Hoje, é possível coletar tais dados das redes sociais, tratá-los e usar legiões de contratados o mais das vezes inatingíveis para fins penais, para alcançar apoio ou mesmo mudar uma tendência política. Nesse sentido, a questão do ângulo jurídico é que os próprios usuários, praticamente todos, autorizam o compartilhamento dos seus dados, incluindo preferências de compras, políticas e o conteúdo que geram. Daí, o objetivo é demonstrar que um princípio de informação política pode demandar normas de transparência que alertem o cidadão, como consumidor político, dessa tendência. E que permitam aos players políticos atuarem de acordo com um patamar ético novo, que considere a inevitabilidade dessas práticas.

Palavras-chave: Sociologia; Relacional; Eleições; Informação; Transparência.

Há alguns anos, uma senhora cozinheira no Brasil e que conseguiu um green card para viver com a família da filha, casada com um norte-americano em Atlanta, visitou a família deste autor após a eleição de Trump. Quan-

do perguntada sobre a política, confidenciou, parecendo envergonhada: A filha e o genro votaram no Trump.

A questão maior sobre este fato, passados anos e com a ruminação de por quê o Trump foi eleito, com a eclosão da questão das fake news e do escândalo da Cambridge Analytica, e ainda após uma eleição com características semelhantes de Bolsonaro no Brasil, resultando nas discussões sobre o Projeto de Lei das Fake News, é: Como uma família de afro-descendentes, incluindo imigrantes, pôde aderir à eleição de um presidente cuja pauta é justamente uma política não-imigratória, de exclusão e até criminalização da imigração?

A resposta parece passar pela compreensão de como a sociologia relacional, como proposta por Pierpaolo Donati, revolucionou a sociologia clássica, e como tais mecanismos, operados pela supercomputação a partir do big data e envio de informações e propagandas específicos a cada indivíduo ou grupo, podem permitir, a partir de ansios e receios identificados em cada grupo, mudar preferências políticas tidas como certas para estes grupos.

A par disso, cabe considerar que a liquidez identificada por Zygmunt Bauman não opera apenas quanto a relações afetivas, mas também quanto a convicções. No mundo interconectado atual, não há mais um conjunto de convicções estáticas de cada indivíduo ou grupo. Se antes o hipossuficiente tinha que ser esquerdista e portanto pró-imigração, e o abastado o contrário, mais que nunca essas qualificações perderam sentido.

A identificação das questões centrais da política atual passa por ver qual é a atividade política desejada em termos neutros, a partir da constatação de diferenciação dos fatores reais de poder da realidade projetada pela Constituição, conforme já verificava Ferdinand Lassalle. Pelo que cabe fazer uma integração da projeção do que é um ideal de política, a partir da teorização da justiça como proposta por John Rawls, considerando ainda a por menorização da atividade política atual a partir da sociologia relacional como aprimorada por Pierpaolo Donati.

Nesse sentido, a solidariedade nas relações sociais como preconizada por Axel Honneth e a empatia podem agregar o limite de valores para inclusive balizar as propostas políticas.

Então, pode-se realizar a hipótese de que é possível uma qualificação relativamente neutra da atividade política para propiciar o resgate dessa atividade de modo a haver uma maior participação de pessoas que efetivamente possam contribuir nessa atuação.

É o que deve ser buscado na atividade partidária, e a partir desse enfoque cabe não só dar toda a informação possível ao eleitor, como também alertá-lo que pode haver razões contrárias, bem como que o receio e o medo que se pretende insuflar podem ser infundados ou mesmo que devem ser contrapostos por premissas éticas maiores.

O problema não é novo. Referindo-se à conceituação de política, no seu Direito Eleitoral, Jairo Gomes inicia se referindo à teorização da política na filosofia clássica:

“Em sua *Ética a Nicômacos*, Aristóteles (1992, p. 1094a e 1094b) afirma que a ciência política estabelece o que devemos fazer e aquilo de que devemos abster-nos. Sua finalidade é o bem do homem, ou seja, a felicidade. Deve descrever o modo como o homem alcança a felicidade. Esta depende de se seguir certa maneira de viver. Nesse sentido, o termo político significa o mesmo que ética e moral, conduzindo ao estudo individual da ação e do caráter”.

“Todavia, em outro texto, *Política*, Aristóteles (1985, p. 1253a–1280b) emprega o termo focado com significado diverso. Considera que o homem é um animal social; o único que tem o dom da fala. Sua vida e sua felicidade são condicionadas pelo ambiente, pelos costumes, pelas leis e instituições. Isoladamente, o indivíduo não é autossuficiente, existindo um impulso natural para que participe da comunidade. A cidade, nessa perspectiva, é formada não apenas com vistas a assegurar a vida, mas também para assegurar uma vida melhor, livre e digna. Nesse contexto, política consiste no estudo do Estado, do governo, das instituições sociais, das Constituições estatais. É a ciência que pretende desvendar a melhor organização social – a melhor Constituição estatal –, de modo que o homem possa alcançar o bem, a felicidade. Assim, a ciência política deve descrever a forma ideal de Estado, bem como a melhor forma de Estado possível na presença de certas circunstâncias.”

Com a teorização política atual, podemos entender que a política é o meio pelo qual o poder é estruturado, transferido e exercido, sendo que o poder é, no seu aspecto mais simples, a possibilidade de fazer algo, por si ou por outrem. E a política é o meio de permitir que todos façam mais do que cada um, pela coordenação dos esforços da sociedade. Nesse sentido, a vitória da política se dá, em um sentido material, quando uma civilização erige equipamentos, prédios, infra-estruturas que lhe permitam viver melhor e se desenvolver, ou realiza uma maravilha, desde as pirâmides até o Projeto Apolo, levando o homem à Lua.

Também se dá quando as formas de organização econômica permitem uma funcionalidade utilitarista com maior realização e felicidades individuais, como preconiza, dentre outros, John Rawls. Em sentido funcional, então, tal ocorre quando as gerações sucessoras vão vivendo mais e melhor do que as anteriores.

Em contraposição, a má política - ou, se entendermos que a política só é a que se exerce para o bem e a união, a derrota da política - é a que destrói ou deixa de erigir bens, equipamentos, prédios e a riquezas, por meio da guerra ou da corrupção, dentre outras mazelas que o gregarismo disfuncional ocasiona.

E, a partir de Lassalle, temos que todo país tem algum grau de distopia em algum grau entre a chamada Constituição real e a formal, conforme sejam diferentes os fatores reais de poder que efetivamente atuam dos preconizados no processo legislativo e decisional formalmente previstos. Por isso, se temos que evitar que a democracia e meritocracia descambem para uma cleptocracia e ineficaz tecnocracia, é urgente criar um mecanismo pelo qual o prócer que tenha propostas corajosas e lúdicas não seja calado ou tenha que tergiversar com o medo insuflado pelos adversários.

Aqui, para falarmos de que tipo de política e políticos seriam ideais, cabe explorarmos mais do utilitarismo social de John Rawls e da sociologia relacional de Pierpaolo Donatis, quanto aos métodos da política atuais, bem como dos limites da política pelas perspectivas empáticas.

Quanto a Rawls, sua abordagem é utilitarista a partir de uma premissa de igualdade ideal, pela qual não haja a contaminação do ideal de justiça pelas preferências dadas as situações pessoais de cada um. Nesse sentido, um imposto sobre a renda e os benefícios sociais distribuídos a partir da arrecadação, por exemplo, serão justos vez que o chamado véu da ignorância impede que se saiba se o optante será rico ou pobre: Assim, o rico não reduz a alíquota pela qual pagará o tributo e os benefícios possíveis, e o pobre não a incrementa, nem aumenta os benefícios a um tanto que impedirá a fruição e capitalização de riquezas.

Não obstante, Rawls admite as desigualdades, desde que os sistemas econômico e social resultantes as permitam conforme a verdadeira capacidade e esforço de cada um.

A concessão que Rawls faz é quanto às possibilidades de que os desfavorecidos, idealmente considerados, possam ter suas oportunidades equalizadas com as dos mais abastados ou situados na elite. Nesse sentido, cinquenta anos após a idealização de seu Uma Teoria da Justiça, temos hoje vários mecanismos de ação afirmativa, pelo que está se firmando que a política ideal é a que realize essa justiça distributiva baseada num contratualismo utilitarista social.

Embora Rawls tenha sido rotulado de comunista por alguns da extrema direita norte-americana, na verdade não defendeu a proscrição de mecanismos que estejam fora desse distributivismo utilitarista, como a herança e os privilégios de classe, embora se possa ver da utilidade da sua obra para o ativismo pela proscrição de vários tipos de discriminação. Essa abordagem tem conformado o que se tem chamado de correção política. E só foi possível por causa da referida coragem dos próceres a que referimos acima.

Quanto à sociologia relacional, há vários conceitos. Mas, para os fins deste trabalho, temos que se trata de um conjunto de métodos novos e compreensivos de análise sociológica, que revolucionou a sociologia clássica, sendo que tais métodos, se operados pela supercomputação em técnicas como as do big data, permitem o envio de informações e propagandas específicos

a cada indivíduo ou grupo, para, a partir de anseios e receios identificados em cada grupo, conhecer e até mudar convicções e caracteres políticos, inclusive a nível individual, de cada membro destes grupos.

Com o uso do big data, a sociologia relacional pode levar à operacionalização política com uma abrangência inédita. Contextualizando com um exemplo: Se é possível verificar, pelas opiniões expressas nas suas postagens, que os membros de uma família de imigrantes que obtiveram green card temem que mais imigrantes podem levar a uma perda dos direitos que já conquistaram, a inserção de noticiário específico nesse sentido pode fazer com que, em razão do medo, mudem seus votos de Hillary, progressista em relação à imigração, para Trump, bem mais restritivo nesse sentido.

A sociologia relacional, assim, está para a sociologia tradicional, como inicializada por Durkheim, como a meteorologia atual está para a tradicional. Enquanto antes tínhamos a noção que o clima quase não podia ser previsto, hoje os meteorologistas contam com inúmeros dados atmosféricos e oceânicos automaticamente alimentando supercomputadores que podem prever, com razoável certeza, o momento em que uma tempestade ou furacão irá se formar e alcançar alguma região, emitindo alertas com dias de antecedência.

Do mesmo modo, a sociologia tradicional daria como certa a votação da família da cozinheira para Hillary, enquanto a sociologia relacional considera a relação familiar como um conjunto de dados para concluir que aquela família pode mudar seu voto se receosa que o conjunto de benefícios sociais que os alcança estaria ameaçado se mais imigrantes fossem admitidos nos Estados Unidos.

Este conjunto de dados seria impensável que fosse obtido antes da disseminação das redes sociais na Internet. Mas, hoje, é possível coletá-los em empresas como a Meta ou o Google, tratá-los em outras empresas como a Cambridge Analytica, e usar legiões de contratados o mais das vezes inatingíveis para fins penais, em países como a Rússia ou da Ásia Central, para remeter informações por vezes não fundadas, as chamadas fake news, para alcançar apoio ou mesmo mudar uma tendência política.

Em um extremo, está começando a haver uma interação entre aplicações invasivas de inteligência artificial, desde o reconhecimento facial até a identificação de padrões de comportamento e os interesses políticos, de modo a que, em países de regimes totalitários, já se verifique o aparecimento de uma IA-tocracia, com o uso massivo dessas ferramentas para identificação e controle da população.

Os empresários que desenvolvem tais ferramentas, assim, têm sido capitalizados e até catapultados politicamente pelas elites tradicionais, pelo que parece estar se formando uma simbiose enclausurante do verdadeiro conhecimento político nesses países, nos moldes das preconizações orwellianas.

Em contraposição, o uso do big data se alia às aplicações da inteligência artificial exigindo limites para o tratamento das propostas e das formas

de fazer política. A solidariedade nas relações sociais como preconizada por Axel Honneth e a empatia se apresentam como formas de conexão que deve ser buscada pela conformação das relações que a sociologia relacional dispõe, inclusive como limite à política. No exemplo acima, se há uma Lei de Migração que dispõe que as normas decorrentes serão de acolhida humanitária, não é possível uma opção política por uma abordagem menos empática. Nesse sentido, o trabalho político em contrário pode levar a uma anti-socialização que pode, por sua vez, ser arguida até para impugnação de candidatura ou mandato eletivo.

A questão do ângulo jurídico é que o único ilícito cometido nesse mecanismo é a fake new, que poderia gerar uma responsabilização por mecanismos tradicionais como as leis que determinam responsabilidade quanto a publicações, tais como a Lei de Imprensa brasileira. Mas o efeito da norma é imperfeito: Ainda que seja possível linkar o operativo da Ásia Central com o marqueteiro, o mais das vezes o político já está eleito, sem possibilidade de se considerar que o resultado das eleições poderia ser mudado se a fake new não tivesse sido disseminada.

Além disso, a exacerbação do receio que pode levar à mudança na tendência do voto o mais das vezes se dá pelo exagero ainda que lícito das considerações sobre as informações que levem a essa mudança. No caso da família da cozinheira, que a política dos democratas seria a de diluir o conteúdo de benefícios sociais se houvesse a legalização dos imigrantes não-formalizados. Benefícios estes que a plataforma republicana excluía, ainda que a plataforma republicana evite essa diluição mantendo a anti-empática criminalização da imigração clandestina.

E o uso de metadados pela Meta - o novo nome já exhibe a principal fonte de recursos buscada - e outras empresas de suporte de redes sociais juridicamente é admitido se for considerado que, ao se inscrever nas suas plataformas, os usuários concordam com a política de uso de dados da empresa, o que permite tratar conjuntos de usuários, ainda que sem a identidade revelada, como difusores e receptores de tais dados de ansiedade e receio para tratamento pelos supercomputadores dos contratantes, no caso os marqueteiros contratados por políticos, que por sua vez contratam as empresas operadoras e os remetentes de propaganda e informações.

O que se propõe é um desassombro. Os próprios usuários, praticamente todos, autorizam o compartilhamento dos seus dados, incluindo preferências de compras, políticas e o conteúdo que geram. Se fazem isso em razão dos egos precisarem de constante inflação e serem porosos esta é uma questão de possível reforma educacional, principalmente para aumentar uma resiliência emocional hoje em geral quase nula. Mas isso é para médio ou longo prazo, e de duvidoso interesse político. Então não adianta querer resguardar uma privacidade de que voluntariamente abrem mão, ainda que leis como a Lei Geral de Proteção de Dados determine a supra referida não

identificação, não é necessário identificar nominalmente o usuário A ou B para identificar que o receio de um deles pode ser o da migração diluir seus benefícios, e que o do outro pode ser que políticas econômicas restritivas congelem seus ganhos.

Daí, o que um princípio de informação política pode demandar são normas de transparência que alertem o cidadão, inclusive consumidor político, não só das propostas de um e de outro candidato, como também das manipulações a partir de publicidade impulsionada, inserção de notícias e propaganda em geral. E que permitam aos players políticos atuarem de acordo com um patamar ético novo, ainda que considerando a inevitabilidade dessas práticas.

Então, em um sentido de amplitude de informação política, a questão não é a de meramente controlar as fake news como o Projeto de Lei brasileiro de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet - PL das Fake News - pretende, mas a de orientar os recursos partidários de uma forma a permitir o uso desses metadados de forma igualitária pelos players, de modo também transparente, podendo cada um ter acesso às conclusões dos outros, assim como as pesquisas de intenção de voto hoje têm que ser registradas no tribunal eleitoral.

Note-se que não se trata apenas do registro do gasto com a publicidade impulsionada para fins contábeis, como hoje já se exige, mas do registro prévio do uso de metadados para conhecimento prévio, inclusive pelas campanhas dos demais candidatos, e de quais propostas, publicidade e notícias estão sendo direcionadas a tal ou qual grupo de eleitores. O que pode permitir ao candidato contrário a contra-argumentação adequada de modo a propor a adoção de valores éticos pelo eleitorado que o dissuadam de orientar seu voto orientada pelo mero medo.

Há questões ainda a serem consideradas. Elementos tais como a cláusula de barreira, a proporcionalidade eleitoral e a desigualdade do acesso ao fundo partidário podem levar a que inserções, direcionamento de notícias e propaganda em geral de um candidato, ainda que plenamente conhecido pelo outro, tornem o alcance da contrapartida insuficiente. Pelo que cabe um eventual direito de resposta sob pena de impugnação de candidatura com o mesmo alcance que a difusão originária?

Exemplificando: No caso de altos valores para a propaganda de que os imigrantes que já votem terão seus benefícios diluídos se as leis de migração admitirem a acolhida humanitária por um partido maior, o outro partido poderá ter acesso à cota do fundo partidário do partido maior para contra-argumentar na mesma intensidade, frente ao mesmo eleitorado, que a acolhida humanitária pode levar ao crescimento da atividade econômica, bem como que a entrada de novos imigrantes pode propiciar uma progressão na atividade dos já votantes.

O que haverá nesse sentido é a proscrição da interação entre usuários

externos e os provedores de mensageria através dos chamados serviços de “aplicação de internet que viabiliza o envio de mensagens para destinatários certos e determinados, inclusive protegidas por criptografia de ponta a ponta, a fim de que somente remetente e destinatário da mensagem tenham acesso ao seu conteúdo, excluídas aquelas prioritariamente destinadas a uso corporativo e os serviços de correio eletrônico”, como vemos no art. 11 do PL das Fake News, conforme foi apresentado à Câmara dos deputados:

“Art. 11. São vedados o uso e a comercialização de ferramentas externas aos provedores de serviços de mensageria privada voltadas ao encaminhamento em massa de mensagens, ressalvada a utilização de protocolos tecnológicos padronizados para a interação de aplicações de internet.

Parágrafo único. O provedor de serviços de mensageria privada deverá tomar medidas, no âmbito e nos limites técnicos de seu serviço, para coibir o uso dessas ferramentas”.

Tal, entretanto, não exclui o impulsionamento de propaganda, tida como a “ampliação do alcance de conteúdos mediante pagamento pecuniário ou valor estimável em dinheiro para as empresas enquadradas nesta Lei” (das Fake News). O que será ilícito é a “rede de distribuição artificial”, tida como o “comportamento coordenado e articulado por intermédio de contas automatizadas ou por tecnologia não fornecida ou autorizada pelo provedor de aplicação de internet, ressalvadas as que utilizam interface de programação de aplicações, com o fim de impactar de forma artificial a distribuição de conteúdos”.

Em consonância com o preconizado no presente trabalho, o PL dispõe no § 2º do seu art. 12 que “os provedores dispensarão a notificação aos usuários se verificarem risco:

- I – de dano imediato de difícil reparação;
- II – para a segurança da informação ou do usuário;
- III – de violação a direitos de crianças e adolescentes;
- IV – de crimes tipificados na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989”, sendo esta a Lei Antirracismo.

Nestes casos, os parágrafos seguintes do PL estabelecem um procedimento de defesa antes da indisponibilização e banimento do usuário faltoso:

“§ 3º Deve ser garantido pelo provedor o direito de o usuário recorrer da indisponibilização de conteúdos e contas.

§ 4º Havendo dano decorrente da caracterização equivocada de conteúdos como violadores dos padrões de uso de aplicações ou do disposto na presente Lei, caberá ao provedor de redes sociais repará-lo, no âmbito e nos limites técnicos do serviço.

§ 5º O prazo de defesa será diferido nos casos de conteúdo que use imagem ou voz manipuladas para imitar a realidade, com o objetivo de induzir a erro acerca da identidade de candidato a car-

go público, ressalvados o ânimo humorístico ou de paródia.

§ 6º A decisão do procedimento de moderação deverá assegurar ao ofendido o direito de resposta na mesma medida e alcance do conteúdo considerado inadequado”.

O caso do § 5º já é o das “deep fakes”, em que a Inteligência Artificial e programas de geração de imagens e vídeos são usados para gerar cenas que, ainda que em grau variado, indiscernem da realidade.

Também em consonância com este trabalho, os arts. 15 e seguintes do PL dispõem que as redes sociais que fornecerem impulsionamento de propaganda eleitoral ou de conteúdos que mencionem candidato, coligação ou partido devem disponibilizar ao público todo o conjunto de anúncios para efeito de checagem pela Justiça Eleitoral e outros fins, incluindo o valor total gasto, a identificação de que o conteúdo se relaciona a propaganda eleitoral, e as características gerais da audiência contratada dentre outros elementos. Tais informações devem ser passadas também aos usuários. Em relação aos usuários em geral que usem o impulsionamento de conteúdos, devem ser identificados, podendo ser exibidos por ordem judicial, nos termos do Marco Civil da Internet.

Portanto, pelo que se vê, é possível, se o PL for posto em vigor nos termos atuais, aos contendores políticos verificarem dos intentos com a publicidade impulsionada. Caberia, entretanto, pôr os termos da publicidade impulsionada bem visíveis, de modo a se poder checar se um conteúdo político foi assim gerado. Bem como estipular uma norma pelo seguinte dispositivo, por exemplo:

Art. 18. Se o provedor ou a autoridade judicante verificar, pelos termos da publicidade impulsionada, que há mensagem capaz de afetar votos dos destinatários, e que há possibilidade desta mensagem ser revertida por contra-publicidade sobre os mesmos fatos com relatos e considerações fidedignos, deferirá ao prejudicado a divulgação da contra-publicidade aos mesmos destinatários, aos custos do primeiro veiculante, sendo que este custo poderá correr pela repartição do fundo eleitoral à disposição do primeiro veiculante.

Parágrafo único. A tramitação deste pedido correrá em regime de urgência, cabendo ao provedor ou à autoridade judicante apreciar o pedido em até cinco dias.

Com esta disposição, o PL brasileiro das Fake News se tornará o mais abrangente em termos de paridade de armas entre candidatos, inibindo a apresentação parcial da realidade ou de proposições que possam induzir, de forma anti-empática, usando do medo e do receio dos eleitores, intenções eleitorais que levem a um retrocesso civilizatório e inibitório da progressão de direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, n. 17, p. 1-19, jan.-mar. 2009. P. 3-17. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BARMANN, Ana Paula Viana. **A aplicação da teoria externa pelo Supremo Tribunal Federal no caso de suspensão de direitos políticos por sentença criminal transitado em julgado e o populismo**. Revista Populus N. 14. Salvador. P. 13-32. 2023. Disponível em https://ejournal.ba.jus.br/pluginfile.php/34630/mod_label/intro/REVISTA%20POPULUS%20N.%2014%20-%20VERS%20FINAL%2014.07.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2630, de 2020. Disponível em <https://www.congresso-nacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pl-2630-2020>. Acesso em: 18 de novembro de 2023.

BAUMAN. Zygmunt. **Modernidade Líquida**. São Paulo: Zahar, 2021.

BERAJA, Martin; KAO, Andrew; YANG, David Y.; YUCHTMAN, Noam. **A-I Tocracy**. The Quaterly Jounar of Economics. Oxford: Oxford Academic. Disponível em <https://academic.oup.com/pages/about-oxford-academic>. Acesso em 11/09/23.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Menos Princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo**. Lisboa: Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB) Ano 5 nº 3, p. 993-1023, 2019

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva e SOUSA, Thanderson Pereira de. **O Controle da Administração Pública no Contexto do Constitucionalismo Contemporâneo: Um Debate a Partir das Mudanças Trazidas Pela LINDB**. Porto Alegre: Direitos Humanos e Participação Política. vol. 11. Imprensa Livre, 2020

DONATI, Pierpaolo. **A Sociologia Relacional: Uma Perspectiva Sobre a Distinção Humano/Não-Humano nas Ciências Sociais**. Coimbra: Estudos Revista do Centro Acadêmico de Democracia Cristã Nova Série Nº 7. CADC, p. 221-240, 2006

G1. **Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades**. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>. Acesso em 18 de novembro de 2023

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018

HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LASSALLE, Ferdinand. **O Que É Uma Constituição?** São Paulo: Pillares, 2015

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MOTIVAÇÕES PARA PRÁTICAS COLABORATIVAS – PERSPETIVA DO SETOR SOCIAL

Jacqueline Batista Rezende

Instituto Politécnico do Porto – Escola Superior de Tecnologia e Gestão

Resumo:

O desenvolvimento das práticas colaborativas, em alguns casos, é uma boa estratégia entre as organizações sem fins lucrativos e o setor público. As políticas públicas, de modo geral são formuladas e implementadas por meio de órgãos e instituições do Estado e que podem ser desenvolvidas em parcerias com organizações da sociedade civil, empresas, setor privado e/ou organizações sem fins lucrativos. O presente artigo irá explorar, na literatura existente as principais motivações para tais práticas da perspetiva das organizações sem fins lucrativos. Para o sucesso das práticas colaborativas, é importante identificar a missão e potencial de ambas as partes, em compartilharem valores e objetivos semelhantes, contribuindo assim para o sucesso das de suas ações, além de promover a participação popular para entender melhor a sua necessidade e supri-la. A metodologia aplicada será uma revisão sistemática da literatura, através da qual tentaremos identificar, avaliar e sintetizar evidências relevantes existentes sobre o tema de investigação, de forma sistemática e transparente. A revisão envolve a definição de um protocolo pré-definido de inclusão e exclusão de artigos e, com base nessa seleção as sistematizações dos resultados. O objetivo final será apresentar uma síntese detalhada das evidências disponíveis sobre práticas colaborativas.

Palavras-chave: Colaboração; Motivação; Políticas publicas; Setor social; Organizações sem fins lucrativos.

Introdução

No âmbito do setor social, as motivações para práticas colaborativas podem se tornar uma boa estratégia para enfrentar desafios complexos de maneira mais eficaz. A interdependência entre diversas partes interessadas, como organizações não governamentais, voluntários e beneficiários, destaca a importância de estratégias que ultrapassem fronteiras tradicionais em um mundo cada vez mais globalizado e diverso. A colaboração é fruto de

uma ação coletiva de diferentes agentes, que tem como o objetivo somar esforços para um propósito comum muitas das vezes de forma democrática. (AbouAssi, Bauer, & Johnston, 2019) (Austin & Seitanidi, 2021). Ela justifica-se pela construção de melhores programas, entregas e resultados (Ansell; Gash, 2008). De acordo com os estudos analisados, os motivos da escolha são diversos, tais como; a necessidade de adquirir recursos financeiros para manter a organização e alavancar novos projetos e desenvolver políticas públicas (Correia; Mendes; Bilhim, 2019) (Van Poelje, 1954). A perspectiva de rede de colaboração são a necessidade de compartilhar conhecimentos, a habilidade de desenvolver competências de organização e a adaptação as mudanças. (Sowa, 2009) Já para o setor público, encontra como um dos principais motivos da colaboração, a implementação e melhorias em ações entre os atores políticos, sociais e económicos, por meios de parcerias eficazes na preservação do meio ambiente sustentável, cultural entre outros, disseminando as práticas colaborativas e a reunir esforços em prol de um mesmo objetivo e nos resultados positivos (AbouAssi, Bauer, & Johnston, 2019). De acordo com o referencial teórico, as práticas colaborativas entre os agentes públicos e o setor social, se dá na efetivação dos direitos sociais constitucionalmente legitimados e que suprem as necessidades fundamentais nos domínios social e de bem-estar geral. Áreas essas, onde o Estado/setor público nem sempre possui prestações de serviços ou até pouco conhecimento sobre as práticas aplicadas (Jang; Feiock, 2007) (Bauer; AbouAssi; Jonhston, 2022). Para que se torne real e viável, é indispensável que a gestão seja planejada e criada sob a perspectiva praxeologica, já que o campo da gestão do setor social revela-se aliado as práticas colaborativas e através dessas práticas é possível um crescimento a curto, médio e longo prazo das instituições e organizações que pertencem ao setor social e aderem as práticas (Esteve; Boyne; Sierra; Ysa, 2013) (Ansell; Gash, 2008). Compreender as motivações subjacentes a essas práticas é essencial para construir parcerias sólidas e sustentáveis, capacitando o setor social a alcançar resultados mais significativos. Este contexto enfatiza a ideias em que a colaboração para fortalecer comunidades de maneira duradoura em diferentes cenários.

Práticas colaborativas e o setor social

As práticas colaborativas baseiam-se num compromisso mútuo de diferentes atores para trabalhar em conjunto com um fim comum que só pode ser alcançado através da transmutação de materiais, ideias e/ou relações sociais (Roberts; Bradley, 1991). Outro conceito apresentado para colaboração, segundo Gray (1989) é a gestão construtiva das diferenças entre as partes com o objetivo de encontrar soluções conjuntas para problemas partilhados. A pratica colaborativa pode surgir porque os atores são diferentes e espera-se que dessas diferenças possa advir uma compreensão mais complexa

e completa do mundo, colocando em causa conhecimento que temos e fomentando a geração de ideias novas e criativas que potenciem a criação de soluções para os problemas da comunidade. (Correia; Mendes; Bilhim, 2019)

O setor social ou terceiro setor tem na sua missão contribuir para o desenvolvimento económico e social através da criação de valor económico, resolvendo de forma eficiente, resiliente e capacitadora os problemas com que se confronta a sociedade, e estabelecendo claros limites a apropriação do lucro para gerar confiança nas comunidades (Azevedo, 2013). É possível observar que as organizações que não têm fins lucrativos, possui como principal missão ajudar os mais desfavorecidos e proporcionar-lhes melhores condições de vida e benfeitorias. “Este sector é dotado duma multiplicidade de valências e abarca várias áreas, obtendo um cada vez maior reconhecimento no contexto atual da nossa sociedade.” (Campos, 2013). As organizações do setor social têm um peso económico, social e político fundamental na nossa sociedade, e a sua crescente interdependência com outro tipo de entidades, designadamente o estado, aumentou a necessidade de informação clara sobre os resultados que efetivamente atingem. Trata-se, sobretudo, de uma questão de prestação de contas eficiente e transparente (Azevedo, 2013). As motivações para a adoção de práticas colaborativas no setor social podem ser multifacetadas e derivam da complexidade dos desafios enfrentados por organizações e profissionais engajados nessa área. Podemos partir do pressuposto em que a natureza interconectada e interdependente dos problemas sociais contemporâneos exige abordagens colaborativas, uma vez que pode considerar que o ator isolado pode não possuir todos os recursos ou conhecimentos necessários para enfrentar tais desafios de maneira abrangente. Além disso, a diversidade de competências, perspectivas e experiências entre os diferentes atores no setor social proporciona uma riqueza de recursos intelectuais e práticos que podem ser aproveitados por meio da colaboração.

Além disso, a missão intrínseca do setor social de contribuir para o desenvolvimento económico e social e melhorar as condições de vida dos mais desfavorecidos naturalmente favorece abordagens colaborativas. A interdependência crescente com outras entidades, como o Estado, também pode impulsionar a necessidade de prestação de contas transparente e eficiente, incentivando a busca por resultados mensuráveis. (Garcia, 2014)

Podemos considerar que as motivações para práticas colaborativas no setor social são impulsionadas pela necessidade de abordagens mais abrangentes, pela diversidade de competências disponíveis, pela busca por inovação, pela gestão construtiva das diferenças e pela missão compartilhada de promover o bem-estar social? Aqui a questão que esse estudo pretende esclarecer. Além de se revelar como um tema relevante e de amplo interesse, a literatura científica nesta esfera tem despertado a atenção de pesquisadores provenientes de diversas áreas do conhecimento. Portanto, há espaço para a condução de diversos estudos nesse domínio. Na seção seguinte deste tra-

balho, serão delineados os passos para a execução do estudo bibliométrico apresentado neste artigo.

Metodologia aplicada

Este estudo bibliométrico que utiliza indicadores e dados bibliográficos com o objetivo de traçar a trajetória da produção científica em desenvolvimento e realizar a análise de artigos com relevância científica em uma área de pesquisa. (Santos, Maldonado; Dos Santos, 2011). Podemos ressaltar que “o campo da bibliometria como um todo inclui todos os aspectos quantitativos e os modelos da comunicação científica e do armazenamento, disseminação e recuperação da informação científica” (Kobashi; Santos, 2014). Assim, estudos bibliométricos têm sido aplicados, também, com a finalidade de medir o impacto de trabalhos publicados, por meio da contagem de citações, em diferentes áreas do conhecimento.

O presente trabalho está dividido em três etapas. A primeira etapa foi a escolha de dados para compor a base e os critérios a ser utilizados para a coleta. Na segunda etapa foi realizada a coleta de dados na base e pôr fim a última etapa a análise e interpretação da base de dados recolhida.

Como instrumento de coleta de dados, foi escolhido o “Web of Science” (Web of Science, 2023). Como já dito, a primeira etapa foi a seleção de critérios para a pesquisa. Foi utilizado os seguintes termos para a busca; “NGO”, “*collaboration*”, “*Nonprofit*” “*not for profit*”, “*civil society*”, “*third sector*”. A coleta de dados foi executada através da busca desses termos em títulos e palavras-chave e na base de dados apresentada.

Após realizar a pesquisa, procedeu-se a um aprimoramento dos trabalhos encontrados utilizando os filtros disponíveis no mecanismo de busca da base de dados utilizada. Inicialmente, foi aplicado o filtro referente ao tipo de trabalho, optando-se pelas categorias “Artigo” ou “Revisão”, abrangendo todos os artigos (excluindo trabalhos de eventos e revisões de livros). O período selecionado para a pesquisa compreende nos últimos 10 anos, ou seja, de 2013 a 2023. Em seguida, foi aplicado o filtro, que se refere ao tópico “*management*” e no fim a escolha do “acesso aberto”. A aplicação desse critério resultou em um total de 2.919 (dois mil e novecentos e dezenove) artigos encontrados. Para poder dar uma melhor sequência na pesquisa foi selecionada o filtro “referência citadas enriquecidas” com o total de 654 (seiscentos e cinquenta e quatro) artigos encontrados.

Após a busca já foi possível identificar o resultado do H-index 27, elaborado por Hirsch (2005). Pode ser considerada uma das ferramentas para quantificar a produtividade e o impacto de pesquisadores baseando-se nos seus artigos publicados e mais citados. A definição formal do Índice H é a seguinte: um pesquisador tem um Índice H de h se h de seus N artigos têm pelo menos h citações cada e os outros $(N - h)$ artigos têm no máximo h

citações cada. Neste caso, se um pesquisador tem um Índice H de 27, isso significa que ele tem vinte e sete artigos que foram citados pelo menos vinte e sete vezes cada, e os outros artigos que ele publicou têm vinte e sete ou menos citações cada.

Foi investigado a evolução de número de publicações por ano; os artigos com maior número de citações; autores com maior número de publicações no tema; a frequência de artigos por países de origem; e, por fim, os trabalhos mais citados e os mais recentes sobre o tema. A apuração da análise bibliométrica será apresentada na próxima sessão deste estudo.

Análise e apresentação dos resultados

Como apresentado, a terceira parte desse estudo e a apresentação dos resultados, a partir do levantamento bibliométrico na base de dados *Web of Science (WoS)* foram encontrados **654** artigos sobre colaboração. Esses artigos foram escritos por 1.958 autores vinculados a 1.015 instituições localizadas em 80 diferentes países. Identificou-se, também, que esses 654 artigos utilizaram 4.173 referências bibliográficas, uma média de 6.38 referências por artigo. Estes dados permitem uma visão geral dos resultados (dados bibliométricos) obtidos na investigação.

Os 10 periódicos que mais publicaram artigos com temas relacionados as práticas colaborativas nos últimos 10 anos, estão apresentados abaixo na Tabela 1.

Tabela 1- Periódicos com mais artigos publicados sobre práticas colaborativas

Periódicos	Quant
Business Strategy and The Environment	118
International Journal of Accounting And Information Management	107
R & D Management	104
Business Strategy and The Environment	84
Service Industries Journal	81
Small Business Economics	56
Journal Of Business Ethics	55
Corporate Social Responsibility and Environmental Management	44
Sustainability	38
Nonprofit And Voluntary Sector Quarterly	36
International Journal of Environmental Research and Public Health	34

Para melhor compreensão da representatividade dos países de origem das instituições de vínculo dos 1.958 autores dos 654 artigos científicos mapeados nesta revisão sistemática foram identificados os dez países com mais

produção científica no campo de práticas colaborativas, que podem ser vistos na Tabela 2.

Tabela 2 - Quantidade de artigos por país

País	Quant	% de 654
Inglaterra	136	20,795%
EUA	85	12,997%
China (povos)	74	11,315%
Austrália	48	7,339%
Alemanha	47	7,187%
Itália	47	7,187%
Canadá	43	6,575%
Países Baixos	40	6,116%
Espanha	40	6,116%
Coreia do Sul	24	3,670%

De acordo com a revisão sistemática, os 10 autores mais citados, que investigam práticas colaborativas, possuem estudos recentes (em média 4 anos atrás). Todos os estudos pertencem ao continente europeu e a maior parte teve sua origem no Reino Unido, como mostra a Tabela 3.

Tabela 3- Autores com maior número de publicações na temática práticas colaborativas associadas ao setor social

Autoras(os)	Ano publicação	País de origem da pesquisa	Nº citações
Albitar, K	2020	Reino Unido	107
Williams, C C.	2020	Reino Unido	81
Girella, L	2019	Itália	62
Bertello, A	2022	Itália	58
Bertello, L	2021	Espanha	56
Aureli, S	2020	Itália	56
Mitzinneck, BC	2019	Holanda	55
De Silva,	2019	Reino Unido	46
Garcia-Sanchez, IM	2019	Espanha	44
Gerged, AM	2021	Reino Unido	42

No que se refere a práticas colaborativas, conforme mostra a Tabela 4 – quando vamos ao fundo nos títulos e estudos publicados, dos 10 autores mais citados, é possível notar a questão da sustentabilidade ambiental e a COVID, algo que transformou a sociedade e a pesquisa científica acadêmica.

Tabela 4 - Autores com maior número de publicações na temática práticas colaborativas associadas ao setor social

Título da publicação mais citada	Ano	País	Nº citações
Divulgação ESG e desempenho das empresas antes e depois do RI. O papel moderador dos mecanismos de governança.	2020	Reino Unido	107
COVID-19 e trabalho não declarado: impactos e respostas políticas na Europa.	2020	Reino Unido	81
Explorando os determinantes da empresa e do país da adoção voluntária do relato integrado.	2019	Itália	62
Inovação aberta face ao grande desafio da COVID-19: perspectiva do <i>hackathon</i> pan-europeu “EUvsVirus”	2022	Itália	58
<i>Lockdown</i> macroeconómico e PME's: o impacto da pandemia de COVID-19 na Espanha	2021	Espanha	56
Regulamentação de relatórios não financeiros e desafios na divulgação de informações de sustentabilidade e praticas de governanças colaborativas	2020	Itália	56
Gerenciando tensões de valor no empreendedorismo social coletivo: o papel	2019	Holanda	55
Colaboração empreendedora: impacto social por meio de inovação aberta	2019	Reino Unido	46
Relatórios integrados: o papel do conselho de administração e a proteção de investidores nas discricionariedades gerencial em ambientes de comunicação	2019	Espanha	44
Divulgação obrigatória, emissões de gases de efeito estufa e custo de capital próprio: evidências no Reino Unido de uma relação em forma de U	2021	Reino Unido	42

A revisão sistemática também ressalta a transversalidade das áreas e interesse sobre o tema que insere as práticas colaborativas, mesmo relacionando com o setor social. A Tabela 5 – nos mostra a diversidade de áreas de estudos e de seus respectivos investigadores originados da área de gestão, ambiental e até a saúde

Tabela 5 - Categorias de áreas de estudo sobre práticas colaborativas

Área da investigação	Quantidade	% de 654
Gestão	173	26,453%
Estudos Ambientais	162	24,771%
Ciências Ambientais	151	23,089%
Negócios	144	22,018%
Tecnologia de Ciência Verde Sustentável	123	18,807%
Psicologia Multidisciplinar	35	5,352%
Finanças Empresariais	34	5,199%
Economia	33	5,046%
Saúde Pública Ambiental Ocupacional	29	4,434%

De maneira geral, ao examinar o conteúdo dos trabalhos mais recentes sobre práticas colaborativas, nota-se algumas diferenças de abordagem em comparação com os dez trabalhos mais citados na área. Enquanto os mais citados focavam na conceitualização e caracterização dos vários aspectos relacionados às práticas colaborativas, os artigos mais recentes parecem se concentrar em como operacionalizar a análise dessas práticas em contextos reais. A atenção à operacionalização das análises está direcionada, por exemplo, para a identificação dos atores, suas motivações e percepções, bem como para os aspectos metodológicos de como analisar as práticas ao longo do tempo. Nesse sentido, estudos qualitativos em profundidade e/ou longitudinais surgem como abordagens metodológicas importantes para compreender o desenvolvimento e a evolução das práticas colaborativas. Na próxima seção deste trabalho, serão apresentadas algumas considerações finais compiladas a partir dos resultados da revisão sistemática realizada.

Conclusão

A condução de pesquisas científicas demanda uma busca abrangente e análise de estudos anteriores que possam oferecer uma base conceitual para o desenvolvimento de pesquisas teóricas e/ou teórico-empíricas sobre um determinado tema ou fenômeno. Nesse sentido, o presente estudo contribui para o avanço dos estudos no campo de pesquisa sobre práticas colaborativas, ao disponibilizar uma análise bibliométrica das publicações internacionais dessa área. Esta pesquisa pode servir como guia para estudiosos que estejam conduzindo pesquisas nesse campo de conhecimento, especialmente para pesquisadores que não estejam familiarizados com o tema. Até o momento, não houve um mapeamento abrangente desta área que forneça informações estruturadas, como os trabalhos de maior impacto dos últimos dez anos e um conjunto de artigos recentes em periódicos que se destacam nas pesquisas sobre práticas colaborativas.

Assim, este artigo apresentou os trabalhos relevantes sobre o tema em questão, os periódicos com maior número de publicações e aqueles com maior número de citações (alto grau de impacto) no contexto das práticas colaborativas. Com essas informações, os pesquisadores interessados na área podem direcionar suas pesquisas e/ou a publicação de seus trabalhos nestes periódicos. Sumariamente, este trabalho também contribui para retratar visualmente esta área de estudos, pois condensa algumas informações relevantes acumuladas ao longo do tempo no âmbito das práticas colaborativas com ênfase no setor social. Por exemplo, as listas de trabalhos mais citados e mais recentes disponibilizadas neste artigo podem ser utilizadas como ponto de partida para o desenvolvimento de futuras pesquisas que agreguem novas evidências aos estudos já realizados e que possam descobrir novas lacunas de pesquisa por meio da combinação dos diferentes achados que foram

divulgados até o momento no campo de estudos. Podemos concluir que é possível considerar que as motivações para práticas colaborativas no setor social são impulsionadas pela necessidade de abordagens mais abrangentes, pela diversidade de competências disponíveis, pela busca por inovação, pela gestão construtiva das diferenças e pela missão compartilhada de promover o bem-estar social, essa afirmação se dá pela transversalidade de áreas pesquisadas e a quantidade de estudos recentes sobre. O índice H nos mostra a média 27, que é considerada positiva a reprodução e disseminação científica sobre as práticas colaborativas no setor social.

Este estudo bibliométrico foi conduzido exclusivamente na *Web of Science*, uma base de dados amplamente reconhecida pela comunidade científica internacional, com foco nas práticas colaborativas relacionadas ao setor social. No entanto, sugere-se a realização de estudos futuros que comparem os resultados apresentados neste trabalho com os de outras análises bibliométricas em bases de dados internacionais (como Scopus, Science Direct e EBSCO). Assim demais autores podem abranger a área de estudos e produção científica acadêmica, com a possibilidade de explorar o perfil dos trabalhos publicados que empregaram métodos de pesquisa qualitativos numa perspectiva longitudinal, mapeando a evolução das práticas colaborativas no setor social a partir de estudos de caso, por exemplo, entre outros temas. Em suma, o perfil das publicações e a quantidade significativa de artigos identificados neste trabalho sobre práticas colaborativas destacam a atualidade do tema e seu potencial de exploração em futuros estudos.

Referências

ABOUASSI, K.; BAUER, Z.; JOHNSTON, J. M. (Janeiro de 2019). **Collaboration, Venus and Mars: The Gender Factor in Intersectorial Relations**. *Journal of Public Administration Research and Theory*, p. 18-31.

ABOUASSI, K.; BOWMAN, A. O.; JOHNSTON, J. M.; BAUER, Z.; Tran, L. (2021). **Relations, resources, and costs: exploring cross-sectoral collaboration at the local level in a developing country**. *Internacional Public Management Journal*, p. 646-672.

ACQUAVITA, S.; PITTMAN, J.; GIBBONS, M.; CASTANHO, K. C. (23 de Março de 2009). **Personal and Organizational Diversity Factors' Impact on Social Workers' Job Satisfaction: Results from a National Internet-Based Survey**. 151-166. Administration in Social Work. doi:<https://doi.org/10.1080/03643100902768824>

ALLISON, M.; KAYE, J. (2015). *Strategic Planning for Nonprofit Organizations*. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc.

ANSELL, C.; GASH, A. (Outubro de 2008). **Collaborative Governance in Theory and Practice**. *Journal of Public Administration Research and Theory*, p. 543-571.

AUSTIN, J. E., & SEITANIDI, M. (Agosto de 2021). **Collaborative Value Creation: A Review of Partnering Between Nonprofits and Business**. Part 2: Part-

nership Processes and Outcomes. Alemanha: ReaserchGate.

AZEVEDO, C. (2013). *Manual de Governo - O desafio da liderança nas Organizações do Terceiro Setor em Portugal*. Porto: Impulso Positivo.

BAUER, Z., AbouAssi, K., & Jonhston, J. (2022). **Cross-sector collaboration formality: the effects of institutions and organizational leaders**. *Public Management Review*, p. 159-181.

CAMPOS, M. T. (Outubro de 2013). **O Terceiro Setor em Portugal: A importância dos planos de comunicação estratégica nas. Covilhã, Portugal**: Universidade da Beira Interior - Artes e Letras.

CORREIA, P. A.; MENDES, I. d.; BILHIM, J. d. (2019). **A importância da colaboração e cooperação como fator potencializador da nova governação ao nível local: Uma análise comparada**. *Lex Humana*, p. 110-128.

CORRY, O. (2011). **Defining and theorizing the third sector**. Em R. Taylor, *Third Sector Reaserch* (p. 11-20). Johannesburg: Springer.

ESTEVE, M.; BOYNE, G.; SIERRA, V.; YSA, T. (October de 2013). **Organizational Collaboration in the Public Sector: Do Chief Executives Make a Difference?** *Journal of Public Administration Research and Theory*, p. 927-952.

Fischer, R. M. (fev-mar de 2005). **Estado, Mercado e Terceiro Setor: Uma análise conceitual das parcerias intersetoriais**. *Revista de Administração - RAUSP*, p. 5-18.

GARCIA, J. G. (2014). **Gobierno abierto: transparencia, participación y colaboración en las Administraciones Públicas**. *Innovar*, p. 75-88.

GEDDES, L. (2012). **In Search of Collaborative Public Management: The prolific and other priority offender programme**. *Public Management Review*, p. 947-966.

GRAY, B. (1989). *Collaborating Finding Common Ground for Multiparty Problems*. San Francisco: Jossey-Bass.

GUO, C.; ACAR, M. (2005). **Understanding Collaboration. Among Nonprofit Organization Combining Resource Dependency, Institucional, and Network Perspectives**. *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, p. 340-361.

Hirsch, J. E. (15 de novembro de 2005). **Um índice para quantificar a produção de pesquisa científica de um indivíduo**. *104, 46, 16569-16572*. Proc Natl Acad Sci U S A. doi:10.1073/pnas.0507655102

HOPKINS, B. R., & GROSS, V. C. (2009). *Nonprofit Governance; Law, Practices & Trends*. New Jersey: Jonh Wiley & Sons, Inc.

JANG, H. S.; FEIOCK, R. C. (2007). **Public Versus Private Funding of Nonprofit Organizations: Implications for Collaboration**. *Public Performance & Management Review*, p. 174-190.

KOBASHI, N. Y.; SANTOS, R. N. (12 de setembro de 2014). **Institucionalização da pesquisa científica no Brasil: cartografia temática e de redes sociais por meio de técnicas bibliométricas**. 27-36. Campinas, São Paulo, Brasil: Transinformação. Obtido em 07 de setembro de 2023, de <https://www.scielo.br/j/tinf/a/>

mwM8jbl8Hbg34 mSQKc7Bgzt/?lang=pt#

NYLÉN, U. (2007). **Interagency collaboration in human services: Impact of formalization and intensity on effectiveness.** *Public Administration*, p. 143-166.

O'LEARY, R.; VIJ, N. (May de 2012). **Collaborative Public Management: Where Have We Been and Where Are We Going?** *The American Review of Public Administration*, p. 507-522.

POOCHAROEN, O.-o.; TING, B. (2015). **Collaboration, Co-Production, Networks: Convergence of theories.** *Public Management Review*, p. 587-614.

ROBERTS, N. C., & BRADLEY, R. T. (junho de 1991). **Colaboração e Inovação das Partes Interessadas: Um Estudo de Iniciação de Políticas Públicas em Nível Estadual.** *Journal of applied behavioral science*, p. 209-227.

SANTOS, J. S.; MALDONADO, M. U.; DOS SANTOS, R. N. (2011). **Inovação e Conhecimento Organizacional: um mapeamento bibliométrico das publicações científicas até 2009.** 7(13). Brasil: Universidade Metodista de São Paulo. doi:<https://doi.org/10.15603/1982-8756/roc.v7n13p31-58>

SOWA, J. E. (2009). **The Collaboration Decision in Nonprofit Organizations: Views From the Front Line.** *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, p. 1003-1025.

TEIXEIRA, F. M. (2019). **Empreendedorismo e inovação social: uma resposta de gestão integrada no contexto de uma cooperativa.** Portugal: Instituto Politécnico do Porto - ESTG. Obtido de <http://hdl.handle.net/10400.22/13815>

VAN POELJE, G. A. (1954). **Administration by Collaboration.** *Progress in Public Administration*, p. 917-922.

WEB OF SCIENCE. (05 de maio de 2023). *Web of Science*. Obtido de <https://www.webofscience.com/wos/woscc/basic-search>

O IMPACTO DO DISCURSO PROGRESSISTA NAS DEMOCRACIAS LIBERAIS E A CONSEQUENTE FORMAÇÃO DE HEGEMONIA CULTURAL

Agatha dos Santos Correia

Università degli studi di Padova

Laura Dill

Università degli studi di Padova

Resumo:

Estado, estado de direito, liberdades, propriedade, direitos sociais, hoje, são conceitos em constante ressignificação, tudo diante de uma realidade em ebulição, a qual é pautada por uma velocidade até então desconhecida pelo homem. Esse contexto pode ser encaixado ao que o filósofo italiano Antônio Gramsci denominou de hegemonia cultural, no sentido de que tal ressignificação pode ser utilizada pelos progressistas como ferramenta de tomada de poder por meio do domínio do pensamento em todos os canais, o que conseqüentemente afetaria o conflito de ideias, pilar da democracia liberal. Nessa linha, o objeto da presente pesquisa cinge-se em estudar até que ponto a hegemonia cultural estaria afetando o destino das democracias liberais, no que tange aos seus fundamentos morais e legais. Para responder a esta pergunta, a pesquisa parte de um conceito de democracia, para, após, identificar quais as principais críticas atuais a esse modelo e, por fim, qual o impacto da hegemonia cultural como limitadora e ameaçadora da democracia liberal. A metodologia utilizada será o método dedutivo e histórico analítico. Por fim, quanto aos possíveis resultados, estima-se que, no mínimo, o conflito de ideias já é alvo da hegemonia cultural pregada pelo progressismo, não sendo ousado especular que as gerações futuras poderão vivenciar um ataque total ou a derrubada das democracias liberais.

Palavras-chave: Democracia liberal; Hegemonia cultural; Progressismo.

Introdução

Em 1992, Francis Fukuyama, cientista político norte-americano, lança-

va o livro *O Fim da História e o Último Homem*, anunciando a derradeira forma de governo construído pela espécie humana: a democracia liberal. Na época, dada a falência do modo de governo comunista, representado pelo colapso da União Soviética, oponente máximo das democracias liberais, o autor sentiu-se à vontade para emitir esta conclusão.

Passados mais de 30 anos da afirmação sustentada por Fukuyama, o mundo passou por significativas transformações no campo da tecnologia, novos atores políticos foram surgindo, mais e mais direitos foram consagrados e elevados à categoria de fundamentais, movimentos sociais de todos os matizes ideológicos conquistaram espaço e puseram em xeque conceitos até então estabelecidos. Estado, estado de direito, liberdades, propriedade, direitos sociais, hoje, são conceitos em constante ressignificação, tudo diante de uma realidade em ebulição, a qual é pautada por uma velocidade até então desconhecida pelo homem.

A democracia liberal é a tendência do globo ocidental e sobreviveu a tentativas anteriores de substituição de teorias externas. Por exemplo, a teoria eurasiática criada em 1997 por Alexander Dugin sobre a supremacia dos valores russos não é hoje suficientemente apelativa nem para os actores nacionais nem internacionais (Rangsimaporn, 2006). De uma perspectiva diferente, a aliança BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) também é uma ameaça fraca à democracia liberal, uma vez que este bloco político é a reunião de governos autoritários (Rússia), totalitários (China) e corruptos ou com graves desigualdades sociais (Brasil, Índia e África do Sul) que carecem de coesão, recursos e vontade de lançar uma nova ordem internacional (Degaut, Meacham, 2015), o que significa que nenhuma proposta deste arranjo poderia ser mais vantajosa do que o modelo estabelecido pelas democracias liberais.

Contudo, a história também mostra que os impérios acabam por desmoronar, quer por agressões externas, quer pela decadência dos seus valores. A queda do Império Romano, por exemplo, foi muito mais consequência do declínio dos seus padrões morais do que de ataques bárbaros. Hoje em dia, as forças políticas que negam o sucesso das democracias liberais uniram-se, ainda que informalmente, para lançar um ataque extremo e brutal a um dos valores fundamentais sobre os quais assenta o império moral e jurídico das democracias liberais: a liberdade de expressão. Ao destruir o direito à liberdade de expressão, do qual deriva a possibilidade sagrada que existe nas democracias liberais de as pessoas desafiarem os seus governantes, o império entrará em colapso.

Nesse sentido, considerando que a liberdade de expressão e a democracia liberal são conceitos interligados, o presente artigo tem como objetivo analisar se as democracias liberais estão sendo ameaçadas pelo atual papel crescente dos discursos progressistas que pretendem consolidar uma hegemonia cultural, longe da diversidade de opinião e pensamento.

Um conceito de democracia

Dada a vulgarização do uso do termo, o conceito de democracia perdeu seu significado e seu referencial atualmente. Utiliza-se o substantivo até mesmo para justificar sua antítese, de forma que é preciso trazer a lide à ordem. O conceito de democracia há de ser singelo, pois singela deve ser sua compreensão. Daqueles conceitos que dizem por si, identificáveis à primeira vista por qualquer do povo. Quanto mais o conceito é adjetivado, mais se perde seu sentido e mais se presta para ocultar do que para revelar o seu real significado.

Abraham Lincoln definiu democracia como governo do povo, para o povo e pelo povo. Tal definição, pela sua completude, expressa um sentimento que ultrapassa o terreno da razão. Mais do que entender o conceito, bastava senti-lo. Na prática, para desvendar o mecanismo que leva concretude ao governo do povo, para o povo e pelo povo, adota-se o conceito de Adam Przeworski (2020): “Democracia é simplesmente um sistema no qual os ocupantes do governo perdem eleições e vão embora quando perdem”. Tal definição serve para os propósitos desta pesquisa, eis que imbricado com o tema da alternância do poder e da representatividade, corolários lógicos de um sistema democrático.

A democracia liberal

Em 1689, o filósofo inglês John Locke lançava o livro *Dois Tratados Sobre o Governo*. Resumidamente, Locke defendia que a legitimidade de um governo deriva do consentimento do povo e que o foco principal de um governo seria a defesa de três direitos individuais inalienáveis: vida, propriedade e liberdade (Locke, 2005). Em 1776, caberia ao filósofo Adam Smith revelar o conteúdo econômico do pensamento de Locke, quando publicou a obra “*A Riqueza das Nações*”, cujo a ideia era de que a liberdade individual seria o melhor caminho para a prosperidade geral. (Smith, 1776).

Ao filósofo Edmund Burke caberia a primazia de desvelar a natureza moral do pensamento que se instalava, introduzindo um conceito que seria entendido como conservadorismo. Em 1790, Burke lançaria o livro “*Reflexões sobre a Revolução na França*” (Burke, 1982), através do qual reagiu contra a brutalidade da Revolução Francesa. Escreveu: “A raiva e o delírio destroem em uma hora mais coisas do que a prudência, o conselho, a previsão não poderiam construir em um século” (in Constantino, 2021). A partir de então, o liberalismo, integrado por uma concepção política, econômica e moral, ganharia a cena política. Era o surgimento da democracia liberal.

Dito isto, no panorama geopolítico atual, não parece restar dúvidas de que bem poucos Estados podem ser classificados como verdadeiras democracias liberais. De acordo com Freeman (1995), as premissas que integram a existência de uma democracia liberal podem ser encontradas mais facilmente

na América do Norte, Europa Ocidental, poucos países da Ásia (Japão e Israel, embora haja pouco consenso em relação ao último, considerando a delicada relação entre árabes e judeus), poucos países da Oceania (Austrália e Nova Zelândia). De modo que, num contexto geral, as democracias liberais são minorias numericamente, embora, inegavelmente, representem uma liderança e um protagonismo global.

Criticando a democracia liberal

A primeira crítica lançada contra as democracias liberais rebate a ideia de que o sistema representaria o fim da história. No livro “O regresso da história e o fim dos sonhos”, Robert Kagan (2012) alerta para a confusão entre pausa e fim da história. De fato, o ressurgimento de autocracias e guerras parecem perturbar o sentido de ordem, tranquilidade e paz que se costuma esperar de democracias liberais.

No livro “Por Que o Liberalismo Fracassou?” Patrick Deneen (2020) se insurge quanto à suposta intocabilidade das democracias liberais, defendendo a adoção do pós-liberalismo, ou seja, a tese de um Estado forte como meio de atingir o bem comum. O autor sustenta uma espécie de conservadorismo do bem comum, uma mescla de um regime economicamente de esquerda e socialmente conservador. Já no livro *The Origins of Totalitarian Democracy*, Talmon (1919) centra a crise das democracias liberais na questão da representatividade, uma vez que, ainda que garantido o direito de voto, o eleitor tinha pouca ou nenhuma influência nas decisões do governo.

Jürgen Habermas (1997) acena com um novo estágio da democracia liberal, a qual qualifica como democracia discursiva ou deliberativa, sistema em que o diálogo, a troca de informações entre os atores da cena política, seja no espaço institucional, seja no espaço extra-institucional legitimaria o governo. Manin (1995), discorrendo sobre a crise que assola as democracias liberais, alerta que “a eleição de representantes já não parece um meio pelo qual os cidadãos indicam as políticas que desejam ver executadas”.

Jano García (2023) vai além, sustentando que “*es falso que democracia sea sinónimo de libertad, de progreso y de justicia. Es falso. La democracia se ha convertido en una especie de dogma, un nuevo dios, una nueva religión que todos tenemos que seguir ciegamente*”. Para o autor, a democracia não passaria de um embuste, eis que, numa sociedade moralmente falida, eleitores e eleitos seriam os dois lados de uma mesma moeda decrépita, a qual garantiria ao sistema apenas retroalimentar mediocridades.

Do ponto de vista econômico, as democracias liberais são criticadas, na medida que estariam se transformando em títeres de um mercado predador e implacável, ávido por lucro e dominação. A crítica parte da premissa, então, de que o mercado seria incapaz de ser virtuoso. Na obra *A Era da Burguesia*, Deirdre McCloskey refuta a tese de que “o comércio é terrivelmente

corruptor, que não é possível ter virtude no comércio, que você é apenas uma pessoa gananciosa”, acenando que “há ocasião para ‘pecados’ no mercado, mas essas ocasiões existem, na aristocracia e no socialismo também” (2017).

Os dados trazidos por McCloskey em seu estudo permitem concluir, objetivamente, que o liberalismo fez mais pelas “vítimas” do mercado predatório do que qualquer outro sistema econômico já criado pelo homem. Graças à liberdade de mercado, uma imensa maioria de pessoas, cujo destino era viver na pobreza e oprimido por regimes feudais e absolutistas, experimentou a liberdade de prosperar.

A tese do fortalecimento do Estado ou reposicionamento do mercado como forma de se construir uma vontade geral, garantidora de um suposto bem comum querido e planejado coletivamente, encontra abalizada crítica também. Robert Nozick, um dos expoentes do libertarianismo, na contra-mão argumentativa da tese referida, trabalha com conceitos como estado mínimo ou ultramínimo. Certo de que, na contemporaneidade, o chamado *estado de bem estar social* não tem meios racionais e éticos de resolver questões como a desigualdade, alerta: “uma redistribuição, ainda que bem intencionada por um fim valoroso, se realizada a partir do trabalho e dos bens alheios não passaria de uma injustiça simplória e grotesca” (2023).

Com efeito, a tese do libertarianismo ou anarcocapitalismo está prestes a deixar as prateleiras da doutrina e entrar no mundo real. Na Argentina, por exemplo, forte corrente política apresentou-se para disputar o poder nas últimas eleições nacionais, sustentando uma plataforma libertária ao invés do enraizado populismo. Embora a Argentina, nem de longe, possa ser considerada uma democracia liberal, colhe-se o exemplo para futuro cotejo entre os resultados entregues por um Estado forte e por um Estado mínimo.

Políticas públicas

Um dos dogmas defendidos por aqueles que apostam na regulamentação do mercado e no engrandecimento do Estado diz respeito ao tema políticas públicas, que podem ser entendidas como “a soma das atividades do governo, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos”, ou simplesmente “o governo escolhe fazer ou não fazer” (Dye, Peters; in Souza, 2006).

No entanto, não há nenhuma evidência empírica de que decisões tomadas por um governo na construção de políticas públicas sejam as melhores, ou que tais políticas não possam ser desenvolvidas pelo mercado em condições mais favoráveis para o consumidor do serviço. Políticas habitacionais, educacionais, de saúde, etc., quando decididas por um governo, ainda que com algum grau de participatividade popular, geralmente travestem-se de puro assistencialismo, demagogia política e desperdício do dinheiro do

pagador de impostos.

Thomas Sowell (2019) cita inúmeros precedentes sobre desastrosas políticas públicas adotadas por governos norte-americanos, ainda que bem-intencionadas, o que lhe permitiu concluir que “diferenças no que indivíduos e grupos querem fazer e estão preparados para priorizar são frequentemente ignoradas por muitas políticas bem-intencionadas”.

Políticas públicas apresentam-se como garantidoras da execução dos chamados direitos sociais (educação, saúde, habitação, previdência, etc.). No entanto, as democracias liberais já entenderam que, como o Estado não produz riqueza, para que tais políticas públicas saiam do papel, a atuação do mercado é fundamental. Assim, em vez de rechaçar a presença do mercado na execução de políticas públicas, Estados mais comprometidos com as finanças públicas (geralmente democracias liberais), convivem naturalmente com o mercado neste aspecto.

De forma que esta relação mutualista entre público e privado, no ponto, sugere mais vantagens do que desvantagens. Até mesmo a China comunista deu-se conta de que precisava tolerar o mercado. Afinal, como dizia Deng Xiaoping, “não importa se o gato é preto ou branco, desde que cace os ratos”.

Por outro lado, alerta-se para o fato de que, na prática, até mesmo em democracias liberais mais consolidadas, a manipulação de políticas públicas pode transformar-se em estratégia de dominação, a fim de manter em cativeiro uma clientela vulnerável e dependente, a qual servirá apenas para reproduzir um sistema de dominação. Política pública verdadeiramente honesta em seus princípios e objetivos deveria servir para romper este círculo vicioso. De fato, Milton Friedman já advertia que “um dos maiores erros que existem é julgar os programas e as políticas públicas pelas intenções e não pelos resultados”.

A ascensão contemporânea da hegemonia cultural

O filósofo italiano Antônio Gramsci lançou a teoria da hegemonia cultural como ferramenta para a tomada do poder. Segundo seu estudo, para garantir a hegemonia cultural, primeiro seria necessário dominar o pensamento em todos os canais – academia, mídia, escolas, artes, mundo financeiro e empresarial, religiões – bem como nos poderes constituídos e em qualquer instituição que representava uma ameaça ao sistema político hegemônico. Conquistada a hegemonia, não haveria mais espaço para o direito à liberdade de expressão, pois a opinião oficial seria a única a existir. As vozes dissidentes seriam criminalizadas ou “reeducadas”. A conquista levaria tempo, proclamou Gramsci, mas depois de algumas gerações seria inevitável.

Esta estratégia provou ser precisa. Os seguidores de Gramsci formaram hoje uma nova elite – autoproclamada com muitos nomes, como nova

esquerda, neocomunismo, progressistas – que conquistou quase todos os caminhos apontados pelo filósofo italiano. Com mãos pesadas, controlam as ferramentas que permitem a livre manifestação de expressão, e quem discorda do pensamento dominante é sumariamente cancelado/banido, desmonezizado e/ou censurado, tudo sem possibilidade de defesa. Este fenômeno foi alertado anteriormente pelo filósofo brasileiro Olavo de Carvalho (2021), seguindo os estudos de Christopher Lasch da Universidade de Rochester:

Existe uma nova elite dominante no mundo, além da burguesia; não governa pela posse dos meios de produção, mas pelo domínio da informação; mais ambicioso que o anterior, não se contenta em ter poder sobre a riqueza material e o poder de trabalho das pessoas, mas quer moldar as suas mentes, os seus valores, as suas vidas e o significado desta vida; não só quer possuir o mundo, mas reinventá-lo à sua imagem e semelhança.

Esta nova elite passou a criar padrões de valor transmitidos às massas através do sistema educativo e da indústria das comunicações, doutrinando as mentes com a força de dogmas inquestionáveis, todos inspirados num relativismo cultural que consagra a fórmula do “politicamente correto”. Assim, os valores que constituem os pilares das democracias liberais estão a ser substituídos, arbitrariamente, por valores escolhidos pelos progressistas.

Hoje em dia, estas elites consideram-se o ponto mais alto do avanço civilizacional, seres humanos iluminados por alguma qualidade metafísica, e que se consideram ter o direito e o dever de salvar das trevas as massas ignóbeis, tudo de acordo com a sua forma peculiar de entender o mundo. Obviamente, esta elite não convive com nenhum desafio ou crítica à sua autoproclamada superioridade moral. E, se a maior resistência a este projeto hegemônico de dominação reside no domínio da liberdade de expressão, este direito deve ser esmagado. Ou então admitido, mas nos termos de um Ministério da Verdade, como preconiza George Orwell em sua obra “1984”.

Segundo Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), cientistas políticos da Universidade de Harvard, um novo conceito de democracia está sendo desenvolvido no mundo. A democracia popular está sendo substituída por uma democracia de elite. Este processo de mudança não envolve as vias normais para a mudança de poder, como a revolução, o golpe de Estado, as forças militares ou os tanques de guerra; mas sim, usa a via eleitoral:

Como não existe um momento único – nenhum golpe, declaração de lei marcial ou suspensão da constituição – em que o regime obviamente “cruze a linha” para a ditadura, nada poderá fazer soar o alarme da sociedade. Aqueles que denunciam os abusos do governo podem ser rejeitados como exageradores ou como lobos chorões. A erosão da democracia é, para muitos, quase imperceptível.

Estas falsas democracias estão a ser instaladas em todo o mundo através de ataques diretos à liberdade de expressão. Este direito é um pilar da democracia liberal porque dá às pessoas o poder de questionar os seus governadores, o que significa que, uma vez destruído, todo o sistema desmorona.

Exemplos da execução deste projeto hegemônico estão surgindo em todo o mundo: o caso Twitter Files nos Estados Unidos revelou a manipulação de informações por parte de altos gestores das redes sociais para meios políticos e partidários durante o turno eleitoral anterior; na Austrália, foi publicada uma nova lei para salvaguardar a população contra os danos da “desinformação”, ou seja, qualquer conteúdo digital “que seja comprovadamente falso” e que possa causar danos. Particularmente, é importante destacar as conclusões de Gutentag e Shellenberger (2023):

Sob o pretexto de prevenir “danos” e responsabilizar as grandes empresas tecnológicas, vários países estão a estabelecer um vasto e interligado aparelho de censura...Políticos, ONG e os seus facilitadores nos meios de comunicação afirmam que o seu objectivo é apenas proteger o público da “desinformação”. ... No entanto, definições vagas e lacunas nas novas leis criarão caminhos para uma aplicação ampla, excessos e abusos. (...) Estamos, portanto, testemunhando a emergência de um aparelho governamental com o poder de controlar o ambiente de informação de formas que determinam o que as pessoas Como tal, não é exagero dizer que o Ocidente está à beira de uma forma de totalitarismo muito mais poderosa do que o comunismo ou o fascismo, cujo alcance era limitado pela geografia.

Portanto, devido ao alcance sem precedentes das redes sociais hoje, a manipulação e regulação dos seus conteúdos é uma ferramenta forte para o que Gramsci chamou de hegemonia cultural, à medida que a censura moral da nova elite se espalha rapidamente por todos os canais de comunicação.

Conclusão

Em primeiro lugar, parece que a tese de Fukuyama não encontra respaldo nos fatos. E a resposta é simples e de cunho filosófico: *panta rei os potamós!* (“tudo flui como um rio”). Se a vida é dinâmica, se tudo é movimento, como previa Heráclito, seria ousado demais, até mesmo antinatural, decretar-se o fim da história. Outra verdade a que chegou este arrazoado, é que as sociedades, modo geral, especialmente nas democracias liberais, já atingiram um ponto de maturidade política que não permite mais obliterações a respeito do conceito de democracia. Democracia é ou não é. O conceito não pode ser relativizado.

Também não se encontra nenhuma dificuldade em se afirmar que a

democracia liberal, por seus valores intrínsecos, ainda oferece as melhores soluções para o desenvolvimento das potencialidades humanas. Qualquer comparação que se faça com o que havia antes da invenção da democracia liberal, por qualquer parâmetro que se queira adotar, pende para uma superioridade incontestada deste último modelo. Tanto é assim, que não se encontram vozes saudosistas ou relevantes que advogam uma volta ao passado.

As críticas oferecidas contra as democracias liberais devem ser devidamente contextualizadas, sob pena de criação de tabus, qualificados e convenionados como evidentes, e que só servem para interditar o salutar debate. Em outras palavras, deve haver luz suficiente no campo da dialética para se permitir a crítica da crítica.

Mas, como dito, a história está sempre em fluxo. Não há garantia de que, por exemplo, a massificação das redes sociais, fenômeno aclamado como garante do direito à liberdade de expressão, não dê origem à tirania: as democracias liberais não podem ficar restritas ao domínio da opinião, e só a razão pode servir de critério para validar opinião. Quando a opinião prevalece sobre a razão, é um sinal de que as democracias liberais esgotaram o seu modelo de governação e que um novo modelo político, tão desejado pelos seus críticos, deve assumir o controle.

A democracia se mede pelo respeito à opinião minoritária e até pelo direito da minoria de se tornar maioria. Através desta perspectiva, embora as democracias liberais enfrentem ameaças potenciais pelas tentativas de criação de uma hegemonia cultural, o sucesso de uma ferramenta tão extrema rumo a um novo autoritarismo é uma questão a ser respondida no futuro.

Referências

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução na França**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 50-52

CARVALHO, Olavo. **O Imbecil Coletivo**. São Paulo: Vide Editorial, 2021, p. 112

CONSTANTINO, Rodrigo. **Pensadores da Liberdade**. São Paulo: Faro Editorial, 2021, p. 65

DENEEN, Patrick J. **Porque o Liberalismo fracassou?** Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2020, p. 65-72.

DEGAUT, Marcos, MEACHAM, Carl. **Do the BRICS still matter?** Washington D.C: Centre for Strategic & International Studies, 2015.

FREEMAN, Gary P. **Modes of Immigration Politics in Liberal Democratic States**. New York: International Migration Review, 1995, p. 881–902. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/019791839502900401>

GARCÍA, Jano. **Definirse como demócrata es algo completamente absurdo y ridículo**. Madrid: Papel, 2023. Disponível em: <https://www.elmundo.es/papel/historias/2023/10/24/65327272fdddfff0888b45b9.html>

GAZETA DO POVO. **“A desigualdade não me incomoda”, diz historiadora trans.** Por Renan Barbosa. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/a-desigualdade-nao-me-incomoda-diz-historiadora-trans-1so7zcusbmrbiqy20qnkqnxw/>

GAZETA DO POVO. **Mundo à beira do totalitarismo ‘woke’: governos agem para acabar com a liberdade de expressão.** Por Michael Shellenberger e Alex Gutentag. São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/mundo-beira-totalitarismo-woke-governos-agindo-acabar-liberdade-de-expressao/?#success=true>

GAZETA DO POVO. **Robert Nozick: o filósofo que trouxe o libertarianismo para o mundo real.** Por Pedro Henrique Alves. São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/robert-nozick-o-filosofo-que-trouxe-o-libertarianismo-para-o-mundo-real/>

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, volume I e II, 1997, p. 19

KAGAN, Robert. **O regresso da história e o fim dos sonhos.** Rio de Janeiro: A casa das letras, 2012, p. 33-34

LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Reino Unido: Penguin Random House, 2018, p. 97.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 494-495.

MANIN, Bernard. **As metamorfoses do governo representativo.** São Paulo: Revista brasileira de ciências sociais, v. 10, n. 29, 1995, p. 1. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4418905/mod_resource/content/1/Manin%20-%20Metamorfoses%20do%20governo%20representativo%20%28artigo%29.pdf

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia.** Rio de Janeiro: Zahar, 2020 - p. 20. Disponível em: https://img.travessa.com.br/capitulo/ZAHAR/CRISES_DA_DEMOCRACIA-9788537818848.pdf

RANGSIMAPORN, Parador. **Interpretations of Eurasianism: justifying Russia’s role in East Asia.** 2006. Europe-Asia Studies, vol. 58, n° 3, University of Glasgow. Available at: https://www.jstor.org/stable/20451203?searchText=&searchUri=&ab_segments=&searchKey=&refreqid=fastly-default%3A1c0ffc009a1dbcca428a62edcf477d60&seq=1

SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** New York: A.M. Kelley, 1776, p. 178

SOWELL, Thomas. **Discriminação e disparidades.** Rio de Janeiro: Record, 2019, p. 126.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas, uma revisão da literatura.** Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n° 16, jul/dez de 2006, p. 20-45

TALMON, Jacob. **The Origins of Totalitarian Democracy.** London: Mercury Books, 1919, p. 45-48.

VOZES AMORÇADAS: UM ESTUDO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR PÓS ACIDENTE MINERÁRIO DE BRUMADINHO/MG SOB A ÓTICA HABERMASIANA

Pedro Arruda Junior

Doutor em Direito pela Universidade Federal Fluminense; Professor do Centro
Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves

Raphaella Abreu

Acadêmica de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida
Neves

Resumo:

Na presente pesquisa, analisa-se a atividade minerária, a harmonia com os ideais protecionistas do meio ambiente, assim como a participação popular no processo de tomada de decisões, tendo como mapeamento temático o cenário pós tragédia de Brumadinho/MG, considerado o maior acidente minerário do Brasil. Discute-se não somente aspectos positivistas, mas no efetivo reconhecimento do valor da participação enquanto organização da sociedade. Nessa ótica, o problema a ser enfrentado ressalta-se qual a forma de se incluir e validar o discurso da sociedade diretamente atingida por acidentes na mineração? Por seu turno, a presente pesquisa acadêmica possui como objetivo central a discussão da participação popular sob a ótica Habermasiana. Como objetivos específicos tem-se a estrutura do processo minerário desde os propósitos estruturantes até traços de fechamento de mina, enfrentando o acidente minerário de Brumadinho/MG (Brasil). A sustentabilidade é pautada no tríplice: meio ambiente, desenvolvimento econômico e participação popular e, sob ênfase desta última discorre-se, como objetivo central da pesquisa, sobre a democracia participativa e utilizam-se marcos teóricos densos como José Eli da Veiga (2010) sobre o pensamento de sustentabilidade; a noção de dádiva ou maldição da mineração de Enriquez (2007); e, por fim, a análise da ação comunicativa de Habermas (1981). Tudo isso por meio de uma investigação sociojurídica exploratória. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, por meio tentativas de refutação com base na observação e levantamento bibliográfico especializado. Numa narrativa com

elementos técnico-jurídicos da mineração, ladeada com o estudo teórico da participação popular, formula-se o presente estudo.

Palavras-chave: Participação popular; Democracia deliberativa; Mineração.

Introdução

A criação de um Estado está ligada diretamente à positivação do direito, o qual, por sua vez, possui como objetivo precípua a busca constante da justiça nas relações sociais. Com o desenvolvimento dos povos, a figura do ente estatal se fez presente com a necessidade de harmonizar os laços, sejam horizontais, quando apenas indivíduos da mesma classe se interligavam, sejam verticais, quando o Estado se dispunha como ente.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, um complexo arcabouço de garantias entrara em vigor no país, dentre eles as normas inerentes à coletividade, assim como as normas de cunho ambiental de visão protecionista.

Lado outro, com o viés de desenvolvimento do Estado, encontra-se inserida como setor estratégico nacional, a mineração. A atividade minerária, além de riquezas diretas proporcionadas pela prospecção, também possibilita a geração de empregos e rotatividade financeira regional. Contudo, com a atividade antrópica desordenada, inúmeras alterações ocorreram no planeta, dentre elas os danos ambientais. Decota-se aqui a análise para os impactos de grande porte provocados pela mineração, ou seja, retirados aquelas intercorrências, assim como exploração manual, como a garimpagem, por exemplo.

Quando se trata de mineração é válido ressaltar a existência do Código de Mineração, instituído num momento em que o país passava por um constante crescimento econômico e manifestou-se como uma tentativa de alavancar o Estado com políticas minerárias não totalmente sustentáveis. Todavia, não há como analisar o marco da mineração sem contrapor a Constituição da República de 1988, que traz a postura de um Estado Democrático de Direito, preocupado com o meio ambiente na mineração, tanto o é que reserva capítulo especial no texto constitucional. Sintonizar os textos legislativos com as propostas histórico-sociais e trazer o cidadão como ator e não como receptor de normas é uma das balizas da presente pesquisa.

E é nessa vertente de participação popular cidadã que se construirá o presente artigo. Mas a participação popular que ora se apresenta não se trata de participação meramente formal, ou seja, para cumprimento de pseudo garantias constitucionais. Trata-se de uma análise de implementação e concretização.

Atividade minerária no Brasil

A mineração, como um todo, constitui uma das atividades que ocasiona maior impacto ambiental, principalmente por estar ligada intimamente aos recursos naturais e que o extrativismo pode ocasionar diversas adversidades, desde aquelas de cunho biológico, quando se aborda a modificação do meio ambiente por uma atividade antrópica invasiva, ou àquelas do ponto de vista social e econômico.

Ao analisar a própria Constituição da República de 1988 constata-se a obrigação de reparação de danos em casos de exploração de recursos minerais, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Todavia, em contrapartida, o empreendimento em análise é fator precípuo ou de parcela considerável do desenvolvimento do Estado, seja na economia internacional com as importações e exportações, seja na interna com os empregos diretos e indiretos e monetização do bem mineral.

A atividade econômica também encontra proteção constitucional no art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qual-

quer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O IBRAM – Instituto Brasileiro de Mineração publicou o Guia de Planejamento de Fechamento de Mina no ano de 2013 e estruturou as etapas de vida da mina, quais sejam: Estudo de Viabilidade; Implantação; Operação; Desativação; Pós Fechamento (2013, p. 12).

O Estudo de Viabilidade inclui a exploração, estudo de previsibilidade, desenvolvimento de rotas de processos e estudos de viabilidade técnica, econômica e socioambiental. A exploração tem como objetivo descrever qualitativa e quantitativamente o depósito mineral. O estudo de viabilidade é conduzido para determinar o potencial do desenvolvimento do depósito mineral e a escala de produção.

Por seu turno, a fase de implantação se refere às atividades de construção e de preparação da mina e da infraestrutura necessária, inclui a aquisição de terras e a execução de programas compensatórios.

A etapa de operação designa a produção, podendo contemplar expansões, mudanças de processos, novas atividades de pesquisa mineral e a gestão do empreendimento.

A desativação é o período que tem início pouco antes do término da produção mineral (encerramento) e se conclui com a remoção de todas as instalações desnecessárias e a implantação de medidas que garantam a segurança e a estabilidade da área, incluindo a recuperação ambiental e os programas sociais.

Por fim, o pós fechamento é o período após a completa implementação das medidas de desativação, no qual são executadas ações como monitoramento, manutenção, cuidados temporários ou permanentes e programas sociais, visando atingir os objetivos do fechamento da mina.

Conforme se verifica na dicotomia proteção ambiental versus desenvolvimento sócio-estatal, a mineração encontra inúmeros obstáculos para ser executada em harmonia com os anseios sociais. Diante dessa relação altamente complexa de benesses e prejuízos, houve a necessidade de se regulamentar juridicamente todo o seu exercício.

O princípio da participação, por sua vez, preza que os indivíduos que compõem um determinado território sob a gestão governamental deve ser ouvido para fins de processos decisórios que envolva a questão ambiental. No caso brasileiro, essa participação é latente, considerando o próprio Estado Democrático de Direito.

A democracia, por si, não se caracteriza apenas com as deliberações dos representantes eleitos, mas sua completude será atingida quando efetuar a aproximação social nas decisões que envolvam conteúdo ambiental, podendo ser localizada nas medidas legislativas, medidas administrativas e medidas processuais.

A mineração, como apresentada, possuiu o nascedouro diferente do direito ambiental. Mesmo assim, válido destacar que a atividade mineira é demasiadamente extensa, complexa com todos os seus elementos minerais, assim como pela variabilidade de mecanismos de prospecção (garimpo, mina a céu aberto, mina subterrânea, faturamento hidráulico, dentre várias outras). Por conta disto, a presente pesquisa terá o recorte metodológico na atividade minerária do ferro, principalmente naquelas ocorridas no estado de Minas Gerais.

Ao remontar a história nacional verificar-se-á que a exploração do minério de ferro não era tão consistente quando comparada com outros minerais como o ouro. A ideia de siderurgia no período do Brasil Colônia não era consolidada, conforme concepções de Castro et. Al. (2011, p. 38):

As forjas (fornalhas) para a produção do ferro, proibidas. Tanto que, em 1785, o governo português declarou como ilegal a fabricação de ferro na colônia e determinou a destruição de todos os fornos existentes. Dez anos depois, mudanças políticas em Portugal culminaram no incentivo à extração e manufatura do ferro, dando início à construção de diversas fábricas, como as do Morro do Pilar, em Ipanema e Congonhas do Campo.

Uma das primeiras fábricas de fundição de ferro que se tem notícia fora construída no município de Sorocaba/SP, por volta de 1589 (Nascimento e Silva, 2018). A referida siderúrgica encontrou inúmeros obstáculos no que se refere ao beneficiamento do minério para conversão em aço, motivo este determinante para o avanço das pesquisas nessa área, sendo válido mencionar que o engenheiro de minas Wilhelm Ludwig, por meio de técnicas hidráulicas, conseguiu alavancar a produção de ferro, em torno do ano de 1812, sendo um dos nomes responsáveis pela criação da primeira companhia mineradora de capital privado do país.

Com o decurso dos anos, constatou-se que faltava mão de obra especializada no país e, por conta disso, a pedido de Dom Pedro II, foi criada a Escola de Minas Brasileira, em 1876 no município mineiro de Ouro Preto. O escopo central era a formação de profissionais na área mineira que, futuramente, viriam a revolucionar o mercado do minério de ferro no Brasil.

Castro et. Al. (2011), somente no ano de 1886 houve o reconhecimento que o futuro da mineração nacional era pautado na lavra de minério de ferro e não do ouro. Por conta disso, em 1908 foram identificadas imensas jazidas de ferro no município mineiro de Itabira, fator que proporcionou a criação da Itabira Iron Ore. Contudo, a fase de exploração foi demasiadamente longa e, somente em 1930 fora extraído o primeiro minério da referida região. Com o advento da Segunda Guerra Mundial (1939/1945) houve a necessidade de fornecimento do minério de ferro aos aliados e, conforme o referido autor, houve a necessidade de nacionalização da IIO – Itabira Iron

Ore e na encampação desta com a Companhia Brasileiras de Mineração e Siderurgia S/A na Companhia Vale do Rio Doce S/A por meio do Decreto -lei 4352/1942 pelo Presidente à época, Getúlio Vargas.

Com o decurso dos anos a Companhia Vale do Rio Doce S/A se desenvolveu, com aquisição de equipamentos e instrumentos para beneficiamento mineral, além da descoberta das reservas de Carajás. Já em 1997, após muitos debates a referida companhia foi privatizada, e expandiu mercado para todo o mundo, com ações negociadas nas bolsas de valores de Nova Iorque e Hong Kong e recebeu a atual nomenclatura da mineradora Vale S/A. A história desta mineradora acaba por se confundir com a própria história da mineração de ferro no Brasil. Nos dias de hoje a Vale S/A é a maior produtora mundial de minério de ferro.

A atividade minerária possui várias vertentes que a incorporam, como a análise da sustentabilidade, do desenvolvimento econômico e da governança. Maria Amélia Enriquez (2008, p. 94) apresenta os fatores que contribuem para que a mineração seja encarada como uma maldição: alta variação de preços dos produtos minerais, provocada pela instabilidade da demanda; o controle do mercado mineral por multinacionais; um mercado de trabalho monopsônico, ou seja, aquele de um só comprador, de centralização absoluta de aquisições; antigas regiões produtoras degeneraram-se a ponto de um ultra-subdesenvolvimento devido à exaustão das minas. Por seu turno, a mesma autora (2008) reforça a ideia que a mineração também pode ser reconhecida como dádiva, a depender da forma de atuação estatal:

Assim, concluímos este estudo afirmando que a atividade mineral gera oportunidades (dádivas), porém o aproveitamento delas não ocorre de forma automática. Ela é mediada pela ação pública, por intermédio da regulação da atividade e do uso sustentado das rendas minerais, como bem advertem diversos autores do desenvolvimento, revisados neste estudo.

Na mineração, um dos fatores que são tidos como negativos é a presença da doença holandesa. Bresser-Pereira (2010, p. 123) a define como:

sobre apreciação crônica da taxa de câmbio de um país causada por este para explorar recursos abundantes e baratos, cuja produção comercial é compatível com uma taxa de câmbio claramente menor do que a taxa de câmbio média que viabiliza setores econômicos de bens comercializáveis que utilizam tecnologia no estado da arte.

O termo foi utilizado pela primeira vez no *The Economist*, na década de 70 e condiz na retração do mercado industrializado/em industrialização por conta da valorização da moeda para *commodities*. A doença holandesa seria explicada, na visão de Bresser-Pereira (2010) como uma falha de mercado que,

por causar apreciação cambial, gera externalidades negativas aos outros setores da economia, que agora não mais conseguem se desenvolver e competir internacionalmente.

Por isso Enriquez (2008) menciona que a mineração pode ser uma dívida ou maldição, a depender da forma em que é feita a governança e participação estatal no equilíbrio das relações econômicas.

Do ponto de vista social, a mineração é pilar de aproximação e cuidado social. Isso porque os empreendimentos minerários de grande porte acabam por desenvolver economicamente e temporariamente determinada região, com fluxo de emprego e, caso administrada de maneira correta na fase de fechamento e pós fechamento de mina, da independência social pós mineração.

A análise das variantes positivas da mineração deve ser destacada sempre, considerando o próprio desenvolvimento de setores estratégicos e da própria economia nacional, todavia, o dever de cuidado em empreendimentos da mineração de grande porte deve ser potencializado, principalmente no que se refere à gestão de barragens, conforme apresentado a seguir.

Gestão de barragens

Partindo da análise positivista a Norma Regulamentadora da Mineração n.º 18, conceitua beneficiamento em seu tópico 18.1.1 “tratamento visando preparar granulometricamente, concentrar ou purificar minérios por métodos físicos ou químicos sem alteração da constituição química dos minerais”. Além disso, acrescenta que todo projeto de beneficiamento mineral deve otimizar o processo de aproveitamento do recurso, observando as variantes de economicidade, assim como desenvolver a atividade de acordo com segurança, proteção do meio ambiente e bem estar (saúde ocupacional).

Característica que deve ser destacada é que a prospecção mineral pode ocorrer por técnicas à úmido, ou à seco (*dry*). A primeira análise deve ser no sentido do teor mineral, ou seja, da concentração. Esse é o principal fator que levará à “escolha” da técnica. Naqueles em que a concentração mineral seja alta, somente o processo de britagem é suficiente para beneficiar o minério. Por seu turno, se ocorrer menor teor que o exigido pelo mercado, será necessário concentrar o minério por procedimento químicos, o que, leva obrigatoriamente o uso de água. No panorama nacional temos dois grandes locais de prospecção de minério de ferro. Carajás, no estado do Pará, usa a técnica à seco, justamente pela alta concentração de ferro, não gerando assim, rejeitos para serem dispostos em barragens. Minas Gerais, por sua vez, possui, em sua grande maioria, jazidas densas, contudo, com menor concentração que o mercado exige. Logo, utiliza a técnica à úmido, com criação de piscinas de rejeitos dispostas na forma de barragens. Na indústria mineral é usual a classificação dos minerais em três grandes grupos: a) metálicos; b)

não metálicos; c) energéticos.

Existem inúmeros dispositivos internacionais fazem relação com barragens e seus rejeitos como: *London Guidelines for Exchange of Information on Chemicals in International Trade*; Convenção da Basileia (1989) sobre controle dos movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos; Protocolo da Basileia (1999) sobre responsabilidade e compensação de danos resultantes do movimento transfronteiriços e eliminação de rejeitos; Convenção de Londres (1972) sobre prevenção da poluição marinha; Conferência Geral da Agência Internacional de Energia Atômica – AIEA, que criou o Código de boas práticas sobre movimento transfronteiriços de produtos perigosos e seus resíduos; Convenção da Bamaco sobre controle e liberação de rejeitos no mar territorial; Regras de Helsinque (1966) sobre governança ambiental aquática; dentre várias outras.

As barragens na mineração são as estruturas utilizadas para conter e depositar os rejeitos, podendo ser de pequeno, médio e grande porte e existem basicamente três metodologias mais aplicáveis na construção dessas barragens, quais sejam: a) método da jusante; b) método de montante; e, c) método de linha de centro.

No dia 25 de janeiro do ano de 2019, no município de Brumadinho/MG, o local tornara-se mundialmente conhecido por um gigantesco acidente na mineração. A barragem Mina Córrego do Feijão se rompeu e uma onda de rejeitos matou mais de 250 pessoas.

Como é de conhecimento notório, a empresa Vale S/A era uma das responsáveis pela prospecção do minério de ferro. Algumas características puderam ser identificadas: a) uma tentativa de aproximação e envolvimento entre a empresa e a sociedade; b) demonstração de preocupação acerca do rompimento da barragem e tentativa de transparência. Tais características eram exteriorizadas por meio de boletins, nos quais a Vale S/A colocava em circulação nos municípios pertencentes à área atingida, principalmente aqueles do Vale do Paraopeba. Contudo, foram insuficientes para efetivamente incluir os anseios sociais nas soluções das demandas. A sustentabilidade na mineração que se busca é justamente baseada na participação popular.

Mineração sustentável

Para que o desenvolvimento sustentável seja analisado, é válido destacar que o próprio termo desenvolvimento, em sua expressão mais ampla, não é uníssono nas áreas do saber. Diversas teorias buscam estabelecer padrões sobre o desenvolvimento, como o Índice de Desenvolvimento Humano, por exemplo. Contudo, observar-se-á que a problemática é demasiadamente mais profunda. Por conta disso, o estudo dessas teorias irá trazer uma amplitude conceitual e estruturará toda a linha de raciocínio.

Numa outra vertente mais voltada à produtividade, Rivero (2002, p.

133) apresenta um olhar sobre as ENIs – Economias Nacionais Inviáveis, ao fundamento central da dependência das nações ao setor científico, base diferenciadora no desenvolvimento ao afirmar que:

Os países subdesenvolvidos, que representam 75% da humanidade (4,8 bilhões de habitantes), têm apenas 7% dos cientistas e engenheiros do mundo, fazem menos de 2% de investimento mundial em pesquisa e desenvolvimento e produzem apenas 3% do *software*. Estas estimativas do atraso são até generosas, já que, na verdade, metade deste míngua arsenal científico-tecnológico encontra-se concentrado em poucos países, como Cingapura, Hong-Kong, Malásia, Taiwan, China, Índia e, em menor grau, Brasil. Todos os demais países estão em uma absoluta indigência científica e tecnológica que gradativamente exclui de uma economia global cada vez mais ávida por manufaturas e serviços de alto conteúdo tecnológico.

O que é perceptível ao se analisar o desenvolvimento na vertente lato sensu, ou seja, com uma percepção global, é que o desenvolvimento não é pautado somente com fatores econômicos. É possível afirmar-se enquanto Estado desenvolvido pelas práticas de gestão administrativa ou até mesmo de sustentabilidade e direcionamento de esforços para conscientização. O desenvolvimento, aos olhos do pesquisador, vai além de regras de crescimento financeiro-estatal. A máquina administrativa deve funcionar plenamente, participação social nos processos decisórios, investimento do Estado em setores estratégicos de desenvolvimento econômico, dentre várias outras possibilidades de interpretação.

Habermas (2003, p. 24) sinaliza a necessidade de se instituírem instituições políticas de regulação internacional na dinâmica econômica, ou seja, a importância de uma política democrática como marco de evolução social:

A globalização da economia, que é cada vez menos economia do povo, impede que os instrumentos conhecidos de orientação funcionem. Por isso, hoje, coloca-se a questão da relação entre política e economia de um modo novo, reflexivo. A política tem de se perguntar se deve ser envolvida ainda mais em uma política de desregulamentação. Ou seja, em uma formulação muito simplificada: será que a perda de influência da política aponta na direção de uma abdicação da política em geral, ou será que o *médium* da política pode se regenerar em outros níveis e crescer na esteira dos mercados transnacionais? Esses problemas permitem colocar o tema da possibilidade e da necessidade de um poder democrático situado além do Estado nacional. Nesse contexto, os objetivos políticos passam a depender da necessidade de regulamentação.

Por conta disso, José Eli da Veiga (2010, p. 37) apresenta fórmula de

reflexão de identificação do desenvolvimento sustentável:

Uma é bem prática: na lista de metas da sociedade contemporânea, em que patamar de urgência estaria situada a busca da sustentabilidade?

Se o critério for urgência, é claro que acabar com a miséria, com os regimes autoritários e com as guerras poderiam ser objetivos imediatamente citados como prioritários. Até porque seria simplesmente ridículo pensar em sustentabilidade diante da suprema humilhação da própria espécie humana, da privação de suas liberdades, e da estupidez de seus morticínios. Mas também é importante notar que, em princípio, tudo isso está contido na noção de desenvolvimento. Pelo menos quando não é rebaixada ou rejeitada, por confundida com simples aumento da riqueza ou crescimento econômico.

Se por desenvolvimento se entender o processo de expansão das liberdades humanas - na linha proposta por Amartya Sen, prêmio Nobel de 1998 -, então sua sustentabilidade deve ser assumida como a prioridade mais alta (Sen, 2000). Basicamente, em sua proposta, ele procura enfatizar que a busca do bem-estar, de democracia e de paz precisa ser combinada, em última instância, com a necessidades de conservação de suas próprias bases materiais, isto é, a conservação dos ecossistemas, por mais artificializados que alguns necessariamente se tornem.

Somente com a mudança de postura perante a própria existência e convívio social, com a inserção da demanda da sustentabilidade como fator prevalente do processo decisório é que poder-se-á ampliar a vida harmônica em sociedade.

A base conceitual da resiliência encontra amparo nas mais variadas fontes do saber, porém, não é linear, de estrutura isolada na legislação e bases cognitivas. Ela é transdisciplinar, ou seja, permeia, conjuntamente, vários ramos do saber para que seja construída.

É possível afirmar que, atualmente e de maneira geral, é vultuosa a preocupação da sociedade com tragédias ambientais. Isso porque, em acidentes minerários de grande porte e alta complexidade, a sociedade fica à mercê dos Compromissos de Ajustamento de Conduta firmados, na maioria dos casos, entre Ministério Público e empreendedor.

Os traços conceituais de acesso à justiça são extremamente amplos, não se limitando à busca pelo Judiciário para solução de lides. Aqui o conceito deve ser compreendido tanto pelo exercício do direito da inafastabilidade de jurisdição, ou seja, da intervenção do Poder Judiciário na solução de conflitos sociais, assim como deve ser compreendido (numa interpretação expansiva) para que se abarque o conjunto de direitos concretizados na via extrajudicial

No Brasil, a justiça administrativa, desde a República, está regida sob

um sistema de unicidade de jurisdição. Logo, é oportuna a discussão acerca do compromisso de ajustamento de conduta, criado exatamente como meio alternativo para viabilizar e concretizar direitos coletivos. Apesar de outras instituições serem legitimadas a elaborar o compromisso de ajustamento de conduta, verifica-se na prática a maior atuação do Ministério Público.

A Defensoria Pública, apesar de legitimada a propor Compromisso de Ajustamento de conduta, conforme visto em linhas anteriores, não é o enfoque da presente pesquisa, considerando principalmente a atuação enquanto defensora dos vulneráveis. A linha é tênue, porém, necessária. Apesar desta instituição constar do rol de legitimados a propor TAC, a Defensoria Pública agrega a atividade de acesso à Justiça dos vulneráveis. Logo, o recorte temático será o TAC proposto pelo Ministério Público e a atuação da Defensoria enquanto *custus vulnerabilis*, pois, somente nesse viés, seria possível identificar a real participação social (amparado pela Defensoria Pública) nos TAC ministeriais. Em outras palavras, seria uma tríade: Ministério Público, Defensoria Pública e Empreendedor.

É possível compreender que a assistência jurídica integral pela Defensoria Pública, presente no caput do artigo 134, deve abranger questões em procedimentos judicialiformes e também naqueles de natureza administrativa, ou seja, a Defensoria Pública é responsável por fornecer todo o suporte social na solução das lides. No caso em pesquisa, a participação na formulação dos TACs e de toda forma de solução extrajudiciais dos atingidos por rompimento de barragens da mineração. De importância extrema validar os movimentos sociais formalizados como o MAB – Movimento dos Atingidos por Barragens. O papel da Defensoria Pública não é suprimir os movimentos, mas sim, agregar esforços em prol do bem comum

Uma informação relevante ao se apresentar a temática é relembrar que o Ministério Público possui dupla atividade reconhecida pelo Judiciário: órgão acusatório e *custos legis* (fiscal da lei) e suas atribuições institucionais são garantidas tanto na norma jurídica quanto na doutrina clássica. A Defensoria Pública, com poucos precedentes, busca o reconhecimento pelo Judiciário dessa pluralidade (órgão de demandas e de protetor dos direitos dos vulneráveis). O Tribunal de Justiça do Amazonas é pioneiro do reconhecimento do *custos vulnerabilis* na Apelação Cível 0002061-84.2016.8.04.0000.

A figura do *custos vulnerabilis* é extremamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, e não há participação da Defensoria Pública de Minas Gerais nessa condição nos Compromissos de Ajustamento de Conduta realizados nas tragédias de Bento Rodrigues e Brumadinho, ambos municípios mineiros.

Conclusões

Após toda a construção teórica envolvendo a participação popular na

formulação do Compromisso de Ajustamento de Conduta ambiental, promovido pelo Ministério Público, especificamente naqueles constituídos após acidentes minerários de grande porte por rompimento de barragem de rejeitos, válido remontar os pontos abordados na presente pesquisa acadêmica e refletir sobre a temática.

A participação popular, então, é a instrumentalização da cidadania num Estado de Direito e a democracia deliberativa é constituída com esse envolvimento das pessoas. Na Constituição da República de 1988 há expressa previsão acerca do poder emanado do povo, que pode ser exercido diretamente ou indiretamente por representantes eleitos. A relação entre Estado e sociedade precisa ser constantemente refletiva, considerando que o estabelecimento da soberania popular por meio de um agir comunicativo ainda caminha lentamente no atual denominado Estado Democrático de Direito.

Para se discutir qual seria a forma ideal de se incluir e validar o discurso da sociedade diretamente afetada por catástrofes de rompimento de barragens numa vertente de mineração sustentável, assim como alinhar a interação do causador do dano ambiental com a sociedade e órgão da Administração Pública sem tornar marginalizado o discurso social.

Diante do horizonte catastrófico por rompimento de barragens, demonstrou-se o instituto do *Custus Vulnerabilis* como novel figura jurídica e mecanismo de implementação e representação social nos Compromissos de Ajustamento de Conduta promovidos pelo Ministério Público. Assim, a Defensoria Pública, com as atribuições de acesso à justiça representaria efetivamente a sociedade no momento da formulação dos TACs.

A mineração é essencial para o desenvolvimento do Estado, mas, conforme apresentado no presente estudo, inúmeras estruturas estão sob alerta e, enquanto a o poder econômico tiver mais força do que a vida de terceiros, esta questão será cíclica. A sociedade precisa de voz como ideal de concretização da cidadania e justiça.

Referências

ARRUDA JUNIOR, P. **Mineração sustentável: uma abordagem sociojurídica da participação popular cidadã em acidentes minerários de grande porte.** Belo Horizonte: Del Rey, 2023.

BRASIL, R. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

BRESSER PEREIRA, L. **Doença holandesa e sua neutralização: uma abordagem Ricardiana.** Revista de Economia Política, v. 28. 2007. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/242289950>

CASTRO, A, JUNIOR, J. **Modelos de previsão para exportação das principais commodities brasileiras.** IPEA, 2000. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2311/1/TD_716.pdf

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL. **Portaria 237**

de 18 de outubro de 2001. Determinar a publicação das Normas Reguladoras de Mineração – NRM. Diário Oficial da União, Brasília, 19 out. 2001.

ENRÍQUEZ, M. **Mineração: maldição ou dádiva? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira.** São Paulo: Signus, 2008.

HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I e vol. II.

HANSEN, G. **Democracia e cidadania como condições de possibilidade da sociabilidade e do Estado de Direito.** Conferências Magistrales: I Seminario Internacional sobre democracia, cidadania y estado de derecho. Ourense: Universidade de Vigo, 2019.

NASCIMENTO E SILVA, L. **Barragens de rejeito da mineração: análise do sistema de gestão do Estado de Minas Gerais.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

RIVERO, O. **O mito do desenvolvimento: os países inviáveis no século XXI.** Petrópolis: Vozes, 2002.

VEIGA, J. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI.** Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

VEIGA, J. **Sustentabilidade: A legitimação de um novo valor.** São Paulo: Senac, 2010.

VIOLÊNCIA ESTATAL E DEMOCRACIA BLINDADA NO BRASIL RECENTE

Andressa Kolody

Professora da Universidade Estadual do Centro-Oeste, doutoranda em Serviço Social pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, e pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas do Orçamento Público e da Seguridade Social

Resumo:

O artigo propõe uma análise abrangente da resposta do Estado às ocupações secundaristas de 2016, realizadas no Distrito Federal e em 22 estados brasileiros. Destaca-se um substancial aumento na utilização da coerção, o que pode ser compreendido como uma expressão da nova conjuntura aberta com as “jornadas de junho” de 2013, as quais também inauguraram uma nova fase no que diz respeito ao uso do aparato repressivo do Estado. A escalada da repressão reflete uma alteração importante no papel do Estado, decorrente da crise econômica e política iniciada nos países centrais na década de 1970, com o neoliberalismo, a partir do início de 1980, sendo uma resposta do capital. No contexto brasileiro, a materialização desse modelo hegemônico de “restauração do capital” se processaria apenas a partir dos anos 1990, assumindo em sua terceira fase um caráter radicalmente contrar-reformista, antidemocrático e violento. O estudo sugere que a resposta violenta do Estado à mobilização estudantil é parte de um amplo processo de blindagem da democracia em relação às demandas populares, incluindo a necessidade estrutural por uma educação de qualidade.

Palavras-chave: Estado; Democracia blindada; Violência estatal; Ocupações secundaristas.

Introdução

As ocupações secundaristas de 2016 representam um capítulo importante nas mobilizações na educação, sendo reconhecidas como o 7º ciclo do Movimento Estudantil (ME) (Gohn, 2017). Estes protestos ganharam força em meio ao aprofundamento do ajuste fiscal, à intensificação da luta de classes, ao aumento da violência estatal e a um “golpe de novo tipo” contra

Dilma Rousseff (PT). Motivados pela influência crescente da racionalidade neoliberal na área, manifestada na flexibilização do currículo do Ensino Médio, na defesa de princípios conservadores e no estrangulamento orçamentário, os estudantes buscaram estabelecer uma plataforma política para promover um projeto educacional alternativo. No entanto, encontraram na reação estatal, sua contraposição (Demier, 2017).

Essa dinâmica é uma consequência política da longa crise estrutural do capital, iniciada nos países centrais na década de 1970, com o neoliberalismo emergindo como resposta a partir dos anos 1980. A materialização desse modelo hegemônico de “restauração do capital” ocorreu a partir dos anos 1990 no Brasil, assumindo um caráter radicalmente contrarreformista, antidemocrático e violento na última década. Nesse contexto, o papel do Estado se alterou, deslocando-o da garantia de políticas sociais para sustentar a reprodução ampliada do capital, intensificando a espoliação dos meios de subsistência e a restrição do uso democrático do sistema político (Braga, 1996); (Behring, 2021).

Conseqüentemente as contradições e limites da “democracia blindada”¹ no Brasil se tornaram cada vez mais explícitas. Esse processo resulta, entre outras coisas, no aumento da repressão e seletividade da reação estatal, gerando um profundo mal-estar em um regime político já limitado, periférico, dependente e autocrático. O estudo sugere que a resposta estatal às ocupações secundaristas é uma evidência da blindagem do regime político às demandas populares.

A ação sócio-política do Movimento Estudantil no 7º ciclo

O Movimento Estudantil (ME) se configura como movimento social plural, temporário, policlassista e juvenil, exercendo considerável poder de mobilização, por meio de grupos que se inter-relacionam. Apesar das influências do neoliberalismo nas subjetividades individuais e nas organizações sócio-políticas, o ME tem sido uma força crucial de resistência ao esvaziamento do potencial emancipatório e às tendências de mercantilização da educação. Sua atuação transcende entidades e organizações estudantis, estendendo-se tanto dentro quanto fora do ambiente escolar e universitário.

Assim como outros movimentos sociais populares, o ME se estabelece por meio de práticas articuladas que surgem de uma conjuntura específica

1 O modelo democrático-blindado caracteriza-se pela resistência dos núcleos centrais da política às pressões populares em uma escala significativa. No Brasil, esse padrão começa a se formar na ditadura, é amortecido pela emergência das organizações da sociedade civil nas décadas de 1970/80, se institucionaliza nos governos de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998/1999-2002), e é aprimorado nos governos do Partido dos Trabalhadores (2003-2016). Contudo, é com o golpe de 2016 e nos governos Michel Temer (2016-2018) e Jair Bolsonaro (2019-2022) daí surgidos, que as condições ideais para a plena expressão da “democracia blindada” são estabelecidas (Demier, 2017).

ca, envolvendo uma relação conflitiva: caracterizada pela contestação. A intensa participação dos estudantes na história do país confere ao movimento um papel político relevante. Suas demandas estão ligadas à luta por direitos, fazendo parte do espectro da cidadania. Essas demandas passam por fluxos e refluxos, adotando novas formas de ação, como a tática de ocupação de espaços públicos em 2015 e 2016 (Gohn, 2017).

No 7º ciclo do movimento, inspirados pelos movimentos estudantis do Chile e Argentina, os estudantes resistem de maneira coordenada ao estado das coisas. As primeiras ocupações secundaristas ocorreram em 2015, mas foi em 2016, após a ocupação do Colégio Estadual Padre Arnaldo Jansen, em Curitiba-PR, que as pautas se unificaram e as ocupações ganharam amplitude. Nesse período, o ME apresentou uma pauta unificada em nível nacional, denunciando o conteúdo de classe das políticas estatais, os problemas estruturais da política de educação, a falta de democracia nas escolas e a ausência de representatividade das organizações estudantis. Sua atuação agregou apoio de outras organizações da sociedade civil e resultou na ocupação de 1.072 locais (Tokarnia, 2016).

Com a alteração na correlação de forças políticas e a ascensão de Michel Temer (MDB) ao poder, iniciou-se uma nova fase de austeridade e contrarreformas, incluindo a flexibilização do currículo do Ensino Médio e o congelamento de investimentos na área social por 20 anos. Os estudantes contestaram essas medidas, denunciando os efeitos do novo regime fiscal na educação e a desobrigação do investimento mínimo constitucional.

Durante as ocupações, os estudantes experimentaram uma organização horizontal, distribuindo tarefas e definindo atividades através de comitês. As ocupações não apenas desafiaram a racionalidade estabelecida diante de violações de direitos fundamentais pelo Estado, mas também proporcionaram um espaço político e público que não se pautava pela definição de gênero (Prates; Ruggi; Silva; Machado, 2017).

Os estudantes combinaram a ocupação de escolas com mobilizações de rua, inovando na configuração organizacional dos protestos. A comunicação externa se dava através de duas linhas: “mídia livre” e “mídia autônoma”, ambas de natureza ativista. Os comportamentos comunicativos produzidos interatuaram com o público presente, gerando efeitos midiáticos e criando espectadores, ao mesmo tempo em que se situaram em um nível macro-histórico.

O ápice desse ciclo foi a jornada em Brasília em 29 de novembro de 2016, reunindo 50 mil pessoas durante a votação da Emenda Constitucional (PEC) 55 em Brasília. O ato foi cercado por um forte aparato policial, os participantes foram impedidos de acessar o local de votação e violentamente reprimidos, resultando na aprovação da PEC. Posteriormente, com a aprovação do ajuste fiscal, veio também a aprovação da Reforma do Ensino Médio, em fevereiro de 2017, que fragmentou a inserção de conteúdos no

currículo e aumentou a desigualdade entre estudantes da rede pública e privada (Tokarnia; Lourenço, 2016).

As causas da negação sistemática do acesso, permanência e universalização do direito à educação no Brasil são estruturais. Contudo, nesta terceira fase do neoliberalismo brasileiro essa lógica se aprofunda, mas se torna ainda mais violenta contra aqueles que a contestam. O próximo tópico analisará a estratégia adotada pelo Estado em resposta às ocupações secundaristas.

A programática da reação estatal às ocupações estudantis

A análise do *modus operandi* do Estado às ocupações secundaristas de 2016 revelou o uso da violência para conter o ME. O mapeamento² da produção jornalística nacional resultou em cinco eixos que contextualizam a reação estatal: restrição à habitabilidade e o uso de técnicas de tortura; uso abusivo da força, abertura de inquérito e detenções arbitrárias; vigilantismo; decisões judiciais determinando a aplicação de multas; conduta omissiva do Estado.

A primeira categoria aborda a **restrição à habitabilidade e o uso de técnicas de tortura**. Apesar de ser reconhecido como crime contra a humanidade, a imposição de sofrimento físico ou psicológico deliberado tem raízes profundas na história brasileira. Durante as ocupações, os estudantes foram vítimas desse padrão histórico de violência, sendo submetidos a situações-limite que visavam forçá-los a se renderem diante do medo e da coerção.

Medidas extremas foram adotadas em vários estados, incluindo a suspensão de água, energia, telefone e gás nas escolas ocupadas, além de restrições ao acesso de terceiros. O estado de Goiás (GO), por exemplo, buscou suspender a alimentação dos adolescentes. Estados como Distrito Federal (DF), Rio de Janeiro (RJ), Goiás (GO), Santa Catarina (SC) e São Paulo (SP) foram mais longe ao empregar técnicas de tortura (Madeiro, 2016); (Esquerda Diário, 2016); (Agência Brasil, 2016). No DF, uma decisão judicial autorizou o uso de instrumentos sonoros para impedir o sono dos estudantes

2 Realizou-se um mapeamento da produção jornalística nacional sobre as ocupações secundaristas ocorridas entre 2015 e 2016 em 22 estados da federação e no DF (G1, 2016), usando os descritores: “ocupação”, “ocupação estudantil”, “ocupação secundarista” e “estudantes”. A técnica da bola de neve foi aplicada, seguindo *hiperlinks* em cada matéria jornalística para alcançar a saturação do assunto. Coletaram-se 200 publicações, sendo 80 selecionadas após organização e exclusão de sobreposições. Não há registros jornalísticos sobre ocupações em quatro estados: Acre (AC), Amazonas (AM), Mato Grosso do Sul (MS), Roraima (RR). As informações no Piauí (PI) e Amapá (AP) não mencionam relações entre Estado e o movimento estudantil. Em Rio Grande do Norte (RN), Paraíba (PB) e Rondônia (RO), há registros de diálogo e legitimidade da mobilização estudantil. No Pará (PA), há sinalizações sobre legitimidade, mas com registros de tensão, intimidações e ameaças. No Espírito Santo (ES), menciona-se a judicialização dos protestos, sem detalhes encontrados.

(Justificando, 2016); (Portal CTB, 2016). Em SC, os estudantes foram confinados por longas horas, e em SP, houve relatos de perseguição e espancamento por parte da polícia, resultando em ferimentos graves (GGN, 2016a; 2016b); (Salvadori, 2017).

A história revela que as violações de direitos humanos têm sido seletivas, direcionadas principalmente aos “inimigos políticos”. Desde a CRFB/1988, essas práticas se expandiram para incluir grupos considerados perigosos, como pobres, negros, moradores de periferias e favelas, militantes de movimentos sociais e defensores de direitos humanos. A persistência e aceitação dessas práticas na sociedade evidenciam a incompletude da transição democrática no país.

Durante a “abertura lenta, gradual e segura”, escolheu-se diluir as responsabilidades e postergar as obrigações do Estado brasileiro em relação às graves violações de direitos humanos ocorridas na ditadura civil-militar. A falta de uma justiça de transição, a anistia concedida a torturadores e a permanência da ideia de segurança nacional no imaginário social contribuem para a manutenção dessas práticas herdadas do regime ditatorial.

O segundo eixo de violência identificado corresponde ao **uso abusivo da força, abertura de inquérito e detenções arbitrárias**. Essas práticas, entre as mais recorrentes de reação do Estado, registraram certo protagonismo do Poder Executivo, embora o Poder Judiciário e o Ministério Público também desempenharam papéis destacados. Essas formas de violência foram identificadas nos estados do Maranhão (MA), Rio Grande do Sul (RS), Tocantins (TO), Goiás (GO), Santa Catarina (SC), Paraná (PR), Ceará (CE), Minas Gerais (MG), Pernambuco (PE), São Paulo (SP) e Sergipe (SE). Em estados como MA, TO, PR, SP, SC e SE, o uso da força policial para impedir ocupações e realizar desocupações se deu via autotutela do Estado, ou seja, com parecer da Procuradoria Geral do Estado (PGE), mas sem autorização judicial, desrespeitando o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, CRFB/1988).

Além de constituir flagrante violação de garantias fundamentais, a reintegração de posse sem autorização judicial mostra que a mobilização estudantil foi concebida como uma invasão de propriedade privada e não como uma forma legítima do poder popular. As ocupações de escolas públicas não são invasões, pois reivindicam uma demanda popular: o direito à educação de qualidade. Suas pautas são públicas, e a mobilização buscou persuadir o Poder Público a abrir o diálogo para negociar os termos da Reforma do Ensino Médio, impedir o desfinanciamento da política via PEC 55 e combater o avanço das forças ultraconservadoras que buscam esvaziar o conteúdo democrático da educação (Lourenço, 2023).

Merece destaque o número de policiais, a participação de tropas especiais, o uso de explosivos, armas letais e não letais, bem como as desocupações simultâneas e o horário em que as intervenções ocorreram (O Estado,

2016), (G1/TO, 2016), (Prates; Ruggi; Silva; Machado, 2017), (GGN, 2017), (Boehm, 2016), (GGN, 2016a; 2016b), (Infonet, 2016). No que diz respeito ao uso desproporcional da força, armamento letal e não letal, bem como no emprego de técnicas de desmobilização, como o envelopamento, SP e a União se equiparam. “De um lado, bombinhas, rojões e foguetes disparados na direção dos agentes, que responderam com disparos de borracha, bombas e gás. “[...] um policial saca a arma com tiros letais, aponta para a multidão que fugia [...] e dispara dois tiros para o alto.” (Vice News, 2015). Já no que concerne ao uso de armas menos letais, mesmo diante da possibilidade de causar mutilações, perda de visão e mortes, estas foram utilizadas de maneira abusiva e sem o devido respeito aos procedimentos previstos no Decreto Interministerial 4226/2010.

Os estados de MA, RS, TO, SP e GO realizaram conjuntamente um total de 171 detenções de estudantes. Muitas ocorreram na presença de autoridades, como conselheiros tutelares, diretores e secretários estaduais de educação. As acusações envolveram crimes como dano, furto, aliciamento de menores, desacato, lesão corporal contra policial e organização criminosa.

Dos estados indicados, TO, SP e GO se diferenciam, respectivamente, pelo uso de algemas, a prisão de jornalistas, o encalço e a detenção de um professor que acompanhava a ocupação (G1/MA, 2016), (Diário Gaúcho, 2016), (Esquerda Diário, 2016), (G1/TO, 2016), (Declercq, 2016), (BRASIL De Fato, 2016). O maior número de detenções foi registrado em GO (46) (Maia, 2016) e ocorreu depois que policiais se recusaram a atender a um caso de furto durante um protesto de rua e agrediram a estudante que buscava atendimento. Além disso, estudantes fotografaram o momento em que um policial militar descaracterizado apontou uma arma letal contra um adolescente durante um ato público (Túlio, 2016).

Outro aspecto importante envolvendo as detenções é o fato delas terem sido adotadas em TO depois que “[...] o promotor de Justiça Vilmar Ferreira de Oliveira, foi aos portões da escola ameaçar e determinar a prisão dos secundaristas.” (G1/TO, 2016). O estado do CE registrou queixa-crime contra 320 estudantes. Essas queixas foram instruídas por relatórios de diretores das escolas, solicitados pela Secretaria de Estado e pela 16ª Promotoria de Justiça de Defesa da Educação (Montesanti, 2016). Segundo relatam os estudantes que prestaram depoimentos: “[...] são feitas perguntas sem qualquer correlação com a apuração de possível ato infracional ou criminoso, tais como: a insistente pergunta sobre uma liderança do movimento ou se haveria alguma organização política atuando nas movimentações” (Cedeca, 2016).

Em MG, foi encontrado um registro de um inquérito de 300 páginas contra estudantes, produzido com áudios gravados pelo superintendente regional de ensino, no qual o Promotor da Infância e Adolescência afirma que o movimento tem cunho político (G1/Triângulo Mineiro, 2016). Embora

não sejam estudantes secundaristas, é importante registrar que a mobilização estudantil nas universidades, ocorrida nesse mesmo período, foi objeto de procedimentos internos. Na Universidade Federal de Pernambuco (PE), foi instaurada uma comissão para abrir um inquérito administrativo para investigar denúncias de danos patrimoniais e furtos durante a ocupação, mesmo não havendo provas sobre as condutas específicas dos estudantes. Ao que parece, a acusação tem relação com a suposta liderança do movimento. Embora em tese a lei antiterrorismo não se aplique a manifestações de natureza reivindicatória, a acusação faz menção a artigos dessa lei (Portela, 2017).

A extensa aplicação do aparato repressivo em mobilizações e protestos aponta para um legado autoritário na esfera da segurança pública. No entanto, o aumento na produção de leis que ampliam os poderes persecutórios do Estado, o uso tendencioso de teses acusatórias e os preconceitos ideológicos por parte do órgão acusador, juntamente com a atuação violenta contra os estudantes, revelam um agravamento do controle repressivo e a envolvimento de diversas instituições de controle penal, tanto formais quanto informais.

A análise das matérias jornalísticas revelou práticas de **vigilantismo**. Este fenômeno se manifesta através de diversas ações, como a filmagem de manifestantes e policiais infiltrados, a utilização de táticas de investigação apoiadas pelas redes sociais e a quebra de sigilo de comunicações. Adicionalmente, observa-se ações coordenadas entre as forças policiais, o Exército e a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN). O uso político dessas informações podem representar sérios riscos à integridade física e moral das pessoas, à participação política e, em última instância, à própria democracia.

O vigilatismo durante as ocupações secundaristas foi identificado nos estados de Goiás (GO), Rio de Janeiro (RJ), Paraná (PR) e Ceará (CE). Em GO e no RJ, incluindo o Ministério da Educação (MEC), solicitaram a identificação de manifestantes (Madeiro, 2016), (Moreno, 2016), (Tokarnia, 2016). No PR, estudantes da UTFPR foram fotografados com uma placa de identificação, cujas informações foram posteriormente vazadas em um grupo do Facebook (Prates; Ruggi; Silva; Machado, 2017, p. 97). Houve represálias institucionais contra ocupantes e a instauração de processos administrativos na UFPR, indicando um caráter persecutório institucionalizado (Gazeta do Povo, 2016a; 2016b).

No CE, uma lista com nomes de adolescentes que participaram das ocupações foi utilizada para instruir 320 denúncias. Em MG, a direção encaminhou a lista com o nome dos ocupantes para o promotor da Vara da Infância e Juventude e os pais foram notificados para comparecer ao Conselho Tutelar (G1/Triângulo Mineiro, 2016). Há informações de que a identificação teve como consequência a suspensão do fornecimento de merenda para estudantes cearenses envolvidos nas ocupações (Cedeca, 2016). Em SC, a diretora da escola confiscou celulares e filmou estudantes, violando a privacidade e expondo adolescentes. A Polícia Militar de SP é acusada de perseguir

secundaristas e apoiadores das ocupações, carregando uma lista com fotos e nomes (GGN, 2016a; 2016b); (Pina, 2016).

A manipulação de dados obtidos por meio de práticas de vigilantismo e ações coordenadas entre órgãos de segurança podem comprometer direitos civis e políticos, criar um ambiente propício para abusos de poder e minar os princípios fundamentais que sustentam uma sociedade democrática.

Decisões judiciais que determinam a aplicação de multas vinculadas aos mandados de reintegração de posse e interdito proibitório surgem como instrumentos de criminalização das lutas populares, destacando-se pela atuação do Poder Judiciário. Essa estratégia foi registrada em Minas Gerais (MG), Alagoas (AL) e Paraná (PR). No caso de MG, o promotor da Vara da Infância e Juventude ordenou a desocupação, estabelecendo uma multa diária de 50 salários mínimos para o descumprimento (G1/Triângulo Mineiro, 2016). Esta decisão demonstra a imposição de penalidades financeiras como forma de pressionar o fim das ocupações.

Em AL, a decisão da Juíza da 16ª Vara Cível de Maceió visou garantir a reintegração de posse e proibiu novas ocupações (Alagoas 24 Horas, 2016). No PR, além da responsabilização dos pais dos adolescentes que participaram de ocupações (Denk, 2016). O ex-governador Beto Richa (PSDB), moveu uma ação de indenização contra onze estudantes do estado. Os valores variam de R\$700,00 a R\$30 mil (Oliveira, 2016). Mesmo com a solicitação de extinção do processo, os estudantes foram condenados a pagar R\$8 mil em custas e honorários. A nível federal, a Advocacia Geral da União (AGU) propôs que os estudantes arcassem com as despesas da aplicação das provas do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) em caso de prejuízo com a ocupação, equivalente a R\$90,00 por prova (Gohn, 2017).

A utilização de ações possessórias, como mandados de reintegração de posse, busca dismantelar as mobilizações, dificultando o exercício do direito de protesto. A imposição de multas individualizadas representa uma estratégia para comprimir as possibilidades do poder social de contrapor o poder político, visto que os participantes enfrentam penalidades financeiras aviltantes. A classificação das ocupações como invasões de bens públicos contribui para uma narrativa de ilegitimidade das manifestações estudantis, afastando-as da cidadania e dos pressupostos basilares da democracia.

Em relação à **conduta omissiva do Estado**, há destaque para os estados do Paraná (PR), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ) e Goiás (GO). No PR, durante a ocupação, ocorreu agressão física por pessoas contrárias à ocupação na presença de uma viatura da Polícia Militar, que não interveio imediatamente. Mesmo com os agressores portando pregos, rojões, pedras e armas brancas, o flagrante não foi caracterizado. A omissão da polícia durante o ataque liderado por membros do Movimento Brasil Livre (MBL) é evidenciada pela postura passiva diante da agressão. (Rossi, 2016).

Em SP, vazou um áudio revelando as intenções do governo em dialo-

gar com o secundaristas, mas também evidenciou estratégias para desarticular a mobilização. Isso incluiu a promoção de guerra de informações e a criação de agendas para fortalecer movimentos contrários à ocupação, expondo uma abordagem nada transparente e direcionada para desarticulação do movimento estudantil (GGN, 2017). No RJ, durante a desocupação de uma instituição, o efetivo policial acompanhou a ação, permitindo que 20 pessoas contrárias à ocupação tivessem acesso ao local, enquanto os policiais apenas observavam enquanto os estudantes se enfrentavam (Fidalgo, 2016). Além disso, o chefe do gabinete da Secretaria de Estado de Educação (Seeduca) divulgou para a imprensa e no Twitter e esteve presente no ato do movimento “Desocupa Já” (Nitahara, 2016).

Em GO, uma estudante informou aos policiais o furto do seu celular, mas eles teriam se negado a adotar qualquer protocolo de atendimento. Quando questionados, um dos servidores públicos puxou a adolescente para dentro do edifício e a agrediu. A omissão dos policiais em lidar com a situação de furto e a agressão subsequente ressalta a ineficácia e, em alguns casos, a convivência com práticas abusivas (Maia, 2016).

A inércia manifesta e o posicionamento seletivo dos agentes públicos em face de manifestações reivindicativas chamam a atenção. A impunidade de casos envolvendo manifestantes também é uma expressão dessa seletividade, a exemplo do caso publicado pelo Jornal El País, sobre um militar que espionou manifestantes e ativistas e teve a investigação arquivada (Salvadori, 2019).

Conclusão

A análise detalhada das estratégias adotadas pelo Estado revela uma resposta estatal caracterizada pelo aumento do grau e da sofisticação da violência contra os estudantes durante as ocupações secundaristas em 2016. Essas ações, alinhadas politicamente, destacam a dimensão repressiva do Estado diante das lutas sociais e do seu potencial disruptivo, servindo como um mecanismo para blindar a democracia contra demandas por uma educação de qualidade.

Contrariando a afirmação do Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude de Londrina (PR), que classificou as ocupações como “invasões semelhantes a biqueiras de droga” sugerindo uma justificção para reações violentas do Estado (Justificando, 2016), o ciclo de lutas dos estudantes indica que a juventude se reconhece como parte do processo de gestão da coisa pública e deseja participar, compreendendo as condições estruturais e relacionais das escolas. Em contraste com essa visão, as ocupações se constituíram como um movimento de inclusão e ampliação, característico dos movimentos libertadores. Através do Movimento Estudantil, os estudantes tornam conhecida a condição da Educação Pública e os diferentes projetos

que disputam sua direção.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. MPRJ instaura inquérito para garantir integridade física de ocupantes de secretaria de educação. 13 jun. 2016. Disponível em: <http://agencia-brasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-06/mprj-instaura-inquerito-para-garantir-integridade-de-ocupantes-de>. Acesso em: 10 ago. 2022.

ALAGOAS 24 HORAS. Ocupação de estudantes: Justiça determina reintegração de posse de quatro campi do IFAL. 23 nov. 2016. Disponível em: <http://www.alagoas24horas.com.br/1016798/ocupacao-de-estudantes-justica-determina-reintegracao-de-posse-de-quatro-campi-ifal/>. Acesso em 15 ago. 2022.

BEHRING, Elaine Rosseti. **Fundo Público, Valor e Política Social**. São Paulo: Cortez, 2021.

BOEHM, Camila. **Polícia Militar desocupa escolas em Campinas**. Agência Brasil. 13 out. 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-10/policia-militar-desocupa-escola-em-campinas>. Acesso em 19 nov. 2023.

BRAGA, Ruy. **A restauração do capital: um estudo sobre a crise contemporânea**. São Paulo, Xamã, 1996.

BRASIL DE FATO. Secundaristas e jornalistas são detidos em ocupação da Diretoria de Ensino em SP. 13 out. 2016. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2016/10/14/secundaristas-e-jornalistas-sao-detidos-em-ocupacao-em-diretoria-de-ensino-em-sp/>. Acesso em 15 ago. 2023.

CEDECA. SEDUC solicita investigação para mais de 300 estudantes secundaristas. 22 ago. 2016. Disponível em: <https://cedecaceara.org.br/index.php/2016/08/22/seduc-solicita-investigacao-para-mais-de-300-estudantes-secundaristas/>. Acesso em 20 ago. 2023.

DECLERCQ, Marie. **“Nós vamos ocupar de novo” diz aluna de uma das três escolas desocupadas pela PM em Campinas**. Vice Brasil. 01 nov. 2016. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/z4b5dx/desocupacao-escolas-campinas. Acesso em 19 nov. 2023.

DEMIER, Felipe Abranches. **Depois do Golpe: a dialética da democracia blindada no Brasil**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2017.

DENK, Eriksson. **Justiça de Araucária decide que pais poderão ser indiciados por menores de 18 anos nas ocupações**. Gazeta do Povo. 28 out. 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/justica-de-araucaria-decide-que-pais-poderao-ser-indiciados-por-menores-de-18-anos-nas-ocupacoes-9dd1n10h1wmeyir5gn8iw1ms2/>. Acesso em 20 nov. 2023.

DIÁRIO GAÚCHO. A rotina das ocupações de escolas na capital e as características do movimento em sete instituições. 27 mai. 2016. Disponível em: <http://diariogauchoclicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2016/05/a-rotina-das-ocupacoes-de-escolas-na-capital-e-as-caracteristicas-do-movimento-em-sete-instituicoes-5811008.html>. Acesso em 03 jul. 2023.

ESQUERDA DIÁRIO. Retrospectiva 2016: as ocupações estudantis que sacudiram o Brasil. 29 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.esquerdadiario.com.br/Retrospectiva-2016-As-ocupacoes-estudantis-que-sacudiram-o-Brasil>>. Acesso em 10 ago. 2023.

FIDALGO, Maurício. **Estudantes se enfrentam e o RJ tem sua primeira desocupação escolar**. Vice Brasil. 10 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.vice.com/pt/article/d7gekq/estudantes-se-enfrentam-e-o-rj-tem-sua-primeira-desocupacao-escolar>>. Acesso em 10 ago. 2022.

G1. Pelo menos 21 estados e o DF têm escolas e institutos ocupados por estudantes. 27 out. 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/pelo-menos-21-estados-tem-escolas-e-institutos-ocupados-por-estudantes.ghtml>>. Acesso em 06 set. 2023.

G1/MA. Polícia desocupa escola no Maranhão e 16 pessoas são apresentadas. 23 nov. 2016. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2016/11/policia-desocupa-escola-no-maranhao-e-16-pessoas-sao-apresentadas.html>>. Acesso em 05 mai. 2023.

G1/TO. Vídeo mostra momento em que PMs imobilizam aluno e desocupam escola. 28 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2016/10/video-mostra-momento-em-que-pms-imobilizam-aluno-e-desocupam-escola.html>>. Acesso em 06 set. 2023.

G1/TRIÂNGULO MINEIRO. Alunos da Escola Estadual de Uberlândia resistem à desocupação. 16 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/2016/11/alunos-da-escola-estadual-de-uberlandia-resistem-desocupacao.html>>. Acesso em 06 set. 2023.

GAZETA DO POVO. Tudo sobre a greve e a ocupação nas escolas do Paraná. 27 out. 2016a. Caderno Educação. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/tudo-sobre-a-greve-e-a-ocupacao-nas-escolas-do-parana-b6t39ta-w4sm8yw0yq4l8q379u/>>. Acesso em 06 ago. 2023.

GAZETA DO POVO. Professores e alunos acusam UTFPR de perseguir envolvidos em ocupação de 2016b. Caixa Zero. 05 out. 2017. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/blogs/caixa-zero/utfpr-sindicancias-ocupacao/>>. Acesso em 23 set. 2023.

GOHN, Maria da Glória. **Manifestações e protestos no Brasil: correntes e contracorrentes na atualidade**. São Paulo: Cortez, 2017.

GGN. Estudantes são intimidados por PMs armados em escola catarinense. 28 out. 2016. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/ crise/ estudantes-sao-intimidados-por-pms-armados-em-escola-catarinense/>>. Acesso em 10 jul. 2023.

GGN. Secundaristas são perseguidos e espancados por PMs em SP. 31 out. 2016. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/pec-55-pec-241/secundaristas-sao-perseguidos-e-espancados-por-pms-em-sp/>>. Acesso em 12 ago. 2023.

GGN. As táticas de vigilância do governo paulista contra estudantes secundaristas. 03 fev. 2017. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/noticia/as-taticas-de-vigilancia-do-governo-paulista-contra-os-estudantes-secundaristas/>>. Acesso em 10 jul. 2023.

INFONET. Justiça proíbe ocupação em escolas públicas de Sergipe. 30 nov. 2016. Disponível em: <<https://infonet.com.br/noticias/educacao/justica-proibe-ocupacao-em-escolas-publicas-de-sergipe/>>. Acesso em 15 ago. 2023.

JUSTIFICANDO. Juiz autoriza tortura para desocupação de colégio no Distrito Federal. 01 nov. 2016a. Disponível em: <[zhttp://www.justificando.com/2016/11/01/juiz-autoriza-tortura-para-desocupacao-de-colegio-no-distrito-federal/](http://www.justificando.com/2016/11/01/juiz-autoriza-tortura-para-desocupacao-de-colegio-no-distrito-federal/)>. Acesso em 02 ago. 2023.

LOURENÇO, Ademar. Cinco diferenças entre ocupação e invasão. **Esquerda Online**. 23 jan. 2023. Disponível em: <<https://esquerdaonline.com.br/2023/01/23/cinco-diferencas-entre-ocupacao-e-invasao/>>. Acesso em 24 jan. 2023.

MADEIRO, Carlos. **AL**: juiz diz que ocupações não mudarão PEC e proíbe invasões de escolas. Portal Uol. 03 nov. 2016. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/2016/11/16/al-juiza-diz-que-ocupacoes-nao-mudarao-pec-e-proibe-invasoes-de-escolas.htm>>. Acesso em 10 jul. 2023.

MAIA, Liam. **A polícia não está economizando porrada pra cima dos secundaristas de Goiânia**. Vice Brasil. 19 fev. 2016. Disponível em: <https://www.vice.com/pt_br/article/exwjgz/desocupacao-da-seduca-e-prisao-de-integrantes-do-movimento-goiania-brasil>. Acesso em 20 ago. 2023.

MONTESANTI, Beatriz. **Movimento secundarista virou caso de polícia. No Ceará, há mais de 300 adolescentes intimidados**. Nexo. 26 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/08/26/Movimento-secundarista- virou-caso- de-pol%C3%ADcia.- No-Cear%C3%A1- h%C3%A1-mais-de-300- adolescentes- intimidados>>. Acesso em 20 ago. 2023.

MORENO, Ana Carolina. **MEC pede que institutos federais ocupados identifiquem manifestantes**. G1. 20 out. 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/mec-pede-que-institutos-federais-ocupados-identifiquem-manifestantes.ghtml>>. Acesso em 28 ago. 2023.

NITAHARA, Akemi. **Alunos pedem desocupação de escolas do Rio de Janeiro para a volta das aulas**. Agência Brasil. 20 abr. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-04/estudantes-pedem-desocupacao-de-escolas-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em 28 set. 2022.

O ESTADO. Estudantes tentam ocupar o Liceu Maranhense e são agredidos por PMs. 01 nov. 2016. Disponível em: <<https://imirante.com/oestadoma/noticias/2016/11/01/estudantes-tentam-ocupar-o-liceu-maranhense-e-sao-agredidos-por-pms/>>. Acesso em 05 jun. 2023.

OLIVEIRA, Cida de. **Tribunal do Paraná condena estudantes que ocuparam escolas em 2016**. Rede Brasil Atual. 29 ago. 2018. Disponível em: <redebrasilatual.com.br/educacao/2018/08/governo-do-parana-condena-estudantes-que-ocuparam-escolas-em-2016/>. Acesso em 02 ago. 2023.

PINA, Rute. **Em São Paulo, reintegrações e perseguição a estudantes freiam ocupações**. Brasil de Fato. 31 out. 2016. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2016/10/31/em-sao-paulo-reintegracoes-e-perseguihao-a-estudantes-freiam-ocupacoes/>>. Acesso em 05 ago. 2023.

PORTAL CTB. Juiz do Distrito Federal autoriza tortura contra estudantes que

ocupam escola. 01 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.ctb.org.br/site/estaduais/centro-oeste/distrito-federal/juiz-do-distrito-federal-autoriza-tortura-contra-estudantes-que-ocupam-escola>>. Acesso em 28 set. 2023.

PORTELA, Laércio. **Comissão recomenda expulsão de alunos da UFPE e entidades apontam perseguição e criminalização da Ocupação.** Marco Zero. 28 ago. 2017. Disponível em: <<http://marcozero.org/comissao-recomenda-expulsao-de-alunos-da-ufpe-e-entidades-estudantis-apontam-perseguiçao-e-criminalizacao-da-ocupacao/>>. Acesso em 28 set. 2023.

PRATES, Giorgia; RUGGI, Lennita Oliveira; SILVA, Monica Ribeiro da; MACHADO, Valéria Floriano. **Ocupar e Resistir: memórias de ocupação Paraná 2016.** UFPR, Curitiba. 2017.

ROSSI, Marina. **Justiça nega reintegração de posse das escolas ocupadas em São Paulo.** El País. 24 nov. 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/23/politica/1448299485_133769.html>. Acesso em 04 set. 2023.

SALVADORI, Fausto. **Guerra à Primavera.** Pública. 31 jan. 2017. Disponível em: <<https://apublica.org/vigilancia/infiltrados/guerra-a-primavera/>>. Acesso em 28 set. 2023.

TOKARNIA, Mariana. **Mais de mil escolas do país estão ocupadas em protesto; entenda o movimento.** Agência Brasil. 25 out. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-10/mais-de-mil-escolas-do-pais-estao-ocupadas-em-protesto-entenda-o-movimento>>. Acesso em 28 ago. 2023.

TOKARNIA, Mariana; LOURENÇO, Iolando. **PM dispersa manifestação contra PEC do Teto em frente ao Congresso.** Agência Brasil. 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-11/com-bombas-de-gas-lacrimogeneo-pm-dispersa-manifestacao-contra-pec-do-teto>>. Acesso em 20 ago. 2023.

TÚLIO, Silvio. **PM aponta arma para estudante em ato contra OSs na Educação.** G1/GO. 07 jan. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2016/01/pm-aponta-arma-para-estudante-em-ato-contra-oss-na-educacao-veja.html>>. Acesso em 28 out. 2022.

VICE NEWS. São Paulo: Educação ocupada. 2015. Disponível em: <https://www.vice.com/pt_br/article/ypmjaj/caca-aos-estudantes-no-centro-de-sao-paulo>. Acesso em 04 set. 2022.

¿SON VERDADEROS DERECHOS LOS DERECHOS HUMANOS?

Luis Bueno Ochoa

Abogado. Profesor Titular (acreditado) de Filosofía del Derecho. Grupo de Investigación *Fundamentos histórico-filosóficos de la ciudadanía jurídica*-UCM. Facultad de Derecho-ICADE. Universidad Pontificia Comillas de Madrid. ORCID: 0000-0001-5076-5835

Resumen:

El carácter problemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) atiende, al menos, a tres órdenes: universalidad, juridicidad y (trans/post)humanidad. El objeto del presente estudio se centra en la discutida juridicidad de los derechos humanos. De la inicial confrontación entre axiología –o moralidad– y juridicidad se pasa a subrayar la relevancia de la juridicidad de los derechos humanos. Seguidamente se exponen tres hipótesis acerca de la fundamentación de los derechos humanos; a saber: hipótesis axiológica, «juridicista» y iusrealista. Estas tres hipótesis correlacionan con las tres sensibilidades representadas por los –ismos del Derecho; a saber: iusnaturalismo, iuspositivismo e iusrealismo. El debate en torno a la fundamentación de los derechos humanos es muestra de responsabilidad y compromiso y está llamado a revolverse contra la dominante indiferencia. El Derecho como manifestación de la cultura y la actitud personal se revelan como elementos constitutivos de la cosmovisión que se proponga adentrarse en la controvertida fundamentación de los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos Humanos; Moralidad; Juridicidad; Actitud realista; Escepticismo.

Entre la axiología y la juridicidad

El carácter problemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos –DUDH– (ONU, 1948) puede proyectarse, al menos, en tres órdenes: la universalidad, la juridicidad y la (trans/post)humanidad. Si la universalidad se ve cuestionada por la diversidad multiculturalista y la humanidad por proyecciones del tipo transhumanista o posthumanista (según se propongan la inmortalidad o el reemplazo prometeico de lo mesiánico)

también la juridicidad de los derechos humanos, constatémoslo, es cuestión controvertida.

Esta tercera controversia, la de la juridicidad de los derechos humanos, exige analizar hasta qué punto el discurso de los derechos humanos está regido por principios jurídicos o por principios que respondan a categorías –de valor, por ejemplo– que no sean propiamente jurídicas.

La triple problematicidad referenciada puede ser puesta en relación, siquiera sea a efectos introductorios, con la tríada igualdad-dignidad-autonomía que enlaza, directamente, con la triple formulación del imperativo categórico kantiano y, por ende, con la –también tridimensional– fundamentación de los derechos humanos.

Los fragmentos que se dirán localizados en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785) kantiana componen, en tres fases, las sucesivas formulaciones de la secuencia traída a colación:

La primera, como *fórmula de universalización* que se identifica con la igualdad, establece: «Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal» (Kant, 1995: 39); y cuenta, a su vez, con el corolario siguiente: «Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza» (Kant, 1995: 40).

La segunda, conocida como *fórmula de la personalidad*, es indisociable de la dignidad y se formula así: «Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio» (Kant, 1995: 44-45).

Y, finalmente, la tercera es la que se conoce como *fórmula de la autonomía* que se vincula, obviamente, al valor de la libertad y se deja enunciada en los términos siguientes: «La voluntad [...] no está sometida exclusivamente a la ley, sino que lo está de manera que puede ser considerada como legisándose a sí propia, y por eso mismo, y sólo por eso, sometida a la ley (de la que ella puede considerarse autora)» (Kant, 1995: 46).

Los tres problemas identificados en el propio rótulo de la DUDH –universalidad, juridicidad y (trans/post)humanidad– pueden ser abordados, por consiguiente, a través de las tres fórmulas kantianas que preceden –universalidad, dignidad y autonomía–. Estos tres grandes principios o valores conforman, según Atienza (2022), una unidad dialéctica tensionada; haciendo notar, con miras a subrayar su proyección, que «Kant pone énfasis en señalar que las tres formulaciones no son más que formas de representar una misma ley moral y que cada una contiene en sí a las otras dos» (Atienza, 2022: 94). Un extenso pasaje de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, que se transcribe a continuación, así lo corrobora:

«Las tres citadas maneras de representar el principio de moralidad son, en el fondo, otras tantas fórmulas de una y la misma ley, cada una de las cuales contiene en sí a las otras dos. Sin embargo, hay en ellas una diferencia que, sin duda, es más subjetiva que objetivamente práctica, pues se trata de

acercar una idea de la razón a la intuición (según cierta analogía) y por ello al sentimiento. Todas las máximas tienen efectivamente:

»1.º Una *forma* que consiste en la universalidad, y en este sentido se expresa la fórmula del imperativo moral, diciendo: que las máximas tienen que ser elegidas de tal modo como si debieran valer de leyes universales naturales.

»2.º Una *materia*, esto es, un fin, y entonces dice la fórmula: que el ser racional debe servir como fin por su naturaleza y, por tanto, como fin en sí mismo; que toda máxima debe servir de condición limitativa de todos los fines meramente relativos y caprichosos.

»3.º Una *determinación integral* de todas las máximas por medio de aquella fórmula, a saber: que todas las máximas, por propia legislación, deben concordar en un reino posible de los fines, como un reino de la naturaleza.

»La marcha sigue aquí, como por las categorías, de la *unidad* de la forma de voluntad –universalidad de la misma–, de la *pluralidad* de la materia –los objetos, esto es, los fines– y de la *totalidad* del sistema. Pero es lo mejor, en el *juicio* moral, proceder siempre por el método más estricto y basarse en la fórmula universal del imperativo categórico: *obra según la máxima que pueda hacerse a sí misma al propio tiempo ley universal*. Pero si se quiere dar a la moral *acceso*, resulta utilísimo conducir una y la misma acción por los tres citados conceptos y acercarla así a la intuición, en cuanto ello sea posible» (Kant, 1995: 49).

Relevancia de la Juridicidad de los Derechos Humanos

La justificación de la relevancia acerca de la cuestionada juridicidad de la DUDH incide no solo en su supuesta naturaleza jurídica sino también en la fundamentación del catálogo de derechos incorporados, ya sea a título de reconocimiento, en clave iusnaturalista, ya sea a título de otorgamiento, en clave iuspositivista.

Decidir cuál es el fundamento predominante determinará o, cuanto menos, convendrá que sea tenido en cuenta a la hora de precisar el alcance y significación de la expresada DUDH.

En consonancia con lo expuesto, corresponde explicitar qué razones asisten a las posiciones en conflicto. Así las cosas, convendrá poner el foco, con inspiración dialéctica, en sendas concepciones que inciden, en un caso, en una perspectiva axiológica o iusfilosófica, y, en el otro, en una perspectiva normativa o iuspositivista. La acción de contraste entre las dos corrientes en liza habrá de ser puesta en relación, a su vez, con su dimensión aplicativa. El diálogo entre la razón teórico-especulativa y la razón práctica verá corroborada una concepción dual de los derechos humanos. Esta doble categorización axiológica y jurídica es, pues, en la que se ve concentrado el debate sobre la moralidad/juridicidad de la DUDH.

Antes de reconducir la exposición a las hipótesis que se ven confrontadas a partir de la controvertida juridicidad de los derechos humanos es oportuno abordar, siguiendo a Martínez Muñoz (2023), sendas *perspectivas* (jurídica y antropológica) y sendas *dimensiones* (histórica y filosófica) cuya articulación pasa por la necesidad de tener en consideración diferentes *marcos de sentido*.

Perspectivas. La primera, la *perspectiva jurídica*, incide en la problemática relación que mantiene el catálogo de derechos humanos con la diversidad de sistemas jurídicos, de concepciones y contextos que puede desembocar o bien en el reemplazo de los derechos históricos preexistentes; o bien en situaciones específicas y particulares de manera que cada ordenamiento jurídico estatal los adopte, adapte o, incluso, llegue a rechazarlos. La *perspectiva antropológica*, por su parte, resalta, como no podía ser de otra forma, las diferentes categorizaciones humanas dimanantes del fuerte impacto que trae causa del entramado de las relaciones sociales y, en general, de eso que llamamos cultura. Se hace necesario, pues, indagar en las conexiones que resultan entre las concepciones de seres humanos que tienen como presupuesto determinadas concepciones del Derecho, en general, y de los derechos humanos, en particular.

Dimensiones. De acuerdo con la *dimensión histórica*, pueden destacarse dos posibilidades de estudio acerca de la historicidad del Derecho; a saber: o bien explorar cómo determinados conceptos acerca del Derecho se han mantenido prolongadamente a lo largo del tiempo hasta el punto de llegar a desenvolverse diacrónicamente; o bien centrar el estudio en el conjunto de ideas y creencias que se desprenden de las interacciones a partir de conexiones lógicas y sistémicas, entre otras. La *perspectiva filosófica*, a su vez, constituye una llamada a la reflexión que, como subraya el autor seguido, contiene una exclusión –teológica– significativa que se reviste de cariz ideológico.

Marcos de sentido. Como se ha llegado a afirmar, «es absolutamente imposible deshacerse de los marcos referenciales» (Taylor, 1996: 43). Esta noción, la de los *marcos de sentido*, propicia, si no exige, que el estudio de los derechos humanos y, específicamente, el de su juridicidad, tenga presente esos diferentes marcos entre los que no pueden omitirse los de carácter económico, político, cultural e, incluso, ideológico.

Hipótesis en pugna

Las posiciones enfrentadas acerca de la naturaleza y el fundamento del discurso de los derechos humanos requiere, desde un abordaje integral, que dicha conceptualización dual sea acorde con la realidad histórica, social y política.

En otro orden de consideraciones corresponde prestar singular atención a la distinción entre *ideología* y *utopía* (Mannheim, 1987, Bloch, 1980 y

Ricoeur, 1999, entre otros) que realza, ciertamente, el expresado carácter dual que no es inmune a interrogantes como el que sigue a propósito de los derechos humanos: *¿Criterios de Justicia o ideología política?* (Martínez Muñoz, 2023).

La doble tensión –latente– entre derechos humanos y utopía, y entre derechos humanos e ideología, comúnmente se pone de manifiesto. Veámoslo, a efectos demostrativos, en los dos párrafos siguientes:

La tensión *derechos humanos-ideología*, primeramente, ha adquirido, ciertamente, el rango de lugar común. Así, a título indicativo, cabe reproducir una postura provista de afán conclusivo (que no es, desde luego, nada infrecuente) como la que sigue: «Como conclusión de lo expuesto, podemos afirmar que se carece –por ahora– de un claro status epistemológico sobre los derechos humanos, pues descansan en valores, que no son susceptibles de un conocimiento riguroso. Frente a ellos no cabe afirmar su verdad o su falsedad, sino simplemente su adhesión o rechazo» (García Belaunde, 1982: 114).

La tensión *derechos humanos-utopía*, por su parte, presupone que la conexión entre derechos humanos y utopía se desprende, básicamente, del carácter ideal de ambas categorías. Se trata de aspiraciones aún no alcanzadas. Para los defensores de una visión iusnaturalista de los derechos humanos, la positivización de los mismos reviste un marcado carácter declarativo ya que no incumbe al Estado otorgar esos derechos a los ciudadanos, sino, simplemente, reconocer y sancionar su existencia. Por el contrario, para los positivistas la codificación de los derechos humanos tiene un verdadero carácter constitutivo, más allá de su mero reconocimiento formal (Alcantarilla, 2009).

La triple interacción entre derechos humanos, ideología y utopía, constituye, en fin, digámoslo con virtualidad pretendidamente recapitulativa, uno de los referentes de la edad contemporánea (Etxeberria, 2014).

Visto cuanto antecede, pasarán a relacionarse, seguidamente, aunque el enfoque sea reduccionista, el repertorio de ideas-fuerza que asiste a las dos primeras hipótesis en pugna; a saber: la hipótesis axiológica, de extracción iusnaturalista, en primer lugar, y, a continuación, la hipótesis «juridicista», de carácter iuspositivista. En tercer lugar, se abrirá paso, además, una tercera hipótesis con sensibilidad iusrealista con miras a terminar de perfilar, tridimensionalmente (Reale, 1997), el controvertido y problemático estado de cosas que es inherente a la fundamentación de los derechos humanos.

Hipótesis axiológica

Siguiendo a Otero Parga y Puy Muñoz (2016), entre otros, las razones que se invocan para fundamentar la existencia de los derechos humanos se establecen en cuatro niveles: «1) a nivel de la estructura misma del ser en general; 2) a nivel de la estructura del específico modo de ser humano; 3) a nivel de la estructura de la vida social humana y 4) a nivel de la historia de la

sociedad política organizada» (Puy Muñoz, 1989: 293).

Para proponerse avanzar en el estudio y conocimiento de los valores dicha exploración puede verse auxiliada a través de dos vías como son la axiología y la estimativa jurídicas; dos formas de conocimiento que no son idénticas pero sí análogas. Así, mientras la estimativa es una facultad de la razón, la axiología es, en cambio, una teoría cuya función es analizar los resultados de la antedicha actividad (Otero Parga y Puy Muñoz, 2016: 45). Pues bien, sin dejar de reparar en el alcance de una distinción orientada, cómo no, a la complementariedad, se ha llegado a afirmar que existen valores especialmente relevantes para el Derecho; valores que se pueden llamar cardinales al servir de goznes sobre los que gira la experiencia jurídica (Puy Muñoz, 1967-68). Los valores anunciados son, según se expone a continuación, los siete siguientes: «El primero es la justicia, que entendemos como el valor jerárquicamente superior, razón de ser de todos los demás valores. A continuación, la libertad, la igualdad y el pluralismo, recogidos como valores superiores en el artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978 (Otero Parga, 1999). Finalmente y para completar la serie de siete, reconocemos a la dignidad, la legalidad y la paz» (Otero Parga y Puy Muñoz, 2016: 46).

Si bien son siete los valores relacionados, es frecuente reconocer que la dignidad se configura como uno de los ejes fundamentales y fundamentadores de los derechos humanos, toda vez que, «con independencia de la forma en que cada sociedad o cada autor entiendan dicho valor, lo cierto es que pertenece a la naturaleza humana y se enraíza fuertemente en su ser» (Otero Parga y Puy Muñoz, 2016: 51-52).

Así pues, se llega a la conclusión de que la fundamentación axiológica de los derechos humanos tiene carácter moral. Y, a tal fin, no será ocioso señalar que «el modo tradicional de justificar moralmente los derechos humanos, o más en general la idea de que todos los seres humanos merecen respeto en cuanto tales, ha sido afirmar que algunas de las propiedades que los caracterizan son suficiente fuente de valor como para producir ese resultado» (Rodríguez-Toubes, 1995: 242).

Por último y, a mayor abundamiento, viene al caso mencionar otras aproximaciones identificadas con el espíritu de la actual hipótesis axiológica. Así, por ejemplo, Pérez Luño (1983) distinguió tres diferentes abordajes a propósito de la fundamentación *objetivista*, *subjetivista* e *intersubjetivista*. Su adhesión a la última categorización se proponía «abolir la rígida división (*Spaltung*) entre *Sein* y *Sollen*, entre ser y deber ser, pero sin que ello implique aceptar la identificación hegeliana entre realidad y razón [...habida cuenta que] la difícil mediación entre la experiencia y los valores constituye el problema básico de la fundamentación de los derechos humanos» (Pérez Luño, 1983: 71).

La propuesta que antecede se orientaba, por tanto, hacia la consecución del refuerzo en la experiencia de la necesidad de los derechos huma-

nos para evitar que se terminaran transformando en ideales vacíos. Los derechos humanos se revelarían, por consiguiente, como ideales que han plantearse aunar teoría y praxis subrayando la referencia al deber ser que marca su horizonte utópico-emancipatorio.

Hipótesis «juridicista»

Antes de pretender dar concreción al planteamiento de clara inspiración iuspositivista es oportuno indicar que no faltan posiciones que se han mostrado contrarias a la tentativa fundamentadora de los derechos humanos. Entre las mismas una de las que ha alcanzado más predicamento ha sido la del jurista turinés Norberto Bobbio, según la cual, «el principal problema en nuestro tiempo en relación con los derechos humanos no es fundamentarlos sino protegerlos, es decir, un problema que ha dejado de ser filosófico para convertirse en jurídico, y en un sentido más amplio todavía en político» (Bobbio, 1982: 7).

La tesis juridicista que ahora nos ocupa puede argumentarse de acuerdo con una sistemática antifundamentadora que se resume en seis tópicos que responden, a su vez, a las seis proposiciones siguientes:

«1. Postular un fundamento absoluto para los derechos humanos es convertirlos en entidades inmutables y ahistóricas, desconociendo lo que ha sido y es la realidad social de estos derechos. 2. La ilusión fundamentadora absoluta de algunos derechos establecidos ha sido un obstáculo para la introducción de nuevos derechos incompatibles con aquéllos. 3. Tras la publicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, el problema de la fundamentación de los derechos humanos ha perdido gran parte de su interés. 4. Cuando se habla de derechos fundamentales se adopta un esquema mental deductivista perverso; de los derechos fundamentales se derivarían todos los otros derechos, que resultarían así automáticamente justificados. 5. El problema de los derechos humanos estriba en que cada hombre y cada ideología los entienden a su modo. 6. Los derechos humanos sólo pueden arrancar de una base, que es considerar al hombre como valor supremo para el hombre, aceptada la cual no es precisa ulterior fundamentación» (Puy Muñoz, 1983: 276-278).

Por lo expuesto, corresponde señalar que las tesis iuspositivistas propugnan que el fundamento de los derechos humanos reside, pues, en la ley positiva.

Con el fin de ampliar y, particularmente, ver reforzada la antedicha remisión a la legislación positiva, parece necesario referirse, por una parte, a la afirmada desvinculación entre derechos y valores; y, por otra, a una matizada separación que termina invocando, como se verá, una equívoca «moralidad legalizada»; a saber:

Primeramente, por tanto, se postula la expresada falta de vinculación

necesaria entre derechos y valores porque «el fundamento de los derechos entendidos estos en su sentido jurídico propio, no puede ser moral. El positivista aclara que en tanto que el derecho realiza de hecho valores morales, por ejemplo al reconocer los derechos fundamentales, estos valores son la causa de la decisión de reconocimiento de los derechos. Pero esta explicación no indica el fundamento de los derechos, el cual se sitúa en el momento de la decisión en la voluntad» (Rodríguez-Toubes, 1995: 120).

Y, en segundo lugar, llega a sostenerse que «los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero los derechos no son tales sin pertenecer al ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica. Moralidad y juridicidad, o moralidad legalizada, forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los derechos fundamentales» (Peces-Barba, 1995: 104).

Por último, no se puede pasar por alto que, muy posiblemente, hay más razones que apuntan hacia la convergencia que al desacuerdo. Así, «si todo el proceso hacia los derechos ha significado el esfuerzo por pasar de la heteronomía moral a la autonomía, así como al progreso con vistas a una mayor exigencia moral y a una mayor eficacia en el camino hacia la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos» (Camps, 1989: 111), no se tiene por menos que admitir que gran parte de la doctrina reconoce cómo la simple mención del sintagma derechos humanos constituye una manifestación del valor de la justicia y de otros valores entre los que destaca la dignidad como valor aglutinador de otros valores. La expresada convergencia procede, pues, de «esta caracterización [que] abre una posible línea de acuerdo entre teorías iusnaturalistas y no iusnaturalistas a propósito de la fundamentación de los derechos humanos. Sin duda, la especial fuerza que los respalda como exigencias cuya satisfacción no puede condicionarse a otros objetivos políticos, no proviene tan solo de su positivación jurídica ni siquiera allí donde son reconocidos, sino más bien de que se les considere exigencias inexcusables de la dignidad que atribuimos o reconocemos a todos los seres humanos» (Delgado Pinto, 1989: 144).

Hipótesis iusrealista

El eventual desencuentro entre las escuelas iusnaturalistas y las no iusnaturalistas (entre estas últimas sobresalen, ciertamente, las escuelas iuspositivistas) conduce a la necesidad de referirse a una tercera hipótesis: una tercera vía que dirige la mirada a los puntos que las antedichas escuelas tiene en común aun cuando se termine deslizando por la pendiente del escepticismo.

En razón a su virtualidad sistemática y, a su vez, como ejercicio de síntesis, cumple transcribir el conjunto de conclusiones dirigidas a tratar de superar la controversia acerca del binomio Realismo jurídico-derechos humanos; a saber:

«1. Que resulta posible hablar y pensar acerca de la realidad que se designa con la locución “derechos humanos” desde una perspectiva filosófica realista, con la condición de que efectuemos una clara distinción entre los diversos niveles de consideración de la problemática.

»2. Que la doctrina que se sigue de la aplicación del realismo filosófico a la realidad de los derechos humanos, es más rica, más sólida y más comprensiva que la que resulta de otras concepciones filosófico-prácticas, en especial, de las que son tributarias, directas o indirectas, de la filosofía de la Ilustración.

»3. Que quienes niegan la posibilidad teórica de esa vinculación, lo hacen ya sea i) por una incompreensión del realismo filosófico, como en el caso de quienes lo hacen desde una perspectiva “externa” a esa orientación de pensamiento, ya sea ii) por un atarse excesivamente a las palabras, olvidando o pretiriendo las realidades, como es el caso de algunos pensadores realistas. A estos últimos habría que recordarles lo afirmado por Platón, cuando escribió: “¡Muy bien Sócrates! Y si continúas no preocupándote demasiado en cuestión de nombres, más rico en sabiduría aparecerás camino de tu vejez”; y por Tomás de Aquino, al decir que “más vale seguir el uso corriente, porque según el Filósofo, los nombres deben emplearse en el sentido en que lo hace la mayoría; y parece inútil discutir sobre los nombres cuando las cosas son evidentes”.

»4. Por último, que la filosofía realista clásica, a pesar de la cohorte de sus detractores, es, en su núcleo esencial, el cuerpo de doctrina más apto para la resolución de las aporías que presentan el pensamiento y la realidad humana de nuestros días. Por ello, cuando se trata de explicar y fundamentar una cosa tan seria y vital como los derechos de las personas, el recurso a este modo de pensar deja de resultar conveniente para transformarse simplemente en ineludible» (Massini, 1987-88: 34-35).

La apuesta por el Realismo Jurídico rehúye la arrogancia y, más como una actitud que como un movimiento, se dirige a quienes se proponen «*reflejar y explicar la realidad observada* [...] porque] en rigor, no existe el realismo jurídico. Lo que hay son juristas a los que se puede calificar de realistas (Nieto, 2017: 398-399).

El magisterio del profesor Nieto, en el que el Realismo jurídico –como actitud– terminó erigiéndose en su núcleo fundamental, tal como hiciera ver en su *Codicilo sobre el Realismo Jurídico* (Nieto, 2017: 383 y ss), no impide reconocer, desde la honestidad vital-intelectual, que es inevitable tener que convivir con la bruma del escepticismo. Solo admitirlo es ya un paso imprescindible si uno trata de revolverse, en buena lid, contra la perversa y dominante indiferencia: «Al final del túnel de la desorientación se encuentra una encrucijada con tres caminos: la indiferencia pragmática o pérdida de interés en las preocupaciones metalegales; el relativismo o aceptación de que si todas las actitudes son buenas, puede escogerse sin reparo la más adecuada al

temperamento de cada uno y se es iusnaturalistas, positivista o realista como consecuencia de un impulso interior que no es necesario racionalizar; y el escepticismo, en fin, que se decide por una opción, no por ser mejor o peor que las demás, sino por creer que es la que mejor responde a las necesidades de su tiempo en cuanto que se trata de una manifestación de la cultura, un derivado de ella» (Nieto, 2019: 230-231).

La fundamentación de los derechos humanos, por todo lo expuesto, tiene como punto de partida la confrontación entre moralidad *versus* juridicidad que se proyecta, a su vez, en tres posibles derivas: una, axiológica, con sensibilidad iusnaturalista y vocación dogmática; otra, «juridicista», de cariz iuspositivista y querencia relativista; y, una tercera, iurealista, señaladamente escéptica que tiene más que ver con una actitud personal que con un movimiento doctrinal. Dicha actitud constituye, en resumidas cuentas, una llamada a la responsabilidad y al compromiso que pone distancia respecto a cualquier clase de complicidad con la reinante indiferencia.

El Derecho como manifestación de la cultura y la actitud personal, devienen constitutivos, valdría decir con afán de síntesis, como elementos fundantes de la cosmovisión, pensada y sentida, teórica y práctica, a la que atienda, en cada caso, la problemática fundamentación de los derechos humanos.

De preconclusiones a interrogantes

Son tres las preconclusiones que, con innegable carácter abierto, se proponen y que, a su vez, predisponen para formular otros tantos interrogantes; a saber:

Primeramente: las cosmovisiones axiológico-*tendencial* y jurídico-*fundamental* enmarcan el problema en torno a la naturaleza y la fundamentación de los derechos humanos.

En segundo lugar: la polémica moralidad *versus* juridicidad puede no ser del todo concluyente si se repara en la existencia de posiciones que, trascendiendo ese marco dual, exploran otras posibilidades como las comprendidas en el seno de la cosmovisión que se identifica con el escepticismo.

Y, ya en tercer término: lejos de ver resuelta la controversia pasando de lo dilemático a lo tridimensional con la apelación a esa suerte de *tercera vía* que representa la actitud realista-escéptica, se deja formulada una tríada de cuestiones tendentes a motorizar un debate inconcluso que, decididamente, está lejos de resultar estéril; a saber:

¿Qué respuesta merecen, como punto de partida o de llegada, sendas asociaciones: la de los *derechos humanos-ideología*, y la de los *derechos humanos-utopía*?

¿Cabe identificar los términos iniciales de la controversia, moralidad *versus* juridicidad, con esta otra pugna entre dogmatismo *versus* relativismo?

¿Qué papel, en orden a perfilar la naturaleza y fundamento de los derechos humanos, cabría reconocer a la vía escéptica como *tertium genus* en la contienda?

Referencias

ALCANTARILLA, Fernando José (2009), *Utopía y derechos humanos. Los derechos del hombre en las sociedades ideales*. Madrid: Dykinson.

ATIENZA, Manuel (2022), *Sobre la dignidad humana*. Madrid: Trotta.

BLOCH, Ernst (1980), *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicén. Madrid: Aguilar.

BOBBIO, Norberto (1982), «Presente y porvenir de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 1, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, 354-371.

CAMPS, Victoria (1989), «El descubrimiento de los derechos humanos», en J. Muguerza y G. Peces-Barba (Coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, 111-118. Madrid: Debate.

DELGADO PINTO, José (19189), «La función de los derechos humanos en un régimen democrático», en J. Muguerza y G. Peces-Barba (Coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, 135-144. Madrid: Debate.

ETXEBERRIA, Xabier (2014), «Los Derechos Humanos, utopía e ideología contemporánea», *Crítica*, 991-992, 39-43.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1982), «Los derechos humanos como ideología», *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 36, 97-114.

KANT, Manuel (1995), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente; *Crítica de la razón práctica*, trad. de E. Miñana y Villasagra y M. García Morente; y *La paz perpetua*, trad. de F. Rivera Pastor; estudio introductorio y análisis de las obras por F. Arroyo. México: Porrúa.

MANNHEIM, Karl (1987), *Ideología y Utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, estudio preliminar de L. Wirth y trad. de S. Echevarría. México: Fondo de Cultura Económica (FCE).

MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio (2023), *Derechos Humanos ¿Criterios de Justicia o ideología política?* Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho-UCM.

MASSINI, Carlos Ignacio (1987-88), «Realismo y derechos humanos: una cuestión controvertida», *Revista de la Universidad de Mendoza*, 6-7, 35 p.

NIETO, Alejandro (2019), *Una introducción al Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NIETO, Alejandro (2017), *Testimonios de un jurista (1930-2017)*. Sevilla-Madrid: *Global Law Press-Editorial de Derecho Global*-Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU) (1948), *Declaración*

Universal de Derechos Humanos. Recuperado de https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

OTERO PARGA, Milagros (1999), *Valores constitucionales*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

OTERO PARGA, Milagros y PUY MUÑOZ, Francisco (2016), «¿Qué significa fundamentar los derechos en valores?», en M. J. Bernal Ballesteros e I. de Paz González (Coords.), *Fundamentos axiológicos de los derechos humanos. Órganos constitucionales y supranacionales*, 23-55. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.

PECES-BARBA, Gregorio (1995), *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1983), «La fundamentación de los derechos humanos», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 35, septiembre-octubre, 7-71.

PUY MUÑOZ, Francisco (1989), «¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?», en J. Muguerza y G. Peces-Barba (Coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, 289-302. Madrid: Debate.

PUY MUÑOZ, Francisco (1983), «Algunos tópicos actuales sobre derechos humanos», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica (En memoria y homenaje al catedrático D. Luis Legaz y Lacambra. 1906-1980)*, 275-289. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PUY MUÑOZ, Francisco (1967-68), «Meditación sobre el valor del derecho», *Boletín de la Universidad Compostelana*, 75-76 (2), 185-211.

REALE, Miguel (1997), *Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, trad. e introd. de Á. Mateos. Madrid: Tecnos.

RICOEUR, Paul (1999), *Ideología y Utopía*, trad. de A. L. Bixio. Barcelona: Gedisa.

RODRÍGUEZ-TOUBES, J. (1995), *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos.

TAYLOR, Charles (1996), *Las fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, trad. de A. Lizón. Barcelona: Paidós.

LOS DERECHOS HUMANOS: LA POSIBILIDAD DEL DERECHO INNATO

Ramón de Meer Cañón

Universidad Francisco de Vitoria (Madrid)

Doctor en Humanidades y Profesor ayudante doctor de Filosofía del Derecho y Fundamentos de Gobierno de la Universidad Francisco de Vitoria

Resumen:

En este artículo, se busca analizar las teorías del origen y fundamentación de los derechos humanos, conectándolos y comparándolos con la tradición escolástica sobre la ley natural, para analizar la posibilidad de derechos innatos. El objetivo es intentar entender la relación que pudiera haber entre ambos conceptos, la importancia o irrelevancia de la subjetivación u objetivación de estos derechos; y sus posibles relaciones o dependencia de conceptos como la autoridad, la razón, o la justicia. Es innegable que los derechos humanos son una realidad jurídica y ética común a las legislaciones, discursos y cultura tanto occidentales como de los organismos internacionales. Sin embargo, no se resuelve la crucial pregunta sobre su naturaleza y origen: ¿cuál es la relación entre la ley natural, en tanto que inclinación teleológica de las acciones humanas ontológicamente fundada, y su posible subjetivación en lo que se denominan derechos humanos o universales? Y a su vez, ¿existen estos derechos subjetivos con independencia de su positivación en leyes y tratados? ¿son innatos al hombre?

Palabras clave: Derechos Humanos; Ley natural; Subjetivación; Universalidad.

Este artículo abordará el derecho subjetivo, un concepto jurídico y ético que ocupa una de las principales posiciones en los ámbitos de la filosofía del derecho, del derecho constitucional, y del derecho internacional, afectando hondamente al derecho penal, tributario, administrativo, y más allá de lo jurídico, a la ética y las deontologías profesionales. Mientras que, dependiendo de su categoría, se los adjetiva como “humanos”, “constitucionales”, “civiles”, “laborales”, este concepto clave de la ciencia jurídica moderna puede agruparse en torno al término general “derecho subjetivo”, dado el elemen-

to de individuación y posesión que estudiaremos aquí.

Aun teniendo tan significativo papel en la actualidad, la definición de los derechos subjetivos es un campo de batalla entre los teóricos del derecho, pues sus bases pueden ser múltiples y, generalmente, contradictorias. Como dice Joaquín Migliore, no existe acuerdo ni sobre la manera en que debieran definirse, ni sobre cuáles son y cómo debieran interpretarse, ni menos aún sobre los fundamentos filosóficos que presuponen (Migliore, 2007, p. 1). Tal es el desacuerdo que se prefiere, como dice Bobbio, consagrarse a la tarea práctica de protegerlos en vez de fundamentarlos (Bobbio, 1991, p. 61). Como cuenta el mismo Maritain, en las reuniones de la Comisión nacional francesa de la UNESCO, discutiendo sobre derechos humanos, bromeaban los integrantes de filosofías violentamente opuestas que estaban de acuerdo en la lista de derechos redactada, a condición de que no se les preguntara por qué (Maritain, 1983, p. 94).

Sin embargo, la fundamentación de los derechos es importante, pues la universalidad de los algunos de ellos, como los derechos humanos, conlleva un necesario razonamiento común y objetivo. Como dice Ratzinger, sería muy peligroso arrancar los derechos humanos de este contexto, pues ello significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando dicha universalidad (Molano, 2008, p. 621).

Una de las primeras preguntas que surgen, a la hora de analizar su definición, es si los derechos subjetivos son innatos. Es innato aquello que es connatural y como nacido con la persona misma¹, que por pertenecer a la naturaleza del sujeto no ha sido adquirido por educación o experiencia: así, se definen en ciertas corrientes filosóficas como innatas aquellas ideas que son inmanentes, previas al impacto de lo externo al sujeto. Desde el análisis antropológico, son innatas al ser humano, por ejemplo, potencias como la razón o la voluntad, pues existen con independencia de que el sujeto lo sepa o las use, de tal forma que son elementos definitorios de su misma esencia. Es innata también, como veremos, la dignidad humana. Sin embargo, los derechos son, dependiendo de las corrientes, débitos justos, títulos subjetivos o posiciones normativas. Como tales, son emanaciones de una prescripción previa que los crea, sea ésta el derecho, la moral, la ley, etc.

Ahora bien, en las tres principales teorías de definición del derecho, éste no es innato. En el caso de que el derecho, según la teoría clásica aristotélica tomista y romanista, se defina como lo justo, se sustenta sobre realidades exteriores a la persona que los posee. Dice santo Tomás que la justicia es la única virtud que depende de los otros, en el sentido que es realizar lo que se debe a los otros: no hay justicia sin ajenidad:

“Lo primero de la justicia, dentro de las demás virtudes, es orde-

1 RAE, <http://dle.rae.es/?id=LgbgDdV>.

nar al hombre en las cosas que están en relación con el otro. Implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre manifiesta. Vulgarmente se dice que las cosas que se igualan se ajustan. Ahora bien: la igualdad se establece en relación a otro. Pero las demás virtudes perfeccionan al hombre solamente en aquellas cosas que le convienen a él mismo.

Así, pues, aquello que es recto en las acciones de las demás virtudes, hacia lo que tiende la intención de la virtud, como a su propio objeto, no se determina sino por relación al agente. En cambio, lo recto que hay en el acto de la justicia, aun exceptuada la relación al agente, se distribuye por relación a otro sujeto; pues en nuestras acciones se llama justo a aquello que, según alguna igualdad, corresponde a otro, como la retribución del salario debido por un servicio prestado” (Aquino, *S.T.*, II-II, q. LVII, a.I).

Si la justicia comporta una cierta igualdad, “nada es igual a sí mismo, sino a otro. Y, dado que pertenece a la justicia rectificar los actos humanos, como se dijo [...], es necesario que esta igualdad que requiere la justicia sea de individuos diversos que puedan obrar. [...] De aquí se sigue que la justicia propiamente dicha requiere diversidad de supuestos; y por eso no existe a no ser de un hombre a otro” (Aquino, *S.T.*, II-II, q.LVIII, a.II). Así, si la justicia es dar a cada uno lo suyo (*ius suum cuique tribuere*), el derecho es lo debido a otro, con una necesaria ajenidad que impide que sea innato, previo a la exigencia del otro al que se le debe.

De manera similar, si definimos el derecho como una facultad o potestad, tampoco existen títulos subjetivos sin una ajenidad ante quien esgrimirlos. Como bien defiende Folgado, el derecho subjetivo, formalmente considerado, no deja de ser una deuda ante alguien, que vista desde el que debe, implica necesariamente una comunidad o alteridad obligada a respetar dicho *debitum* (Folgado, 1960, p. 243). Por eso pone Meinville el ejemplo de que, si Dios no hubiera creado sino una única creatura intelectual, ésta tendría obligaciones, pero no podría invocar derechos (Meinville, 1948, p. 232). Aquí está, creemos, el error de Jacques Maritain: discurre sobre la persona como si, por el hecho de serlo, fuera depositaria de derechos y de libertades, como inclinaciones radicales de la naturaleza humana (Maritain, 1983, p. 111). Pasa por alto que dichos derechos, en su propia visión iusnaturalista, sólo aparecen cuando el sujeto es colocado frente a otros sujetos responsables que pueden entorpecerle en la consecución de su propia realización. Maritain defiende que, por tener obligaciones, al hombre también hay cosas que le son debidas por el hecho de ser hombre (Maritain, 2001, p. 58): si el hombre está moralmente obligado a las cosas necesarias para su realización, tiene además el derecho de realizar su destino. Le falta ver que, en caso de que no hubiera sujetos ajenos, dicho derecho no se sostendría, mientras que la obligación moral sí continuaría.

Por último, tenemos la visión del derecho como posición normativa.

Ferrajoli entiende que una definición de los derechos fundamentales debe ser puramente formal, adecuada a cualquier ordenamiento, identificando sólo los rasgos estructurales que convenimos asociar a esta expresión (Ferrajoli, 2007, p. 290). Deja fuera, por innecesario o imposible, entrar a analizar su contenido. En primer lugar, contra la opinión de Ferrajoli de que una fundamentación material es innecesaria, hemos de decir que un proyecto filosófico que no se interese por “fundamentar” estos derechos, se encuentra destinado a convertirlos en materia de manipulación por parte de la autoridad (Contreras, 2012, p. 121). Debemos aceptar y partir de la base de que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocer en él la naturaleza humana. Además, pretender una radical disociación de planos normativos (derecho y moral) respecto de la construcción de las normas, es imposible si el sistema jurídico aspira precisamente a la protección de derechos de la persona, que le preceden (Contreras, 2012, p. 139). Si los separa, más que proteger al sujeto y sus derechos, termina por convertirlos en objeto de los vaivenes de los “frágiles e imprevisibles itinerarios de la historia” (Pintore, 2005, p. 244).

Ferrajoli al menos sienta las bases para asociar el concepto de derecho a una posición normativa, en que no difiere de muchos autores escolásticos que presentaban la ley como razón o fuente del derecho: los define como expectativas positivas o negativas adscritas a un sujeto por una norma jurídica y en razón de su status; como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (Ferrajoli, 2004, p. 37). Aunque solo atribuya la categoría de derecho a los emanados de normas jurídicas, veremos cómo su definición coincide, en lo formal, con las de la mayoría de autores. El “traje” de prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares es uno compartido con las demás definiciones: se los trata generalmente como facultades o potestades, si no jurídicas, por lo menos normativas.

Por otro lado, para Finnis, los derechos son las exigencias u otras implicaciones de una relación de justicia vista desde quien se beneficia de ella (Finnis, 1992, p. 234); y por tanto, la especificación de éstas se hace en relación con la razonabilidad práctica y la realización humana, como un esbozo del bien común (Finnis, 1992, p. 242). Éste integra los distintos aspectos del bien individual de la comunidad, y por tanto está estrechamente ligado a esta concepción relacional de los derechos del hombre. Como dice Ratzinger, los derechos son fruto de un sentido común de la justicia; como exigencias de la misma, necesarias para la vida en sociedad, dado que implican correlativos derechos y obligaciones (Molano, 2008, p. 624). Como vemos, se reitera que la ajenidad es prerequisite para la existencia de derechos; y que éstos se entienden sólo en el análisis de las relaciones del sujeto con sus semejantes, como demandas de la justicia que la moral impone a la dimensión inter-individual de la existencia (Laporta, 1985, p. 712). Similarmente, Nino los define

como exigencias éticas adquiridas por el hecho de ser hombre, cuyo origen y fundamento es previo a lo jurídico, que es el simple reconocimiento de tales derechos (Nino, 1980, p. 417). Es importante resaltar que, aunque se defina en torno al concepto de exigencia moral o ética, no por ello nos desviamos necesariamente de su concepción como posición normativa: no es contradictorio si, como veremos más tarde, puede predicarse normatividad de esas exigencias.

Esa definición como posición normativa la resalta Liborio Hierro cuando los define como “aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, origen y contenido de un sistema jurídico” (Hierro, 2002, p. 41). Nos acercamos a la distinción, que el mismo Finnis adopta, del análisis jurídico contemporáneo de Wesley Hohfeld. En su origen histórico, el derecho se subjetiva basándose en una autonomía de los individuos exteriorizada en forma de consentimiento al sistema que genera esos derechos (Hierro, 2002, p. 33). Se conforma como una cualidad que alguien tiene, y por tanto entra en el ámbito de soberanía que cada uno tiene sobre sí mismo y sobre sus bienes (Hierro, 2002, p. 33): Suárez lo define como el poder moral respecto de lo que nos es debido; y según Grocio es un poder de la voluntad, una cualidad moral que habilita a las personas a tener o hacer algo en justicia (Finnis, 1992, p. 236).

Hobbes priva a los derechos de su noción normativa entendiendo que las normas son precisamente las que los coartan; pero con Ihering y Hohfeld pasan a ser otra vez una posición normativa, establecidos en que un sujeto tiene libertad, potestad, pretensión o inmunidad protegida favorecedora de su capacidad de acción (Hierro, 2002, p. 33). Es en esta definición de Hohfeld en la que Finnis y Hierro se basan: cabe entender los derechos como exigencias correlativas a un deber, libertades cuando no existe tal deber, poderes cuando la norma crea cargas a favor de uno, e inmunidades en ausencia de dichas cargas. Existe derecho, por tanto, siempre que una norma o una exigencia de la razón práctica crean (o no) un beneficio a favor del sujeto (Finnis, 1992, p. 232). Laporta critica esta intromisión de lenguaje jurídico en un tema inicialmente ético (Laporta, 1985, p. 713), pero no debe extrañarnos, dado que Finnis predica normatividad de ambos campos: Laporta considera irracional aplicar al espacio de la moralidad una estructura conceptual jurídica como la de la correlación de derechos y obligaciones; cuando en el fondo esa estructura es una analogía de una correlación natural ya presente en las normas morales.

Según el análisis de Finnis, vemos que un derecho subjetivo es un título derivado de una norma objetiva, sea positiva o moral. Norma se refiere no a regla promulgada, sino a toda afirmación con valor o formulación deontológicos. Entendiendo el derecho como posición normativa ética implica el

reconocimiento de una ley natural universal, como dice Beuchot: “de sostener que los derechos humanos son derechos morales, estaremos aceptando que existe una moral o ética universal, común a todos los hombres y por la que cada uno de ellos podría argumentar en su favor la existencia de los derechos humanos” (Beuchot, 1993, p. 31). Esta “ley” natural sí se especifica en dos tipos de sistemas normativos: la moral y la ley. Por tanto, deberemos examinar si los derechos, como posición normativa, deben surgir necesariamente de una norma, y por ende no serían innatos.

Examinemos brevemente ambas fuentes. Primero, aclaremos la premisa de que no existen derechos sin su correlativo deber u obligación. Dice Ratzinger que debe existir esta correlación, por la cual cada persona está llamada a asumir la responsabilidad de sus opciones, tomadas al entrar en relación con los otros (Molano, 2008, p. 616). Todo derecho supone para una o más personas una obligación de respetarlo, y por tanto *deberes* y *derechos* son dos caras de una misma moneda. No tiene sentido contraponerlos, o discurrir sobre cual va primero, dividiendo el derecho en contra de la obligación como si aquél fuese un poder y ésta un deber. Es sólo porque la persona tiene la obligación de asegurar su felicidad natural y sobrenatural que tiene derecho frente a sus semejantes, individual y socialmente considerados, a todos aquellos medios o causas que le aseguren esta doble felicidad (Migliore, 2007, p. 11). El derecho supone necesariamente un deber; la única diferencia entre ambos radica en que el derecho requiere ajenidad y el deber no. Por lo demás, son emanaciones simultáneas de las normas objetivas que los crean; y no se intenta en este caso fundamentar los derechos en sus correlativas obligaciones, sino en la ley madre de ambos (Laporta, 1985, p. 714).

El problema no radica por tanto en enfrentar derechos y obligaciones, sino en si debieran reconocerse derechos, entendidos como libertades, solamente para realizar aquellas cosas que son en sí mismas “*derechas*”, objetivamente justas y a las que estoy moralmente obligado; o si, por el contrario, es porque tenemos *libertades* (independientemente de la finalidad moral que podamos asignarles) que se origina en los otros el deber de respetarlas, de manera tal que pudiera darse el caso de un derecho a lo que es “no derecho”, incorrecto, “*a right to do wrong*” (Migliore, 2007, p. 7). ¿Existe un “derecho” a realizar lo incorrecto? Respondemos a esto analizando su origen.

Está claro que la ley positiva, por voluntad del legislador, puede crear todas las posiciones normativas que considere: en ese sentido, no serían innatas, pues emanan de una voluntad ajena. Sin embargo, la totalidad de los derechos no son simples concesiones de quienes detentan el poder (Molano, 2008, p. 624), pues aunque un derecho subjetivo nazca por una norma jurídica, en algunos casos son meros reconocimientos de una realidad preexistente (Maritain, 1983, p. 113). Dice Ratzinger que las Constituciones se apoyan en fundamentos que ellas, de por sí, no pueden prescribir, sino que deben presuponer (Ratzinger, 1992, p. 132). Se refiere a que el Estado no tiene la

exclusividad de la promoción de los bienes de la persona y de la sociedad (Molano, 2008, p. 626), y por tanto los derechos y las garantías que se derivan del bien común no pueden ser considerados como el resultado exclusivo de medidas legislativas (Molano, 2008, p. 623). Dichos derechos preexistentes a la legalidad son los que se denominan *moral rights*. Surgen naturalmente de la concepción moral de la persona como agente autónomo, pues son entendidos precisamente como las situaciones normativas que constituyen condición necesaria para que la persona se desenvuelva como agente moral en su contexto (Hierro, 2002, p. 42). Sin estas “condiciones” o “requisitos” para el desenvolvimiento moral, se corre el riesgo de cancelar la condición humana de agente moral negándole su realización (Hierro, 2002, p. 43).

Dworkin insiste en que este término está indicando una negación de todo fundamento jurídico de los derechos del hombre, enfrentándose al positivismo jurídico que no acepta la idea de que los derechos puedan preexistir a cualquier forma de legislación (Saldaña, 1997, p. 1217). Sin embargo, no debemos olvidar que la positivación de los derechos les aporta la obligatoriedad y autoridad de la ley humana; y que previamente no son más que derechos morales; por lo que no son desdeñables los derechos emanados de la ley. Aún así, lleva razón en que su fundamento primero no puede buscarse en la ley positiva, sino en la ética, en las exigencias que se presentan como indispensables para una vida digna del ser humano. El fundamento de estos derechos, por tanto, es axiológico-valorativo (Saldaña, 1997, p. 1218). Sin embargo, es importante averiguar cómo se normativizan esas exigencias morales para poder dar lugar a derechos según esta definición, es decir, a posiciones normativas. En la ley positiva es claro pero, ¿y en la moral, o en la ley natural?

Si existen derechos humanos preexistentes a una ley positiva, ¿de dónde emanan? Maritain sostiene, en contra de Kant y de Rousseau, que de la ley natural y más remotamente de la ley eterna (Meinvielle, 1948, p. 232). No admite por tanto que la moralidad radique en la íntima libertad del hombre, sino que dotándola de normatividad, la hace un elemento a la vez interno y externo al hombre. De lo contrario, lo justo, en lugar de ser ajuste exterior de las acciones de los unos con las exigencias de los otros, se concebiría sólo como una facultad moral, inherente a las personas singulares y no dependiente de las relaciones intersubjetivas: sería innato (Meinvielle, 1948, p. 232). Por eso, al subrayar que los derechos emanan de la ley natural, los desvincula de la voluntad para vincularlos al ser del hombre. El ser humano no tiene derechos porque quiera, sino porque es. Si el ser humano no es el fundamento del derecho, éste pierde su razón de ser, pues se convierte en una realidad irrazonable sujeta a la volubilidad del capricho, que establece lo que es justo e injusto según sus conveniencias: no los crean ni la voluntad misma, ni el Estado, ni el consenso social, sino que corresponden al ser humano mismo, a su naturaleza; pues en ella reside su realización como persona (Ra-

bbat, s.f.).

Queda así sentado que la idea de derechos morales sin una sólida teoría de la ley natural, queda al arbitrio de la voluntad humana cambiante; dado que en el contenido de los derechos humanos como derechos morales se describe una realidad moral objetiva (Saldaña, 1997, p. 1222). Si no, caemos en la posición pre-positivista de Hobbes de, por creer en la imposibilidad de conocer la verdad y la incapacidad del hombre para el bien; considerar la autoridad como fuente única de la ley; negando que existan valores superiores que conforman lo que se ha llamado ley natural (Migliore, 2007, p. 17). Hobbes postulaba los derechos como amorales, evitando así considerar la moral como una posible fuente objetiva de derechos en el estado de naturaleza, distinta del derecho. Sin embargo, Finnis le contradice realizando una recepción cuasi-jurídica de los derechos morales, que conduce hacia una asimilación de las fuentes normativas de todos los derechos (Rodríguez-Toubes, 1993, p. 389); esto es, a la asimilación (que no equiparación) de derecho y moral que ya hemos citado. Cuando Rodríguez-Toubes critica que esta asimilación impide una fundamentación no positivista de derechos subjetivos naturales o morales, olvida que desde el comienzo Finnis ha definido a los dos ámbitos como normativos y deontológicos, y que por tanto la analogía no es incoherente.

Ahora bien, ¿en qué fundar las posiciones normativas éticas universales? Hay quienes pretenden basar la existencia de los derechos en una característica del ser humano que denominan dignidad humana. Sin embargo, el término es en sí mismo discutido. Algunos defienden que es una cualidad que el sujeto se atribuye a sí mismo como agente moral, y que, en consecuencia lógica, ha de universalizar reconociéndosela a todo agente moral (Hierro, 2002, p. 46). Otros la describen como una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable; que el ser humano descubre en sí: el sujeto conoce que es ontológicamente digno, y que por tanto tiene valor en sí mismo, valor absoluto y no instrumental². Al descubrir dicho valor final, emanan de él como atributos ciertas prerrogativas que denominamos derechos. Es similar a la teoría de los derechos de Jean Gerson, voluntarista de la Universidad de París del siglo XV:

“Para Gerson el derecho es “facultad o potestad inmediata que conviene a alguien según el dictamen de la recta razón” o también según “la justicia primera”. Todo ente por tener entidad (y

2 “González Pérez considera la dignidad como la categoría que corresponde al ser humano por estar dotado de inteligencia y voluntad, distinto y superior a todo lo creado, que establece un tratamiento en toda circunstancia concordante con la naturaleza humana. A su vez, Von Wintrich enseña que la dignidad del “hombre, como ente ético-espiritual, puede, por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea. Para Ingo Wolfgang Sarlet, lo hace merecedor de respeto y consideración”, (Rabbat, s.f.).

por ello bondad, ya que, en el bien ontológico, ser y bien son equivalentes) tiene derecho. La facultad, el *derecho a*, no se predica solo del ente racional, sino de toda substancia de la que constituye una cualidad. De esta manera, el cielo tiene derecho a desaguar, el sol a iluminar, el fuego a calentar y así el resto de las criaturas. Se trata de un derecho subjetivo dictado por la naturaleza de cada cosa, necesario por tanto. Por ello también es de derecho natural –subjetivo– que el hombre, incluso el pecador, tenga derecho a muchas cosas como cualquier otra criatura abandonada a su naturaleza. En definitiva, el hombre goza de derecho por ley natural” (Cendejas, 2020, p. 112).

Sin embargo, para la mayoría de estas teorías, el concepto de cualidad intrínseca o autoproclamada no basta para deducir de ella posiciones normativas: en el primer caso porque dicha universalización de una cualidad no es normativa, y en el segundo porque deducir normas de una cualidad de la naturaleza raya peligrosamente la falacia naturalista. Aunque es relevante, es necesario especificar más. Es cierto que un derecho subjetivo moral lo es al ser una posición normativa derivada de una norma o razón moral (Hierro, 2002, p. 39). Pero también es cierto que si no se predica la objetividad y universalidad de dicha moral, se corre el riesgo de considerar todos los deseos, intenciones o necesidades relevantes de un agente humano como derechos humanos, cuando lo son sólo aquéllos que pueden instrumentalizarse normativamente como derechos subjetivos, a la manera de Hohfeld (Hierro, 2002, p. 39). Por tanto, la moral, y no una cualidad humana suele proponerse como la base de los derechos. Y se debe identificar muy correctamente dicha moral para poder deducir con seguridad y exactitud los derechos de ésta: la moral tiene una segunda vertiente ligada a las acciones concretas del sujeto. Dicha especificación de la moral sólo obliga al que juzga su acción a través de la razón práctica en cada situación; dado que sólo puede conocerla ese sujeto en esas circunstancias. No es por tanto universalizable a la manera que la teoría de los derechos requiere: la moral a un nivel tan concreto no crea títulos o posiciones normativas que afecten a todos. Es necesaria la autoridad de una norma universal para que los títulos sean efectivos, y pues, se deduce que los derechos subjetivos deben necesariamente venir de una ley con una autoridad que los haga efectivos: Finnis propone lo que se denomina la primera vertiente de la moral, más intuitivamente normativa: los absolutos morales.

Basar los derechos del hombre en una moral absoluta, o en una serie de principios absolutos dentro de la moral; es absolutamente contrario a la tesis utilitarista de que cabe cuantificar los bienes y males para obtener un resultado neto que justifica la moralidad o no de nuestras acciones. Finnis encuentra esto irracional, pero en concreto aquí porque priva a la libertad de su relevancia dentro del acto moral, al dotar a las consecuencias de toda

la relevancia: el ser humano se convierte en una mera calculadora que se cree capaz de conmensurar lo inconmensurable (Finnis, 1991, p. 21). Estos absolutos morales se pueden aunar para Finnis en la frase “no cabe hacer el mal en aras de un bien” (Finnis, 1991, p. 54): no son absolutizaciones de bienes básicos, sino una especificación del primer principio moral o axioma de la razón práctica; que es a su vez un absoluto moral (Finnis, 1991, p. 46). Es importante resaltar que los absolutos morales no son normas formales, no son definiciones de actos malos a la manera de una tautología, sino que son definiciones de actos cuya maldad queda abierta a un posterior juicio no definitorio que la asienta (Finnis, 1991, p. 37). Dicha condena no es tampoco material, pues no condena comportamientos³, sino que es en función del objeto de la acción, lo que se escoge; es decir, el ataque directo a un bien básico (Finnis, 1991, p. 37), como se define cuando un acto es intrínsecamente malo. La normatividad de los absolutos morales no es formal o material; ni procede de la utilidad o de la naturaleza; sino del bien humano o realización humana (Finnis, 1991, p. 41).

Por tanto, según esta propuesta, de estas normas absolutas (por no tener excepción), que sí son universalizables; sí surgen posiciones normativas comunes a todos los seres humanos, que es lo que denominamos derechos humanos. Finalmente, nos planteamos una última cuestión: ¿es sabia la subjetivación, pasar de una terminología objetiva a una subjetiva? Primero, existe el peligro que Liborio Hierro señala: se ha creado una especie de atajo semántico mediante el que, calificando cualquiera de sus deseos, la protección de cualquiera de sus intereses o la satisfacción de cualquiera de sus necesidades como “derechos”, el sujeto parece quedar automáticamente exento de demostrar su exigibilidad. De esta manera, surgen “derechos” que, lejos de estar fundados sobre una base sólida, se constituyen a raíz de cualquier cosa o situación que necesitemos, nos interese, o simplemente nos apetezca (Hierro, 2002, p. 36-37). Maritain aduce como causa de esto la endiosación del hombre a partir de la Ilustración (Maritain, 1983, p. 100), dado que desde la transformación de la noción clásica de derecho como *lo debido a otro en una relación de justicia*; al sentido subjetivo, que designa no algo debido, sino una facultad o licencia o libertad (Migliore, 2007, p. 3); se produce un fenómeno que desvincula el derecho de la justicia. El nuevo concepto de derecho subjetivo va unido a un nuevo concepto de libertad; entendido como el poder, radicado en la voluntad, de obrar o de no obrar; como licencia para actuar según el sujeto desee. Se desvinculan a partir de cierto momento las ideas de libertad, verdad y bien; y esto lleva a una desvinculación práctica de los derechos subjetivo de su fuente objetiva.

Esto nos lleva a lo que señala Migliore como el núcleo de la pregunta sobre si debieran primar los derechos en sentido objetivo o subjetivo. Opina

3 Es igual el comportamiento físico en el sexo matrimonial que en el extramatrimonial o el adulterio; siendo el primero un bien y los otros prohibidos por absolutos morales.

que la cuestión no es si moralmente los deberes derivan de las libertades, o viceversa, sino si se puede tener una libertad frente al Estado que permita elegir, incluso, aquello que esté prohibido por la conciencia (Migliore, 2007, p. 16). Es un debate sobre el contenido de los derechos que nos lleva directamente a por qué, si se desvincula derecho objetivo de subjetivo; pierden estos últimos su sentido. La doctrina clásica predicaba que si la libertad reside en la voluntad, que es por su misma naturaleza un apetito obediente a la razón, síguese que la libertad, lo mismo que la voluntad, tiene por objeto un bien conforme a la razón. No obstante, como la razón y la voluntad son facultades imperfectas, puede suceder, y sucede muchas veces, que la razón proponga a la voluntad un objeto que, siendo en realidad malo, presenta una engañosa apariencia de bien, y que a él se aplique la voluntad. Pero así como la posibilidad de errar y el error de hecho es un defecto que arguye un entendimiento imperfecto, así también adherirse a un bien engañoso y fingido, aun siendo indicio de libre albedrío, como la enfermedad es señal de la vida, constituye, sin embargo, un defecto de la libertad (León XIII, Carta Encíclica *Libertas Praestantissimum*, 5). Esta es la postura de León XIII respecto de las libertades pregonadas como inherentes a la dignidad humana durante los siglos XIX y XX. Para la doctrina pontificia, no existe el derecho a estas libertades cuando se ejercen sin moderación alguna. Si se define el derecho como una facultad moral, “no podemos suponer [protección] concedida por la naturaleza de igual modo a la verdad y al error, a la virtud y al vicio” (*Libertas Praestantissimum*, 18). Por tanto, para ellos, mientras que sí existe el derecho de propagar en la sociedad, con libertad y prudencia, todo lo verdadero y todo lo virtuoso, no gozan del mismo beneficio el objetivo error, la falsedad o los vicios.

Y es que para la doctrina católica, “la grandeza y la seguridad de la libertad están en razón directa de los frenos que se opongan a la licencia”. De esta manera, solamente la verdad goza de ese derecho de libre expansión, “porque en la verdad encuentran las naturalezas racionales su bien, su fin y su perfección. (...) Es evidente, por tanto, que la libertad de que tratamos, al pretender arrogarse el derecho de enseñarlo todo a su capricho, está en contradicción flagrante con la razón y tiende por su propia naturaleza a la perversión más completa de los espíritus” (*Libertas Praestantissimum*, 19).

A su vez, es importante resaltar que la condena de la libertad desenfrenada no supone la negación de la libertad: por un lado, si la libertad de conciencia se entiende como “que el hombre en el Estado tiene el derecho de seguir, según su conciencia, la voluntad de Dios y de cumplir sus mandamientos sin impedimento alguno” (*Libertas Praestantissimum*, 21); esta libertad se considera verdadera, pues protege la dignidad de la persona humana. Es por ello que, para esta doctrina, no existe un derecho *moral* a realizar lo que no es correcto, no aceptan que exista un “*moral right to do wrong*”, pues esto contradeciría la misma existencia de una moral normativa y la definición de

derecho como posición normativa. Sin embargo, mientras que para Meinville tampoco cabe un derecho *legal* a realizarlo, para Maritain pudiera ser que una persona estuviese *moralmente* obligada a una conducta y gozara sin embargo del derecho legal a no realizarlo (Migliore, 2007, p. 14). Aquí vemos el riesgo principal para la teoría iusnaturalista que el lenguaje de los derechos conlleva. Éste no es, contrariamente a lo sostenido por Finnis y Maritain, tan sólo otra manera de expresar la idea de obligación o de la ley natural desde la perspectiva de quien pudiera beneficiarse de ella. Supone, además, una posibilidad de abandonar el fundamento de los derechos agarrándose a la idea de libertad absoluta del individuo.

En conclusión, es imposible tratar el derecho subjetivo como innato si está vinculado a una noción de justicia, en que el derecho es lo debido a otro según una relación de cierta igualdad, pues su sede se encuentra en el otro, y es por tanto social, en lugar de innato (Villey, 2019, p. 123). Si, por el contrario, se cree que nadie puede pronunciarse sobre lo justo o lo injusto sin referirse a la ley (Kalinowski, 1982, p. 22-24); tampoco cabe entender el derecho como innato si emana de las leyes positivas, posteriores, externas y ajenas al sujeto ejerciente. Solamente cambiando el polo del agente al beneficiario podemos hablar de derecho como una posición del sujeto. Solamente desde la visión voluntarista de la definición del derecho como potencia o facultad (Cendejas, 2020, p. 111) podemos entender el derecho como algo inherente al sujeto ejerciente, en lugar de lo justo debido a otro. Por tanto, solamente como posición normativa no positivista, emanada de la propia voluntad o de la naturaleza humana, podemos entender el derecho como innato al sujeto. Emanando de la voluntad, esos derechos no son universalizables, por lo que sin la afirmación de la superioridad del orden moral objetivo sobre los derechos subjetivos, como fuente de los mismos; se corre el riesgo de vaciarlos de contenido. No cabe hablar de derechos humanos objetivos y universales, como posiciones normativas comunes ajenas al Estado, sin un fundamento en una ley natural y la moral. Si se les priva de ello, aunque sobrevivan apelando a los sentimientos de la gente a través de la alusión a la dignidad humana, no sobrevivirán a las inclemencias de las tiranías o la opinión cambiante de las gentes. La cuestión final es si a esta posición normativa emanada de la obligatoriedad de la naturaleza humana cabe llamarla derecho, usurpando un concepto romano ajeno a esa definición.

Referencias

AQUINO, Tomás de. **Summa Theologiae**. II-II.

BEUCHOT, Mauricio. **Filosofía y derechos humanos**. Siglo XXI: México, 1993.

BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Sistema: Madrid, 1991.

CENDEJAS, José Luis. **Derecho subjetivo, naturaleza y dominio en Francisco de Vitoria**. *Cauriensia*, 15, 2020.

- CONTRERAS, Sebastián. **Ferrajoli y los Derechos Fundamentales**. Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos), 16, 2012.
- FASSÓ, Guido. **Iusnaturalismo**, en **Diccionario de Política 1**. Siglo XXI: Madrid, 1982.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Trotta: Madrid, 2004.
- FINNIS, John. **Ley Natural y derechos naturales**. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1992.
- FINNIS, John. **Moral Absolutes: Tradition, revision and Truth**. Catholic University of America Press: Washington DC, 1991.
- FOLGADO, Avelino. **Evolución histórica del derecho subjetivo**. Pax Iuris: San Lorenzo de el Escorial, 1960.
- HIERRO, Liborio. **El concepto de justicia y la teoría de los derechos**, en **Estado, justicia, derechos**. Alianza Editorial: Madrid, 2002.
- KALINOWSKI, Georges. **Ley y Derecho**, en **Concepto, fundamento y concreción del derecho**. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1982.
- LAPORTA, Francisco. **John Finnis y los derechos humanos**. (Anuario de derechos humanos, 3) Editorial de la Universidad Complutense: Madrid, 1985.
- MARITAIN, Jacques. **El Hombre y el Estado**. Ediciones Encuentro: Madrid, 1983.
- MARITAIN, Jacques. **Los Derechos Del Hombre Y La Ley Natural**. Ediciones Palabra: Madrid, 2001.
- MEINVILLE, Julio. **Crítica de la Concepción de Maritain sobre la Persona Humana**. Ediciones "Nuestro Tiempo": Buenos Aires, 1948.
- MIGLIORE, Joaquín. **Derechos Humanos y Doctrina Social de la Iglesia**, en **La libertad humana y su dimensión social**, EDUCA: Buenos Aires, 2007.
- MOLANO, Eduardo. **Ley Natural y derechos humanos**. IUS CANONICUM, XLVIII, 96, 2008.
- NINO, Carlos S. **Introducción al análisis del derecho**. Astrea: Buenos Aires, 1980.
- PINTORE, Anna. **Derechos insaciables**, en **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2005.
- RABBAT, Fadi. **Derechos Fundamentales, Dignidad Humana y Patrología**. Enciclopedia Católica: https://ec.aciprensa.com/wiki/Derechos_Fundamentales,_Dignidad_Humana_y_Patrolog%C3%ADa#Resumen
- RATZINGER, Joseph. **Iglesia y Modernidad**. Ediciones Paulinas: Argentina 1992.

RODRÍGUEZ-TOUBES, Joaquín. **El iusnaturalismo de John Finnis**. Anuario de Filosofía del Derecho, X: Santiago de Compostela, 1993.

SALDAÑA, Javier. **¿Derechos morales o derechos naturales? Un análisis conceptual desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1 (90): 1997.

VILLEY, Michel. **El derecho y los derechos del hombre**. Marcial Pons: Madrid, 2019.

PLURALISM AND DEMOCRACY UNDER THREAT: A CALL FOR THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS TO TAKE CULTURAL CLAIMS SERIOUSLY

Sabrina Praduroux

Professor of Comparative Private Law. Department of Law of the University of
Turin, Italy

Abstract:

Pluralism and multiculturalism are fundamental values in European democracies. However, in recent decades, these values have been increasingly threatened by the resurgence of populism throughout European States. Emphasizing the importance of pluralism in a democratic society, the European Court of Human Rights (ECtHR) has consistently advocated for protecting these values. While populist ideologies glorify the majoritarian principle by assuming that the will of the majority represents the will of the people, the ECtHR is used to stress the need of striking a proper balance between the views of the majority and the claims of minority groups. Indeed, acknowledging that ‘the people’ is not a homogeneous entity – as populists pretend it to be –, the ECtHR asserts that a democratic society stands on the genuine recognition and respect for diversity, encompassing the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, as well as artistic, literary, and socioeconomic ideas and concepts; moreover it points out that States’ positive obligation to secure the effective enjoyment of the Convention rights and freedoms is especially relevant for persons holding unpopular views or belonging to minorities. However, the same Court on several occasions stopped short of granting recognition to non-majoritarian values, thereby reinforcing domestic majoritarianism, instead of pluralism. In my paper I contend that to counteract democratic distortions brought about by populism, the ECtHR should pay more attention to exclusionary side effects that the accommodation of non-dominant normative and cultural claims based on some commonly used arguments, such as neutrality and integration, can engender.

Keywords: Minority rights; Cultural claims; ECHR; Democracy; Pluralism.

The ECHR as the Ultimate Bulwark Against Threats to Democracy

The European Convention on Human Rights (ECHR) was established as a safeguard for democracy. As stated in the *travaux préparatoires*, its very purpose is to ‘ensure that the States of the Members of the Council of Europe are democratic, and remain democratic’ (Council Of Europe, 1975).

Within the system set up by the Convention, the ECtHR was tasked with acting as an “alarm bell” to alert the Council of Europe when one of its member States was drifting towards totalitarianism (Bates, 2011).

Jean-Paul Costa, a former Judge and President of the ECtHR, aptly described the Convention in terms of a “skeleton that supports and protects the democratic state”, and on which the ECtHR has “put flesh” through its extensive case law, encompassing cases that call into question mature democracies and emerging democracies alike (Costa, 2008).

The concept of a ‘democratic society’ is of central importance in the case law of the ECtHR, as it constitutes a crucial limitation on the rule of the majority, which allows the Court to exercise its control to prevent democracy from turning into majoritarianism. Any interference with a Convention’s qualified right or freedom must indeed be in accordance with the values of such a society¹.

The ECtHR itself has made it clear that:

“Democracy is the only political model contemplated in the Convention and the only one compatible with it. By virtue of the wording of the second paragraph of Article 11, and likewise of Articles 8, 9 and 10 of the Convention, the only necessity capable of justifying an interference with any of the rights enshrined in those Articles is one that may claim to spring from “democratic society” ([G. C.] *Gorzeliak and Others v. Poland*, 17 February 2004, § 89).

But what exactly does the term ‘democratic society’ mean?

According to the ECtHR, a democratic society is, first and foremost, distinguished by its pluralistic character. Since *Handyside v. The United Kingdom* of 7 December 1976, the ECtHR has constantly reiterated that “pluralism, tolerance and broadmindedness” are hallmarks of a democratic society.

Pluralism, as a cornerstone of the European ideal of a democratic society,

“is built on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas

1 According to ECHR terminology, qualified rights are rights capable of being limited in order to protect the rights of others or the wider public interest. However, any restrictions must be provided for by law and be necessary in a democratic society.

and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with varied identities is essential for achieving social cohesion” ([G. C.] *Gorzelik and Others v. Poland*, 17 February 2004, § 92).

Accordingly, the Court’s narration on democratic society views diversity “not as a threat but as a source of enrichment” ([G. C.] *Nachova and Others v. Bulgaria*, 6 July 2005, § 145).

Finally, the Court recognizes that individuals with unpopular views or who are part of minority groups may be more vulnerable to victimization, and thus accepts that States may have a positive obligation to ensure their effective enjoyment of the rights and freedoms proclaimed in the Convention.

The Protection of the Rights of Minorities as an Expression of Pluralism

The safeguarding of minority rights is crucial to preserve cultural diversity and foster pluralistic democratic societies. The issue has received widespread attention in international law in the decade following the adoption of the ECHR.

During that decade, the protection of minority rights became a central concern with the adoption of international conventions containing specific standards². The inclusion of an article especially devoted to minority rights in the Second Protocol to the ECHR was unsuccessfully proposed by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe³. Afterwards, several attempts have been made to adopt an additional protocol on minority rights. However, such a protocol has not yet seen the light of day⁴.

While the text of the ECHR does not contain any provisions on minority rights, the ECtHR has nonetheless ruled on various cases concerning

2 See, in particular, the conventions adopted by the United Nations (UN), including the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the International Covenant on Civil and Political Rights, whose Article 27 recognises that members of ethnic, religious or linguistic minorities have the right to maintain their own cultural life, to profess and practise their religion, and to use their own language.

3 See, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation 285 (1961) Rights of National Minorities, 28 April 1961.

4 However, in the mid-1990s, following the collapse of the communist bloc and the emergence of new nationalisms in certain European countries, the Committee of Ministers of the Council of Europe drew up the Framework Convention for the Protection of National Minorities. The convention was adopted in 1994 and came into effect in 1998. Its ratification is a prerequisite for EU membership, thus it is currently in force in all EU Member States. The scope of the Convention has been extended to include migrants, as it does not contain a definition of ‘national minorities’. See, Council of Europe, The Framework Convention: a key tool to managing diversity through minority rights. Thematic commentary No. 4. The scope of application of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, available at: <https://rm.coe.int/16806a8fe8>

alleged violations of fundamental rights and freedoms brought before it by individuals belonging to minority groups, and this has led to progress in the protection of minorities through the establishment of minimum standards (PERONI, 2015).

In keeping with its commitment to upholding democratic pluralism, the Court has indeed made room for the rights of national, ethnic and religious minorities under ECHR law.

As a principle, the ECtHR has consistently affirmed that within a democratic society, the majoritarian principle is constrained by the imperative to uphold minority rights. It has repeatedly held that:

“although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position” ([G. C.] *Leyla Şahin v. Turkey*, 10 November 2005, § 108).

Moreover, since the early 2000s, the Court has acknowledged that there is

“an emerging international consensus amongst the Contracting States of the Council of Europe recognising the special needs of minorities and an obligation to protect their security, identity and lifestyle (...), not only for the purpose of safeguarding the interests of the minorities themselves but to preserve a cultural diversity of value to the whole community” ([G. C.] *Lee v. the United Kingdom*, 18 January 2001, § 95).

Even so, the Court has not always displayed minority-sensitive reasoning, by instead upholding majoritarian cultural values and preferences.

A Call for the ECtHR to Take Diversity Seriously

When members of minority groups bring a case to the ECtHR, they seek more than individual justice: they seek recognition and acceptance of the cultural identity of the minority they belong to. For this reason, when it comes to such cases, it is not only the outcome of the case that counts, but also the extent to which the Court considers the specific concerns, experiences and perspectives of the minority group concerned.

In general terms, it can be said that in their applications to the ECtHR, persons belonging to minority groups complain about measures taken by the State which prevent them from behaving as they would like, or compel them to behave in a manner different from the one they would like.

In dealing with these cases, the Court should carefully distinguish bet-

ween cases where the alleged State interference affects practices that are the result of personal choices and preferences, and those where the affected practices reflect the cultural identity and way of life of the group to which the applicant belongs. To treat both sorts of cases in the same way would be to overlook the identity dimension behind the latter. This is actually the fallacy into which the ECtHR has fallen when dealing with a number of cases brought by people belonging to the Roma/Gypsy minority.

So, for instance, in *Chapman v. The United Kingdom* of 18 January 2001, which concerned the refusal by a national authority to grant the applicant - a Gypsy woman - planning permission to settle with her family in a caravan on her own land, the Court, sitting in a Grand Chamber, acknowledged that caravan life holds an important place in the collective identity of Gypsies, but ultimately missed the cultural dimension of the issue and reduced Mrs. Chapman's desire to live in a caravan to a matter of individual preference. Hence, the Court placed the applicant's situation on equal footing to that of "many others who are not able to afford to continue to reside on sites or in houses attractive to them" and ruled that Article 8, which protects the right to respect for private and family life, "does not go so far as to allow individuals' preferences as to their place of residence to override the general interest" (§ 113).

In *Muñoz Diaz v. Spain* of 8 December 2009 as well, the ECtHR has not adequately taken into consideration the ethnic origin of the applicant. The case was brought before the Court by a Spanish national of Roma ethnic origin to challenge the refusal of the Spanish authorities to grant her a survivor's pension under the Spanish social security system. The applicant married according to the Gypsy marriage rite and believed in good faith that her marriage was legally valid, which was not the case, as Roma marriages are not recognised by the Spanish legal system. The refusal of the national authorities to grant her a survivor's pension was therefore based on the fact that her marriage had not been registered in the civil register.

The ECtHR found a violation of Article 14 ECHR (Prohibition of discrimination) in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 (Protection of property) on the consideration that "the applicant's situation reveal[ed] a disproportionate difference in treatment in relation to the treatment of marriages that are believed in good faith to exist" (§ 65).

In other words, the Court took as *tertium comparationis* "situations that must be considered equivalent in terms of the effects of good faith, such as belief in good faith in the existence of a marriage that is null and void" (*ibidem*).

Instead, in the name of pluralism, it would have been preferable to take as *tertium comparationis* the situations of marriages celebrated according to rites that have been recognised as having civil effects under Spanish law. In doing so, the Court would have reinforced the view that pluralist demo-

cratic societies require equal recognition of the cultures and identities of the different groups that are part of the society and, most importantly, it would have granted standing to the specific culture and way of life of the Roma minority, which is the real reason why many Roma couples are not married according to the Spanish Civil Code.

In other cases, concerning Muslim minorities, the ECtHR has made the protection of religiously inspired lifestyles conditional on their conformity with local customs and acceptance by the majority.

In *S.A.S. v. France* of 1 July 2014, while acknowledging that:

“by prohibiting everyone from wearing clothing designed to conceal the face in public places, *the respondent State has to a certain extent restricted the reach of pluralism*, since the ban prevents certain [namely, Muslim] women from expressing their personality and their beliefs by wearing the full-face veil in public” ([G. C.], § 153, emphasis added);

The ECtHR was – using its own words - “able to accept” the choice of the majority based on the consideration that:

“the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier” (*ibidem*, § 122).

Some Judges of the Court itself and several scholars, have expressed doubts and criticism as to whether “living together” could constitute a legitimate ground for restrictions to ECHR rights and freedoms, drawing attention to “the close conceptual ties between living together and majoritarianism” (Pearson, 2021).

Moreover, the ECtHR leaved it up to “society” - i.e. the dominant majority - to decide whether or not to allow the wearing of the full veil in public places, and granted the State legislature a wide margin of appreciation, because it was a matter of “general policy on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely” (§ 154).

We could say, therefore, that the Court did not fully fulfil its role as a guardian of pluralistic democratic societies as it failed to address whether the majority’s decision was affected by cultural bias.

Judge Spano’s warnings seems thus to have been ignored. Indeed, in a previous case, he noted the potential risks of majoritarian sentiments translating into laws and regulations that could undermine fundamental rights, and claimed that the ECtHR has a duty to examine whether legislative measures are motivated by hostility or intolerance towards a particular idea, opinion or religious denomination (*Belcacemi and Oussar v. Belgium*, 11 July 2011,

Concurring Opinion, § 9).

As it has been well noted:

“Uncovering anti- minority and migrant community bias may be relatively easy if such bias is not widespread, and in particular when it is absent from the environment in which those doing the uncovering (ie the judges of the ECtHR) live. However, when anti- minority bias pervades all layers and spheres of society, those who are doing the uncovering may themselves- subconsciously- also be affected by it. That is why the law requires solid, objective tools to uncover bias. It is submitted that evidence requirements are a natural legal response to this challenge, and that any arguments advanced by governments in defence of measures that directly or indirectly target migrant minorities should be rejected unless they are supported by evidence” (Brems, 2021).

It is not only prohibitions but also obligations that may hinder individuals belonging to minority groups from exercising their fundamental rights. This was the case in *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland* of 10 January 2017, where Muslim parents complained about the refusal to exempt their daughters from compulsory mixed-gender swimming classes.

The Swiss Government defended the measure as aimed at integrating religious minorities into Swiss society, while the applicants claimed that the legislation in question prevented the recognition of their Islamic identity and promoted the formation of separate communities rather than integration.

The ECtHR avoided to consider the importance of recognising and accommodating the differences of cultural minorities in order to achieve a pluralistic democratic society, and affirmed that:

“the children’s interest in an all-round education, facilitating their successful *social integration according to local customs and mores*, takes precedence over the parents’ wish to have their daughters exempted from mixed swimming lessons” (§ 97, emphasis added).

According to this view, thus, minorities may achieve integration by adopting the customs and lifestyles of the majority. Commenting on this decision, it was noted that the ECtHR’s approach “almost reverses the entire logic of human rights”, as

“the Court can be seen to enable states to impose the national majority way of life on minorities under the veil of ‘integration’, sacrificing the latter’s (equal and effective enjoyment of) fundamental rights in the process” (Henrard, 2020).

The same situation may arise in the case of legislative decisions based on the principle of neutrality. This is the case, for example, with the

principle of religious neutrality in Europe, where, as some scholars have noted, social norms, as well as a number of the legal rules that operate them, are deeply rooted in historical and religious structures (Hennette-Vauchez, 2021). These rules are inherently (and unintentionally) discriminatory. Therefore, the ECtHR should address their unequal disparate impact in order to effectively protect the religious freedom of minority groups.

In a pluralistic society, it is not only religious minorities who can be discriminated against by means of ‘neutral’ rules. *Kemal Taşkın and Others v. Turkey* of 2 February 2010 can be seen as an example of how, in a pluralistic and multilingual society, an official language policy that is presented as neutral may expose members of linguistic minorities to discrimination.

The case originated from Turkish national authorities’ refusal to register the applicants’ Kurdish names on the grounds that the letters ‘q’, ‘w’ and ‘x’ do not exist in the Turkish alphabet. Within the ECtHR case law, names are regarded as a means of personal identification and linking to a family and, therefore, issues concerning an individual’s first name and surname fall under Article 8 of the Convention.

In the case at hand, the Court unanimously held that there was no violation of Article 8, either alone or in conjunction with Article 14, which prohibits discrimination in the enjoyment of the rights and freedoms guaranteed by the Convention.

The reasoning of the Court is centred on two main lines of argument, which are as follows. First, it considered that there was no legal obstacle preventing the applicants from choosing a Kurdish first name and surname, provided that they were written in accordance with the rules of the Turkish alphabet. Secondly, there was nothing to suggest that the Turkish authorities would have taken a different decision if the request to write a first name with letters that do not exist in the Turkish alphabet had come from non-Kurds.

The ECHR has repeatedly affirmed the need to defend the fundamental freedoms and rights of persons belonging to minority groups in the interests of a pluralistic democratic society, but in this case the Court missed the point. Indeed, it failed to address the question of

“why non-Kurds like the Turkish majority members would request to register names with letters that do not exist in Turkish. The fact that the Turkish majority will hardly suffer from this problem is then a factor that illustrates how the policy disregards the concerns of the Kurds (...). The policy is therefore not neutral regardless of how it would be applied to non-Kurds; it ultimately maintains the historical discrimination of the Kurds in Turkey” (Peroni, 2013).

In other words, by accepting at face value the Turkish government’s

argument about the neutrality of the challenged rules, the ECHR did not inquire the government's reasons for requiring the applicants to change their Kurdish names. Instead, the Court should have meaningfully scrutinised the State's purposes behind naming policies, looking for any 'assimilationist bias'. State surname policies may indeed pursue national identity goals, including assimilation, as various studies have shown (Gross, 1996; Clifton, 2013).

Some Concluding Thoughts

Since the very existence of the (idealistic) European pluralistic democratic society, of which the ECtHR is the ultimate guardian, depends on the recognition and respect of the cultural distinctiveness of minorities, the Court should, in cases involving their cultural claims, exercise strict scrutiny of measures that may adversely affect cultural diversity.

Therefore, when dealing with cases where the applicant seeks recognition of his or her identity as a member of a minority group through fundamental rights, The ECtHR should partly move away from the individualistic approach to which it is accustomed and look beyond the facts of the case to appreciate the collective dimension implied in the cultural claims of minorities. It should also abandon its 'variable geometry' approach to the legitimate aim requirement and carefully scrutinise the aims behind States action in search of subtle discrimination or unlawful attempts to suppress cultural distinctiveness by means of (apparently) neutral legislation. The Court should go as far as asking for objective evidence in support of the measures to be reviewed. As it has been suggested by a leading scholar:

“In order to make the crucial distinction between rights restrictions that are legitimately required for the protection of a general interest, and arbitrary restrictions driven by anti-majority bias, the Court must critically unpack the arguments made by national authorities in support of restrictive measures. Evidential requirements are a natural way for a court to do this. (...) Even when a wide margin of appreciation is granted, the Court should not be content simply with finding that a plausible general interest (such as 'neutrality', 'pressure on others', or 'living together') was invoked by the state, but should also require evidence that such an interest is at stake in the concrete context of the case” (Brems, 2021).

Finally, to take minorities seriously, the Court “should avoid defining culture, religion or other shared characteristics from the outside” (Brems, 2013). Based on this consideration, research on the judicial behaviour of ECtHR judges should be encouraged as a useful tool that may help to uncover (potential) national and cultural biases.

As for national bias, some scholars have already noted that when a case involves politically sensitive issues, the judges of the Court are more likely to defend the actions of their respective States. (Voeten, 2021).

The jurisprudence on freedom of religion is illustrative of this tendency. It has indeed been remarked that:

“the Court’s judges have been influenced by the political salience and sensitivity of laws primarily targeting the religious practice of Muslims. States have introduced such laws with the rationale that they preserve national unity and public order. If the ECHR were to challenge such laws, declare them to be in conflict with Convention principles, and penalize states that implement them, the backlash from national actors-elites and masses alike-would be considerable. The backlash could be so severe as to delegitimize the ECHR and the Convention. Therefore, it appears expedient for the Court’s judges to vote in favor of the defendant states” (Koev, 2019).

With regard to cultural bias, there is a very limited amount of data available so far, as this is still a largely unexplored area of research.

References

BATES, Ed. **The Birth of the European Convention on Human Rights-and the European Court of Human Rights**, in CHRISTOFFERSEN, Jonas and RASK MADSEN, Mikael (eds), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BREMS, Eva. **Introduction**, in BREMS, Eva (ed), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BREMS, Eva. **Islamophobia and the ECtHR: A Test Case for Positive Subsidiarity for the Protection of Europe’s Long- term Migrants?**, in ÇALI, Başak, BIANKU Ledi, and MOTOC, Iulia (eds), *Migration and the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

CLIFTON, Jonathan. **What’s in a name? Names, national identity, assimilation, and the new racist discourse of Marine Le Pen**, in *Pragmatics Quarterly Publication of the International Pragmatics Association*, 2013.

COSTA, Jean-Paul. **The links between democracy and human rights under the case-law of the European Court of Human Rights**. Speech delivered at Helsinki, 5 June 2008. Transcript available at: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20080605_Costa_Helsinki_ENG .

COUNCIL OF EUROPE, **Collected Edition of the ‘Travaux Préparatoires’ of the European Convention on Human Rights**. Vol. II. The Hague: Martinus Nijhoff, 1975.

GROSS, Aeyal. **Rights and Normalization: A Critical Study of European Hu-**

man Rights Case Law on the Choice and Change of Names, in *Harvard Human Rights Journal*, Volume 9, 1996.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. **Religious Neutrality, Laïcité and Colorblindness: A Comparative Analysis**, in *Cardozo Law Review*, Volume 42, Issue 2, 2021.

HENRARD, Kristin. **Integration reasoning at the ECtHR: Challenging the boundaries of minorities' citizenship**, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume 38, Issue 1, 2020.

KOEV, Dan. **Not Taking it on Faith: State and Religious Influences on European Court of Human Rights Judges in Freedom of Religion Cases**, in *Journal of Human Rights*, Volume 18, Issue 2, 2019.

PEARSON, Megan. **What Happened to 'Vivre Ensemble?': Developments after SAS v France**, in *Oxford Journal of Law and Religion*, Volume 10, Issue 2, June 2021.

PERONI, Lourdes. **Erasing Q, W and X, erasing cultural differences**, in BREMS, Eva (ed), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

PERONI, Lourdes. **Minorities before the European Court of Human Rights: Democratic Pluralism Unfolded**, in BOULDEN, Jane and KYMLICKA, Will (eds), *International Approaches to Governing Ethnic Diversity*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

VOETEN, Erik. **Gender and judging: evidence from the European Court of human rights**, in *Journal of European Public Policy*, Volume 28, Number 9, 2021.

ENVIRONMENTAL PROTECTION KEYWORDS WITHIN THE CONSTITUTIONS OF MOROCCO, ALGERIA AND TUNISIA

Mario Rafaniello

PhD student at the Department of Political Science. Vanvitelli University, Caserta

Abstract:

The contribution intends to highlight the interesting experience of environmental constitutionalism in Morocco, Algeria, and Tunisia. Recent years, especially due to the Arab Spring, have seen a growth in constituent activity in much of the Maghreb. The provisions protecting the environment in the constitutions also benefited from this fervour. In some cases, they have been confirmed, in others new features have been added, in still others small steps backwards. Concepts such as sustainable development, climate change, future generations, the right to water, rational exploitation, responsible consumption, and pollution have made their appearance and entail a new catalogue of commitments for governments and citizens. The latter are recipients of numerous rights related to the environment and this also allows North Africa to be able to act as a study laboratory. Due to its characteristics, this region is particularly sensitive to climate change and for this reason rulers have gradually understood that the well-being of their people is closely linked to the level and quality of their environment. By searching for these precise *keywords*, refers to offer a brief overview of environmental protection within these three constitutional experiences. The purpose of this small comparison is to enhance a governance model which, despite its operational limits, has had the courage to establish a firm bond towards the fight against climate change and the promotion of sustainable development in a region perennially afflicted by various types of crises.

Keywords: Environment; Constitution; Morocco; Algeria; Tunisia.

Introductory remarks

The study of environmental constitutionalism has experienced a real surge in recent decades in connection with the awareness growth on the environment issue, thus leading to an epochal change in terms of governments

and legislators' decision-making. This attention evolved internationally, and the principles achieved by great conventions and conferences were then translated into the solemn charters of many States. The growing presence of “keywords” that refer to the environment, within national constitutions, represents only the last stage of a process of progressive emergence of themes such as environmental protection and climate change in this issue. According to several scholars, it is possible to describe the environmental protection as an autonomous legal field, especially from a scientific and regulatory perspective, evidence which is thereby confirmed by the increasingly widespread of study course in environmental law. Even more specific is the scope of climate change initially conceived as a derivative branch of environmental law but progressively developed to the point that “climate law” has acquired some distinctive features of its own (Gallarati 2022, 1089). In any case, a fixed point of this reflection at a national and international level is the change in cultural and legal language that the extension of environmental issues has brought with it. Certainly, one of the first key words to mention is “sustainable development” referring to the 1987 watershed in the context of the famous Report of the World Commission on Environment and Development, the so-called Brundtland Report. This concept inspired numerous subsequent conferences and initiatives. Another fundamental benchmark is represented by the principles contained in the Rio Declaration on Environment and Development, adopted at the end of the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) in 1992. Many of these principles have become elements of order of the day of the rulers of many countries such as the principle of sustainable use of resources, the principle of integration between environmental protection and economic development, the principles of intergenerational and intragenerational equity and finally the principle of popular participation in relevant decision-making processes in environmental matter (Tafaro 2017, 43). Sustainable development itself stands as a forerunner of other key words such as the right to water, to a healthy environment, to the well-being of future generations and to the participation in the fight against climate change, pollution and the excessive exploitation of national natural resources. These words have been spreading in global constitutionalism in a growing and transversal way, incorporated into very heterogeneous legal contexts. In terms of quantity and quality, references to environmental protection have varied across continents, giving rise to different strands. This type of rules is often inserted not only in the body of solemn texts but also in their fundamental principles and in the highest parts of the constitutions: preambles, fundamental principles, directive principles of state policy, fundamental rights (Amirante 2022, 126). In doctrine it has been underlined how respect for the environment in recent times is also perceived as a yardstick for the enjoyment of rights within a legal system. This is because fundamental rights, as suggested by the

2030 Agenda, are inextricably linked to the state of health of the environment, becoming the latter itself a fundamental right capable of expanding the sphere of social protection and at the same time strengthening duties (Cordini 2012, 7-8). It must be considered that this evolution has undergone a long and very bumpy path.

According to different authors, the definition on environment for many is not peaceful, even less the relationship with the law. Essentially, it is not easy to make practical and sometimes unpredictable needs such as those of nature coexist with the equally valid political governance needs that conflict for mainly economic reasons. Authoritative doctrine (Amirante 2023, 19) states that this problem has represented an obstacle both in the development of theoretical approaches to environmental problems and in the development of operational choices to find a solution to these issues. If these difficulties seem like a matter of study in the so-called rich or “developed” countries, much more needs to be said about those areas of the world which suffer from environmental challenges in different and many ways: famines, droughts, floods, lack of emergency infrastructure, food crises, pollution and more (Nguyen *et al.* 2023, 2-4). The awareness that emerged internationally in the second half of the 20th century on this phenomenon, gradually led most countries to adapt their constitutional charters with the aim of making these objectives a supreme guide for present and future social and political life. It is not surprising that among the most active countries are several from Latin America, Asia, and Africa. Among these, in this research we intend to focus only on the African context and in particular on three countries in the North African area: Morocco, Algeria and Tunisia. The choice fell on these nations because they are more representative of the regional context for linguistic, economic, and geopolitical reasons in the broader Mediterranean context. These three countries experienced episodes of constitutionalism during or after the Arab Spring with different consequences. In all three cases the new constitutional charters contain important provisions on environmental matters which embrace the most recent developments emerging from international sensitivity. It must also be specified that for reasons of space the essential religious formant is sacrificed. Due to the weight that this has in the three Constitutions cited and in many other systems of the world, it is impossible to offer a worthy discussion here other than a few immediate references. Islamic principles have also played an important role in forming the ecological consciences of these peoples because they can guide the social behaviour and conduct of the faithful, governments and Muslim legislators also in the implementation of environmental strategies of national policy (Colella 2023, p. 829-831).

Beyond this fascinating aspect, in some cases in recent constitutions the contents of previous versions have been confirmed, in others there have been important innovations. At the basis of this phenomenon there is also

the awareness that the global impact of climate change is now undeniable and has serious consequences on key sectors such as agriculture, energy, migration, health, water quality and tourism. More generally, in the African context, the doctrine (Amirante 2023, 33) has found that over 90% of the Constitutions of African states contain the word ‘environment’ at least once, and this phenomenon may be due to both the temporal combination of decolonisation and then new constitutions, all more recent compared to Asia or Latin America, and the chronic government instability. In any case, this research intends to move from words through the key words contained in the texts of the countries cited in their current versions, all after the outbreak of the first revolts just a decade ago. In this regard, recent North African constitutionalism is largely the result of the Arab Spring (with due caution) and does not enjoy the visibility it deserves with respect to environmental issues. These revolutionary phenomena and the related impact on the countries involved have had the merit of bringing the Maghreb back to the centre of international news, especially for the political implications. The attention of analysts tends to largely focus on democratization processes, but a separate and parallel discussion can be made for environmental rights. As mentioned, the key is the words and in the solemn texts of Morocco, Algeria, and Tunisia they refer to the interest of future generations, the sustainable development, the right to a healthy environment and much more. From an in-depth examination of some constitutional provisions of the three countries covered by the research, it appears that environmental protection has become one of the fundamental needs for the citizens’ well-being. Naturally, the organisation of the powers responsible for the realisation of these objectives and the sensitivity of the governors and the governed may differ (Cordini 2012, 10), but what matters is the diffusion of a model of “constitutional sensitivity” which has now become global even in the complex Maghreb area. The examination of the useful provisions follows a mere constitutional chronological order (2011, 2020, 2022). The three experiences have commonalities and non-commonalities points which we will return to in the conclusions. For space reasons only some more representative rules are taken into consideration and the internal political events that pushed the institutional reforms are omitted except for brief introductory notes. Therefore, the discussion begins with the Constitution of the Kingdom of Morocco¹.

The Moroccan Constitution of 2011

The first Constitution of independent Morocco dates to 1962, followed by those of 1970, 1972, 1992, 1996 and finally 2011, the one currently

1 In some cases, extracts of constitutional texts in their French language version will be provided.

in force. Compared to other experiences of the Arab Spring, the Moroccan one was “softer” in the sense that it was managed in a much less violent manner directly by King Mohammed VI. He has the merit of having made some concessions, incorporating part of the rebels’ requests, but without there having been a radical change in the power system. Without dwelling on this matter, another king’s value relates to the creation of the homonymous Mohammed VI Foundation for the protection of the environment in 2001 with the mission of raising citizens’ awareness of the conservation and respect of environmental heritage. As part of this project, in the following years many initiatives were promoted, especially aimed at younger people, including journalistic activities on topics related to the environment around them and forums for education on responsible consumption (Ministry of Energy, Mines, Water and Environment Department of Environment, 2012, 11). Furthermore, Article 33 of the Constitution promotes the participation of young people in the social, economic, cultural and political development of the country. The same article provides for the creation of a Youth Advisory Council and Associational Action. In this sense and for the purposes of what will be said shortly, it is important that the text recognizes (art. 12²) the right of civil society to present petitions, make legislative proposals and contribute to the definition of public policies (Touhtou, 2014, 11). In any case, starting the search for keywords to protect the environment, it can already be anticipated that some of them rely on this Constitution. It must be said that the Preamble is of great interest because it best encapsulates the essence of the ambition of contemporary Morocco. The objective of the State, in compliance with the Islamic precepts of tolerance and dialogue, is to lay the foundations for a modern, inclusive, participatory, safe, free, democratic society which keeps the country’s many cultural and ethnic roots in balance. National unity is forged by the convergence of Arab-Islamic, Amazigh and Saharan elements enriched by Mediterranean, African, Jewish and Andalusian elements. We will return to the historical and cultural stratification of the countries of North Africa in the conclusions, but it can already be highlighted that what stands out in this solemn text is a new substantial section (articles 19-40) articles entitled “Freedom and fundamental rights” of great impact. Among the added freedoms, those to freedom of information³ and the press⁴ certainly stand out, but also the right to housing, health care and welfare⁵. Other rights specifically concern categories considered

2 “Les associations intéressées à la chose publique, et les organisations non gouvernementales, contribuent, dans le cadre de la démocratie participative, à l’élaboration, la mise en oeuvre et l’évaluation des décisions et des projets des institutions élues et des pouvoirs publics. Ces institutions et pouvoirs doivent organiser cette contribution conformément aux conditions et modalités fixées par la loi”.

3 Art. 27.

4 Art. 28.

5 Art. 31.

vulnerable such as women in certain cases, children, the elderly and the disabled⁶ (Silverstein, 2011).

In any case, the catalogue of these rights and freedoms is opened by art. 19 which establishes gender equality of civil, political, economic, social, cultural and environmental rights and freedoms as set out in the Constitution and in international conventions and agreements ratified by the State. This rule must be read together with the art. 31 and 35. The first states that the State and the territorial communities must cooperate to guarantee the access to men and women to the same rights, including that of water, a healthy environment and sustainable development. The second once again requires the State to work towards the realisation of human and sustainable development in order to allow the consolidation of social justice and the conservation of national natural resources and the rights of future generations. As regards equal access for men and women to the same rights, this theme offers the starting point for a reflection on communalities with the other two experiences, but not only. In the event of serious environmental crises or in any case of a shortage of resources, there could be inequalities or violence towards women. A study reports that in the MENA area (Middle East and North Africa) women represent only 30% of the workforce and suffer inequality in wages and access to land ownership. In rural areas it is often up to women to go and get resources such as wood and water and in case of scarcity for them it would mean more discomfort and greater risk of dangers and attacks, not to mention that many of them would therefore be prevented or limited from accessing education or their personal relationships. (Pommier, FAU, 2022). However, returning to the main issue, the art. 71 contains a list of matters that fall within the jurisdiction of the law (in addition to those matters entrusted to it by the Constitution itself) including the rules relating to the management of the environment, the protection of natural resources as well as the rules relating to water, forests and fishing. Parliament also has the power to vote for issues not included in the aforementioned article of the Constitution, in the event that this vote concerns the fundamental objectives of the economic, social, environmental and cultural policy of the State (Crin, 2022, 7). Fundamental in this sense is the triad composed of articles 151-153 regarding the Economic, Social and Environmental Council, a body that can be consulted by the government and the two branches of parliament on all economic, social or environmental issues. These articles limit themselves to establishing and regulating the basis of the Council which however deserves some additional information. It expresses its opinion on the general directions of the national economy and lasting development. To close, Morocco is among the most active countries internationally when it comes to environmental summits. This topic will be covered in the conclusions together with Algeria and Tunisia, but it

6 Art. 34.

can be said that the Preamble of the Moroccan Constitution underlines this commitment. It establishes the imperative to strengthen the Kingdom's role on the international scene also as an active member in international organizations. The ambition of the Constitution is to be a true citizenship charter of rights and freedoms, as they are known in the universal reference framework of human rights (Ministry of Energy, Mines, Water and Environment Department of Environment, 2012, 9).

The Algerian Constitution of 2020

In the years following independence, Algeria experienced a strong urbanisation which led to the movement from the countryside to the cities and therefore to the demographic explosion of urban areas. This process in Algerian cities has resulted in large emissions due to transport and industrial activities (Gherbi, 2012, 266) and it is understandable how the Algerian constituent has been very sensitive to the issue. To face these difficulties, the North African country has established ambitious objectives for the adoption of renewable energy to reduce carbon emissions and internal consumption of natural gas (Tedjani 2021, 18). Unfortunately, due to the economic crisis, the government has drastically reduced investments in the energy sector (U.S. Department Of State, 2022). As far as we are concerned, many of these requests have merged into the 2020 constitutional text which contains much more study material than what we saw for Morocco. Since independence, Algeria has had a very lively constitutionalism: 1963, 1976 (revised several times), 1989 and finally 1996, this one amended in 2002, 2008, 2016 and 2020. The research in question takes the latter into account. The Algerian Constitution is one of the few in the world to contain the key word “climate” and this represents an important step forward in this form of constitutionalism. The other cases of climate clauses are scattered across Africa, Asia and Latin America (Porena 2023, 213); among these there was also the Tunisian Constitution of 2014 but as we will see later there have been some changes. In the Algerian text, future generations find space (mentioned many times, the same goes for the environment) as in the Moroccan case. The Preamble is particularly rich (and long) and expressly mentions environmental degradation and the negative effects of climate change as well as the need to protect the environment and guarantee rational use of resources in the interest of future generations⁷. The latter are also beneficiaries of the current commitment that the State guarantees to young people in their participation in political, economic, social and cultural challenges. In other words, the Algerian Preamble alone would be sufficient for the purpose. However,

⁷ “Le peuple demeure également préoccupé par la dégradation de l’environnement et les conséquences négatives du changement climatique et soucieux de garantir la protection du milieu naturel, l’utilisation rationnelle des ressources naturelles ainsi que leur préservation au profit des générations futures”.

it has been stated in doctrine that precisely this emphasis placed on this part of the constitutional building seems to be configured more as a political objective than a legal obligation (Gallarati, 2022, 1098).

In addition to what is said in the Preamble, it is reported that the Algerian people are committed to fight social inequalities and regional disparities and to build a productive and competitive economy within a framework of sustainable development and environmental protection. To support this well-known type of development, the State guarantees the promotion and strengthening of scientific research (art. 75⁸). In art. 9 lists the objectives of the state institutions and among these appear the elimination of regional disparities in development and the construction of a diversified economy that can make the most of the natural potential of the country (in addition to the human and scientific one). As regards sovereignty over natural resources, it is necessary to see art. 20 according to which the State exercises control over land space, air space and waters. This public heritage is national property and includes the subsoil, mines and quarries, natural energy sources, mineral, natural and living resources of the various areas of the national maritime property, waters and forests. The heart of the Algerian environmental theme, however, is contained in the art. 21 which commits the State both to guarantee a safe environment and to protect individuals and achieve their well-being. In the same article the State also ensures constant awareness of environmental risks, the rational use of water, fossil fuels and other natural resources. The protection of the environment in its terrestrial, maritime and spatial dimensions is also ensured through the adoption of appropriate measures to punish those who pollute. This article certainly stands out for its richness and seems to contain a sort of environmental program. In the other papers examined we find some of these principles but not all in a single article. In fact, among the three Charters, the Algerian one is certainly the richest for environmental protection. Completing this principle are articles 63 and 64. The first ensures citizens the right to drinking water and its conservation for future generations. The second article guarantees citizens the right to a healthy environment as part of sustainable development and entrusts the law with establishing the obligations of natural and legal persons to protect the environment. In this regard, however, given the concrete potential of Algeria, scholars wonder whether this goal of sustainable development is concretely achievable or is a little too optimistic. A firm point is that the Maghreb country wants to become a reference model in environmental protection and sustainable development in the Arab world (Tedjani 2021, 15). This right to a healthy environment means that this constitutional reference, as in other cases, acts as a fundamental guide to be respected by other lower-ranking laws. In this regard, it is the law that

8 “L’Etat œuvre à la promotion et à la valorisation de la recherche scientifique au service du développement durable de la Nation”.

determines the obligations of natural and legal persons for the protection of the environment according to the Constitution. As in the Moroccan case, the Algerian Constitution also provides for a specific body for certain issues, including environmental ones. Articles 209 and 210 regulate the basis of the National Social, Economic and Environmental Council which represents a space for dialogue, consultation and proposal in the economic, social and environmental sectors. This Council, states Article 210, is responsible for providing a framework for the participation of civil society in national consultations on policies relating to social, economic and environmental growth within the framework of sustainable development and addressing issues of national interest in the economic field, social, environmental, educational, vocational and higher education as well as preparing proposals and recommendations for the Government.

The Tunisian Constitution of 2022

The popular referendum of July 2022 approved the project of a new Constitution, less than a decade after the previous one (Mzid N., Baklouti K., 2023, 188). This act is only the last of a series with the Fundamental Pact of 1857 and the Constitutions of 1861, 1959, 2011 and 2014. In the transition from the latter to the new one we can only point out how (Biagi 2022, Klibi 2023, 2; 5) this initiative marked a clear step backwards for Tunisia in terms of democratic gains. This could be partially deduced from language shift between the 2014 version and the 2022 version, with regards to the environment provisions. Climate change was included by the constituent legislator in 2014 as well as other provisions that made the constitutionalism of that phase more modern in terms of environmental protection. Before this inclusion in the previous Constitution, only Ecuador and the Dominican Republic had included the climate change fight in their fundamental texts. Unfortunately, the climate is the great absentee of this 2022 text, previously present in the old art. 45 which provided for the right to participate in climate protection and the state task of providing the necessary means to eliminate environmental pollution. Therefore, the 2014 Charter Tunisia had made a connection between the right to live in a healthy and balanced environment and the need to act against climate change (Gallarati, 2022, 1098). A further problem highlighted by the doctrine is the elimination from the new Charter of the provision previously contained in the art. 45, so as the right to participate in climate protection (Bifulco, 2023, 128). Then, the combination of the old articles 44 and 45 sanctioned both the right to water and its conservation and rational use as a state and social duty, and the right to a healthy environment. Now the first of these rights is in the art. 48 which commits the State to providing drinking water to all on an equal footing and preserving water resources for future generations, thus partially recovering a

passage from the old Preamble.

In fact, another excellent absence is the reference to future generations in the current Preamble as recipients of conservation and sustainability in the exploitation of natural resources. This was as expected before, but now the reference in the Preamble to future generations concerns more generally the future of the nation in a patriotic way. The old Preamble still highlighted the awareness of the need to contribute to the conservation of a healthy environment; this principle was spared and even expanded by the reform. In a solemn key, the State now works to ensure that the economic and social development of the country continues smoothly and without recession in a healthy environment that enhances the splendour of the beautiful and green Tunisia and that sustainable development takes place in a healthy and pollution-free environment⁹. Perhaps this step represents the only step forward in 2022 compared to 2014, at least in terms of the key words of this work. The previous art. also spoke of sustainable development. 12 for which it was already an objective of the State to be achieved together with social justice and balance between regions based on development indicators and the principle of positive discrimination. The article ended with the efficient exploitation of natural resources, the subject of the old art. 13 according to which sovereignty over these resources was exercised by the State in the name of the people. A part of the revenue deriving from the exploitation of natural resources, pursuant to the old art. 136, could be intended for the promotion of regional development throughout the national territory. Comparing the new Charter of sustainable development, it is only mentioned in the Preamble as already mentioned but the new articles 47 and 48 are of comfort. The second has already been seen, in the first the State guarantees the right to a healthy and balanced environment and contributes to its protection and in addition is responsible for the means necessary to eliminate environmental pollution. Finally, in the old Constitution the art. 129 concerned the Commission for Sustainable Development and the Rights of Future Generations of Tunisia. This body can express opinions on the areas of its competence and is consulted on development plans and projects relating to economic, social and environmental issues. In the new one this body is absent as is the Authority for audiovisual communication, the one for human rights and the one for good governance and the fight against corruption (Biagi 2022). To close the Tunisian discussion, therefore, something has changed in the transition from 2014 to 2022 and these changes must be seen in the broader political framework of this reform. As mentioned, analysts and scholars believe the new Constitution is a democratic involution due to the de facto unchal-

9 “Nous œuvrerons avec constance et sincérité pour que le développement économique et social se poursuive sans embuches et sans récession dans un environnement sain qui accroît la splendeur de notre belle Tunisie dénommée la verte, et pour que le développement durable se fasse dans un environnement sain exempt de pollution”.

lengeable role now assumed by the President of the Republic. In addition to some environmental rights, there are also fundamental rights that pay the price for this reform (Amnesty 2022) but we cannot dwell on this process. As has been pointed out, perhaps Tunisia had more need to implement the 2014 Charter, among the most progressive in the area, rather than a new Biagi 2022 Constitution).

Conclusions

Although the three constitutional experiences are very different from each other, if we look at their genesis, it emerges that they all placed the protection of the environment among the State's tasks and the objectives to pursue, in some cases even in the versions before those currently in force. The three Charters share provisions such as the right to water, the correct exploitation of natural resources and the right to a healthy living environment. In general, the concern of the various constituents for the future of the new generations and the survival of their existential model comes to light. In particular, the possibility of current generations in the management of natural resources and the ability to influence future scenarios is highlighted. This is undoubtedly an enormous responsibility which, as we have seen, the Constitutions tend to divide between the State and citizens. In the case in question, the reference area is particularly sensitive to environmental degradation and climate change. In fact, the countries of Northern Africa are largely made up of vast desert areas, with limited freshwater reserves (Tekken, Costa, Kropp 2013, 382) and little rainfall; moreover, the climate has a major influence on the fundamental agricultural production (Bertolotti 2018, 63). According to a study, between 1960 and 1990, the temperature in the MENA area increased by 0.2°C and since then this phenomenon has not stopped, causing a loss of agricultural potential of the land. Furthermore, we must keep in mind the risks deriving from the relationship between food insecurity and political instability (Pommier, FAU 2022). The interdependence between the environment and economic needs leads to an inexorable degradation of resources due to overexploitation and collective involvement is essential to combat this scenario. Both the examined provisions on access to information and participation and those providing for the creation of bodies composed of experts in the field should be read in this light. Addressing these problems requires a collective effort because if the greater the environmental problems, the lower the rates of development will be due to the increasing costs associated with the overall development process (Yousfaoui S., Yousfaoui F. 2020, 38). In this sense, the constitutional efforts of these Maghreb countries are certainly appreciable despite their limited capacities compared to the countries of the North Atlantic axis and can inspire other countries with similar contexts with their solutions (Cordi-

ni 2012, 10).

In doctrine, returning to a point addressed in the introduction, it was noted that the constitutions that contain climate clauses in the strict sense belong to countries geographically located, as already mentioned, in Latin America, Africa and South-East Asia, while they seem little considered in north American and European countries (Gallarati 2022, 1096). Indeed, these are particularly vulnerable as in the case of the Maghreb. It is obvious that these merits are essentially declarations of intent, even if they directly involve governments and the entire system of a country. Nothing is direct or easy between the “Charter” and the practical plan. From a strictly theoretical point of view, first we must remember that Morocco, Algeria, and Tunisia are not only part of the African context but also Mediterranean, Arab, and Islamic. These different sensitivities must coexist with the diversity of approach to the environmental issue where economic, political, ideological, ethical, and legal issues collide. The presence in these Constitutions of elements of different legal, cultural, and religious formants, for example, represents a stratification that makes these experiences difficult to catalogue a priori with the “Western” scholar perspective. Just think, as mentioned in the introduction, of the difficulty of approaching Islamic law which should not be limited to comparison but should be seen from an all-inclusive perspective with the other formants (Spanò 2022, 1569).

At the beginning of this article, we talked about new challenges posed by environmental issues to governments and legislators but certainly the new frontiers of modern constitutionalism entail just as many challenges also for comparison. In this regard, even about the fundamental rights examined, the perception can change from country to country precisely because of these backgrounds. For example, certainly the Universal Declaration of Human Rights of 1948 is probably the most influential source ever on the global scene, but several times other documents derived or inspired by it have “specified” their points of view. The Islamic, African or Asian Charters of Rights have not always been recognized on some essential points or in the approach of the 1948 Declaration, considered in some cases individualistic and bourgeois (Tafaro 2017, 141-142). In any case, there is no doubt that the Charters of a regional nature have a great deal of influence: the African Charter on Human and Peoples’ Rights, also called the Banjul Charter, (of which, however, Morocco is not yet a party) adopted in 1981 in Nairobi under the aegis of the Organization of the African Union, which contains two articles (21 and 24), referring to the environment and which has represented a constant inspiration in the elaboration of African Constitutions and constitutional revisions in this sense (Amirante 2023 , 33). The Arab Charter of Human Rights must also be cited (only Algeria of the three countries examined is a party to it), adopted in 1994 by the Council of the League of Arab States (amended 2004 and entered into force in 2008). The

art. 38 of this Charter recognizes the right to a healthy environment and art. 39 establishes the commitment of the Parties to fight against environmental pollution and provide adequate hygiene systems. Furthermore, the constitutional fervour due to the Arab Spring only partially guaranteed greater democratic openings, including environmental ones, but as we have seen, “power” always finds a way to maintain (and expand) its room for manoeuvre. Precisely for this reason the study of the three Charters also considering the common environmental challenges of these countries with the rest of the region they belong to, despite the heterogeneity, can present itself as an interesting study model (Colella 2023, 827) which however must be limited to the constitutional aspect, being the practical one very tortuous. In conclusion, the question remains whether national constitutions in themselves can play a key role (with their key words) in the global environmental issue. They are recipients of principles developed at an international level, allowing the transformation of soft law norms on a national level into constitutional norms capable of regulating the lives of those in government and the governed. But it’s just a first step.

Riferimenti

AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS 1981: https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_-_african_charter_on_human_and_peoples_rights_e.pdf

AMIRANTE Domenico (a). **Metodo comparativo, ambiente e dinamiche costituzionali**. DPCE Online, [S.l.], v. 58, n. SP2, online, 2023

AMIRANTE Domenico. **“Almost Green”: The Difficult Accession of Environment in the Italian Constitution**. *Poliarchie/Polyarchies*, vol. 5, n 2, 2022

AMNESTY INTERNATIONAL. **Tunisie. L’adoption de la nouvelle constitution ne doit pas enteriner l’erosion des droits humains**: <https://www.amnesty.org/fr/wp-content/uploads/sites/8/2022/08/MDE3059252022FRENCH.pdf>, 2022

Arab Charter on Human Rights 2004: <https://digitallibrary.un.org/record/551368>

BERTOLOTTI Claudio. **Mashreq, Gran Maghreb, Egitto ed Israele**. Osservatorio Strategico 2018, n. II, 2018

BIAGI Francesco. **Tunisia: la Costituzione di Kaïs Saïed**. <https://www.diritti-comparati.it/tunisia-la-costituzione-di-kais-saied/>, 2022

BIFULCO Raffaele. **Ambiente E Cambiamento Climatico Nella Costituzione Italiana**. *Rivista AIC*, n. 3, 2023

COLELLA Luigi. **Il diritto dell’ambiente nella prospettiva islamica del “Green Deen”: il costituzionalismo ambientale del Marocco e della Tunisia**. DPCE Online, [S.l.], v. 58, n. SP2, 2023

CONSTITUTION OF ALGERIA 2020: <https://www.joradp.dz/ TRV/ FConsti.pdf>

CONSTITUTION OF MOROCCO 2011: <https://www.ilo.org/ dyn/ natlex/ docs/ ELECTRONIC/ 87886/ 100326/ F1695236953/ Constitution%20 2011.pdf>

CONSTITUTION OF TUNISIA 2022: <https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/public.ldit.dcaf/ public/ Constitution%20 de%20 la%20 R%C3%A9publique%20 Tunisienne%20 du%20 25%20 juillet%20 2022.pdf>

CORDINI Giovanni. **Tutela dell'ambiente e sostenibilità nella comparazione degli ordinamenti costituzionali.** *L'Italia Forestale e Montana/Italian Journal of Forest and Mountain Environments*, vol. 67, n. 1, 2012

CRIN (Child Rights International Network). **Children's Access To Justice For Environmental Rights | Morocco.** London, 2022.

GALLARATI Francesco. **Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne.** *DPCE Online*, [S.l.], vol. 52, n. 2, 2022

GHERBI Mohamed. **Problematic of Environment Protection in Algerian Cities.** *Energy Procedia*, vol. 18, 2012

KLIBI Salsabil. **La constitution tunisienne du 25 juillet 2022. La Constitution de la dé-démocratisation.** *Federalismi.it*, n. 18, 2023.

MINISTRY OF ENERGY, MINES, WATER AND ENVIRONMENT DEPARTMENT OF ENVIRONMENT (Morocco). **Sustainable Development in Morocco Achievements and perspectives. From Rio to Rio +20,** 2012.

MZID Nouri, BAKLOUTI Kamel. **Une nouvelle Constitution tunisienne dans uncontexte de crise.** *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, vol. 1, 2023.

NGUYEN Trung Thanh, GROTE Ulrike, NEUBACHER Frank, RAHUT D.B., HUNG DO Mahn, PAUDEL G.P. **Security risks from climate change and environmental degradation: implications for sustainable land use transformation in the Global South.** *Current Opinion in Environmental Sustainability*, vol. 63, 2023.

POMMIER Sophie, FAU David. **COP27. Nord Africa-Medio Oriente, una regione esposta ai cambiamenti climatici.** <https://orientxxi.info/ magazine/ cop27-nord-africa-medio-oriente-una-regione-esposta-ai-cambiamenti-climatici,6002 , 2022>

PORENA Daniele. **Giustizia Climatica E Responsabilità Intergenerazionale.** *Rivista AIC*, n. 3, 2023

SILVERSTEIN Paul. **Weighing Morocco's New Constitution.** <https://merip.org/ 2011/ 07/ weighing-moroccos-new-constitution/>, 2011

SPANÒ Giovanna. **Principi sciaraitici e Costituzione: un binomio da ripensare.** *DPCE Online*, [S.l.], v. 50, n. Sp, 2022

TAFARO Laura. **Diritti Umani Oggi: Sviluppo Sostenibile E Generazioni**

Future, in CANÇADO TRINDADE Antônio Augusto, BARROS LEAL César (Coord.). **Diritti umani e ambiente**. Fortaleza, 2017.

TEDJANI Karim. **Le développement durable en Algérie**. Friedrich-Ebert-Stiftung, Alger, 2021.

TEKKEN Vera, COSTA Luisa, KROPP Juergen P. **Increasing pressure, declining water and climate change in north-eastern Morocco**. Journal of Coastal Conservation, vol. 17, n. 3, 2013

TOUHTOU Rashid. **Civil Society in Morocco under the New 2011 Constitution: Issues, Stakes and Challenges**. Arab Center for Research & Policy Studies, Doha, 2014.

U.S. DEPARTMENT OF STATE. **2022 Investment Climate Statements: Algeria**. <https://www.state.gov/reports/2022-investment-climate-statements/algeria/>, 2022.

YOUSFAOUI Souad, YOUSFAOUI Fatima. **The Right to a Safe Environment and the Quality of Life**. International Journal of Inspiration & Resilience Economy, vol. 4, n. 1, 2020

O GARANTISMO COMO FUNDAMENTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS CULTURAIS DIANTE DO HIPERPRESIDENCIALISMO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Edson Vieira Abdala

Doutorando pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí

Resumo:

O garantismo como baliza, incentivo e amparo para reconfigurar a constitucionalização dos direitos culturais, destacando neste trabalho os desafios da judicialização na democracia representativa, bem como instituir limites às prerrogativas do Chefe do Poder Executivo no contexto brasileiro de hiperpresidencialismo, com o escopo de efetivar a tutela da diversidade nos diversos níveis de proteção e demanda. O desafio possui justificativa tanto do ponto de vista científico quanto social, pois o Brasil dispõe de enorme desigualdade e desrespeito aos valores da cultura. Valer-se do garantismo como base teórica de análise do contexto administrativo de gerenciamento tem o condão de colocar no centro das discussões jurídicas a validade da norma no que tange aos direitos fundamentais, bem como a proteção dos vulneráveis. Além disso, o garantismo tem muito a contribuir politicamente, haja vista que os princípios democráticos ainda estão apenas adentrando nas instituições de poder governamental que se pautaram, até hoje, em modelos autoritários, onde o hiperpresidencialismo não teve ainda a sua necessária delimitação.

Palavras-chave: Garantismo constitucional; Hiperpresidencialismo; Direitos fundamentais e culturais.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 vem se fazendo ao longo do tempo com as suas emendas.

Pela primeira vez esta Carta previu explicitamente em seu texto os direitos culturais, além de que observada a melhor interpretação pode-se dizer que estes são iguais aos direitos fundamentais e incluem-se nos direitos humanos.

Diz-se que a Constituição Federal, além de cidadã é cultural. Desde 1948 a chamada geração ou dimensão dos direitos econômicos, sociais e culturais encontrou espaço, todavia, este último foi deixado ao lado!

Depois da retomada desta categoria, aprofundaram-se as relações e as vinculações do direito com a cultura, a ponto de o Estado ser obrigado a garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, devendo ainda apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais, as quais estão relacionadas com a arte, a memória coletiva e o fluxo de saberes.

O que falta para implementar a cultura no Brasil? Primeiro, a deficiência orçamentária para a cultura em geral. Deseja-se chegar a 1% do orçamento público através da PEC 150, sendo 2% para a União, 1,5 % para os Estados e 1% para os Municípios.

A verba destinada para a cultura, de R\$ 3,14 bilhões anuais é insuficiente diante do PIB brasileiro que acumula R\$ 9,9 trilhões, pois traduz-se em apenas 0,3 % do orçamento do PIB, o que é inaceitável.

A CF tem seção específica para a cultura nos artigos 215, 216 e 216-A, mais três emendas constitucionais buscando estabelecer garantias aos direitos culturais, a fim de transformá-los em política de estado (planos federal, estadual e municipal) e não política de governo, como é hoje.

Destacamos, resumidamente, o importante texto constitucional:

SEÇÃO II - DA CULTURA

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas

de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

Destacado o excelente texto constitucional, para que o mesmo tenha a desejada efetividade, torna-se imprescindível a vinculação de verbas para o fundo de cultura, o que no momento é o desafio a ser superado.

Observe-se que não é por falta de norma, mas pela falta de aplicação da normatividade presente que a cultura se encontra em estado de miséria.

Há inúmeros autores que tratam do tema, dos quais destaco o argentino Edward Harwei, que possui mais de 100 obras sobre direitos culturais nas Américas.

Três autores franceses (Pontier; Ricci; Bourbon, 1990) escreveram “Droit de la Culture”, obra expressiva sobre o que estamos a tratar.

Propõe-se conhecer os direitos da cultura **a partir dos serviços públicos culturais.**

A França sistematizou esses direitos a partir da ideia do momento em que o estado **ofereceu serviços culturais.**

Dessas ofertas surgiram conflitos culturais e isso foi solidificando a própria ideia dos direitos culturais. Museus, músicas, profissões artísticas e afins solidificaram parte da experiência e da prestação de serviços oferecidos pelo Estado para conhecer os direitos culturais.

(Cunha Filho, 1999) escreveu a sua dissertação de Mestrado, publicada em 2000, dando o nome de direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, com metodologia específica, aperfeiçoada na sua tese de Doutorado, que exporei oportunamente.

O Professor (Prieto de Pedro, 2006) escreveu “Cultura, Culturas y Constitución”. A ideia é a de conhecer os direitos culturais a partir das **Constituições Políticas**, o que dizem, o que são e o que disciplinam, sem preocupações teóricas maiores, mas como observador. Parte do direito positivo na forma escrita, para conhecer esses referidos direitos.

Em Portugal temos o Professor (Pereira da Silva, 2007) que escreveu “A Cultura a que tenho Direito”, com a ideia da Constituição como realidade cultural.

Na Itália (Galliani; Papa, 2010) escreveram “Le Basi del Diritto della Cultura”, cuja base do pensamento é a **práxis administrativa** dos órgãos culturais italianos, um país riquíssimo em patrimônio cultural imaterial, que desde 2007 incorporou a Convenção da Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Humanidade datada de 2003, criada pela UNESCO, apoiando-se em favor da tecnologia jurídica em favor destes direitos.

O Brasil desde 2006 foi signatário da referida convenção por meio do

Decreto Legislativo 22 de 1º. de fevereiro de 2006, o qual foi promulgado pelo Decreto Presidencial 5753/2006.

No México há uma obra editada e coordenada pelo Professor (Cotom, 2018) denominada “Derechos Culturales en México” que esclarece os direitos e os deveres dos administrados em geral.

Igualmente avançaram na positivação dos direitos culturais com a criação em 2017 de uma Lei de Cultura e dos Direitos Culturais encontrada nas referências deste trabalho.

Criaram também uma Constituição para a cidade do México e uma Lei dos direitos culturais dos habitantes e dos visitantes para usufruir de certos direitos, o que dá a dimensão de direitos humanos, segundo a positivação mexicana.

A segunda obra foi editada no Brasil através do Professor Doutor (Cunha Filho, 2018), cujo título é “Teoria dos Direitos Culturais, Fundamentos e Finalidades” visando uma definição destes direitos.

Sugerem-se três métodos prováveis para estabelecer uma relação específica dos mesmos.

A primeira ideia seria a de definir um rol de objetos culturais juridicamente válidos.

A segunda ideia seria de buscar uma definição *in abstracto* para enquadrar ou não algo que se revele direito cultural e a terceira ideia seria a de categorizar os direitos culturais, respeitando-se a definição *in abstracto* sem abandonar a ideia de especificações concretas.

De outro modo, o Professor (Silva, 2009) ao tratar sobre os arts. 215, 216 e 216-A, diz que os direitos culturais são os direitos de criação, acesso, difusão, liberdades culturais para criação, manifestação, além do direito de formar o patrimônio cultural de proteger esse direito.

Por outro lado há uma tendência de que tudo isso não sejam só direitos, mas categorização. A ideia do Professor (Cunha Filho, 2018), resumidamente, está posta em três tríades.

A primeira traria as artes, as memórias coletivas e os fluxos de saberes. A segunda envolveria a localização no tempo e no espaço, pois a partir do passado teríamos a dimensão do presente e dos cuidados no futuro.

A terceira tríade envolveria os objetivos, visto que nem toda manifestação cultural corresponde a um direito cultural, pois, para corresponder a um direito cultural uma manifestação cultural tem que ter objetivos vinculados à dignidade humana no mais amplo sentido, dos outros seres que convivemos e no espaço que vivemos, observando a mãe terra e de que somos integrantes do universo, além de nos desenvolvermos enquanto seres humanos e de propiciar a paz.

Refundação garantista

Desta forma, pergunta-se: Qual o papel do garantismo constitucional para fazer valer os Direitos Culturais diante de um hiperpresidencialismo brasileiro?

Observemos, portanto, que a refundação garantista da separação dos poderes é uma abordagem que busca fortalecer e preservar a independência de cada um dos poderes do Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Essa ideia se baseia na premissa de que a separação dos poderes é essencial para garantir a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e evitar abusos de poder.

Para essa refundação garantista, é importante que cada poder seja capaz de exercer suas funções de forma autônoma e sem interferências indevidas.

Isso implica em respeitar os limites impostos pela Constituição e pela lei, além de garantir a independência do Judiciário em relação aos demais poderes, evitando pressões externas que possam comprometer a imparcialidade dos julgamentos, a fim de se evitar o hiperpresidencialismo.

Observe-se Gargarella:

Ou seja, (...) a matriz de poder definida no século XIX permanece essencialmente intocada, razão pela qual a organização política limitadora da liberdade, concentradora do poder, verticalista, hiperpresidencialista, organizada desde meados do século XIX, converte-se, de imediato, em uma das piores ameaças à reivindicação de expansão das liberdades, que por diversas vezes impulsionou movimentos reformistas. O que é pior: é uma ameaça que vem do epicentro da Constituição. (Gargarella, 2015)

Além disso, a refundação garantista busca fortalecer os mecanismos de freios e contrapesos entre os poderes, de forma que um possa controlar e equilibrar o exercício do poder pelo outro. Isso significa que o Legislativo deve fiscalizar as ações do Executivo, o Judiciário deve controlar a legalidade das decisões tomadas pelos outros poderes e o Executivo deve respeitar as decisões do Judiciário.

O objetivo dessa refundação é promover um sistema político mais justo, transparente e democrático, que respeite os direitos e liberdades individuais dos cidadãos. Assim, cada poder atua como um contrapeso para evitar o absolutismo ou a concentração excessiva de poder em uma única instituição ou pessoa.

Em resumo, a refundação garantista da separação dos poderes visa fortalecer a independência e a harmonia entre os poderes do Estado, assegurando que cada um deles exerça suas funções de forma autônoma, respeitando os limites constitucionais e garantindo a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Para isto, há que se admitir que tais direitos culturais estejam na esfera dos direitos sociais, observando-se, as *funções de garantia*, cuja fonte de legitimação é a lei, compreendendo-se o que não pode ser objeto de deliberação (esfera do *indecidível* – Ferrajoli), tendo na dimensão primária a garantia negativa dos direitos de liberdade e na segunda dimensão a garantia positiva dos direitos sociais, não se esquecendo das *funções de governo* que ocupam o espaço de deliberação, no qual o ordenamento jurídico é ampliado pela lei.

Le funzioni di governo corrispondono allo spazio della politica, i cui parametri di valutazione sono l'efficienza e l'utilità dei risultati ottenuti dal punto di vista degli interessi generali e le cui fonti di legittimazione sono perciò la rappresentanza politica e il consenso. Le funzioni di garanzia corrispondono in esse allo spazio della giurisdizione e dell'amministrazione vincolate all'applicazione sostanziale della legge, i cui critério di valutazione e la cui fonte di legittimazione consistono nel corretto accertamento dei presupposti legali del loro esercizio. (Ferrajoli, 2022)

Portanto, numa visão do garantismo de (Ferrajoli, 2022), conforme este trabalhou no texto *Iure Paria*, as discussões acerca dos direitos culturais não deveriam estar à disposição dos governos, sendo estas funções de garantia, conforme já dito, pois não se deveria restringir ou minorar os direitos, ante o acento constitucional assegurado.

Igualmente haveria que se fortalecer o papel de um Congresso Nacional efetivamente atuante, desde que este não restringisse direitos fundamentais ou salvaguardas de direitos e afins através de emendas constitucionais, diminuindo-se os poderes do Presidente da República, especialmente no tocante à iniciativa das medidas provisórias, inobstante o Chefe do Executivo possuir iniciativa legislativa, sem se olvidar do controle do Poder Judiciário e o infundável debate sobre ativismo versus judicialização, buscando um novo conceito de democracia e constitucionalismo, incluindo a palavra **militante**, cunhada nos anos de 1930 por (Loewestein, 1937) o qual, resumidamente, entendeu que a democracia da República de Weimar falhou devido à falta de atuação contra os movimentos subversivos.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que a democracia constitui um sistema acomodativo de governança, alicerçada na pluralidade de ideias e opiniões políticas.

Tais características, ao mesmo tempo, que promovem a convivência da pluralidade e diversidade, abre também o flanco a movimentos deletérios que podem resultar na erosão ou abolição das instituições e procedimentos intrínsecos a regimes democráticos.

Um exemplo histórico capaz de revelar o modo pelo qual a democracia colapsou sem nenhuma capacidade de reação ou mecanismo proteção é observável na República de Weimar (1918-1933).

Esta se caracterizava por um regime democrático, cujo sistema, alicerçado em procedimentos puramente formais e uma tolerância ilimitada, não foi capaz de resistir à ascensão ao poder do partido nazista pela via eleitoral.

Loewenstein, ao cunhar o conceito de democracia militante, pretendeu fornecer às democracias meios jurídicos-políticos para se defenderem de ações políticas disruptivas a fim de salvaguardar as suas estruturas formais e sua integridade substancial.

O primeiro desafio ao se examinar o conceito de democracia militante é compreender que (Loewenstein, 1937) o formulou com intenção de conter a ascensão do nazismo nas primeiras décadas do século XX.

Este fato é imprescindível para a atualização do conceito e a elaboração de métricas analíticas para enfrentar os atuais movimentos antidemocráticos. Todas as democracias se tornam militantes ao reivindicar o direito de excluir do processo político aqueles que minam a própria democracia. Quaisquer atos ou movimentos com fins e objetivos contraditórios aos fundamentos democráticos podem desencadear mecanismos jurídicos-políticos que fazem parte do repertório da democracia militante.

E eis o seu principal paradoxo: ela pode subverter ou salvaguardar democracias. A democracia militante pretende orientar as políticas dos estados de modo a neutralizar ameaças internas, como partidos políticos antidemocráticos, atos golpistas, extremistas políticos de direita ou esquerda, assim como impedir a incitação à insurreição provocada interna ou externamente. Ao adotar tais medidas contra ameaças disruptivas, regimes democráticos podem incorrer em excessos e abusos que configurem a violação de direitos fundamentais e liberdade políticas, todavia, o limite estará resguardado pela lei, a qual é vinculante, mas também cogente.

A somar, nos termos postos por (Burckhart–Kraus, 2022) a dinâmica do constitucionalismo democrático se inscreveria num contexto de “complexificação”, que implicaria, ao menos, em duas mudanças estruturais: a metodológica e a sua práxis constitucional, mas sempre voltadas aos direitos humanos, de fato, não do faz de conta.

Destaques da Constituição e das suas emendas

Expostas as bases teóricas e legais, pode-se afirmar que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais, bem como protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Ainda a lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais e estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvi-

mento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzirá a defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro, a produção, promoção e difusão de bens culturais, a formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões, a democratização do acesso aos bens de cultura, a valorização da diversidade étnica e regional.

Afirma-se, igualmente, que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais ainda se incluem as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação, cabendo à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem, bem como estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

No tocante aos danos e ameaças ao patrimônio cultural os infratores serão punidos, na forma da lei e, desde logo, restam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, bem como será facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais. Por outro lado, o Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais, fundamentando-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, regendo-se pelos princípios da diversidade das expressões culturais; da universalização do acesso aos bens e serviços culturais, além do fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais, da cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural da integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas, da complementaridade nos papéis dos agentes culturais, da transversalidade das políticas culturais, da autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil, da transparência e compartilhamento das informações, da democratização dos processos decisórios

com participação e controle social, da descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações, da ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

Além de todas estas atribuições ao setor público, não só a Constituição Federal, mas a Emenda Constitucional 71, de 2012, determina a constituição e a estruturação do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação, tendo como base os órgãos gestores da cultura, os conselhos de política cultural, as conferências de cultura, as comissões intergestores, os planos de cultura, os sistemas de financiamento à cultura, os sistemas de informações e indicadores culturais, os programas de formação na área da cultura; e os sistemas setoriais de cultura, deixando para a Lei Federal a regulamentação do Sistema Nacional de Cultura, bem como de sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo, observando-se que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão seus respectivos sistemas de cultura mediante leis próprias.

Conclusão

Conclui-se, com afeto, pois tratamos de Direitos Culturais.

Resumidamente, há um fado de Vinicius de Moraes, o qual diz que as suas lágrimas de amor foram as responsáveis pela criação do mar que separa o Brasil de Portugal.

Hoje, nossas lágrimas descem em razão do desrespeito aos direitos culturais, ignorados como política de estado, mas meramente de governo.

Contudo, este mar que nos separa também nos une na luta pelos valores não só culturais, mas democráticos, republicanos e libertários, na expectativa de que essas águas salguem a Constituição, a fim de que os direitos sociais e culturais venham a vestir as rendas do Alentejo e o Brasil torne-se o imenso Portugal desejado por Chico Buarque, brilhante compositor e escritor brasileiro.

O desafio está posto!

Referências

BURCKHART, Thiago, KRAUS Mariella. Constituição, Direitos Humanos e Democracia: O Direito Constitucional Internacional e os Desafios do Constitucionalismo Democrático. Temas de Direitos Humanos do VII CIDHCoimbra 2022. Coimbra: Basílica, 2022.

COTTOM, Bolfy. Derechos Culturales en México. Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, 2018.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades. São Paulo: SESC, 2018.

DÍAZ, Francisco Javier Dorantes. El derecho a la cultura en México. Ciudad de México: Revista de derechos humanos, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucionalismo-principialista-y-constitucionalismo-garantista/>>. Acesso em: 05/ 09/ 2022.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. Madrid: Trotta, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia. 2ª ed. Roma: Laterza, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Iura Paria, Napoli: Editoriale Scientifica, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Per una Costituzione della Terra. Milano: Feltrinelli, 2022.

GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Katz, Madrid, 2015.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. American Political Science Review, v. 31, n. 3, p. 417-432, 1937.

MÉXICO. Ley General de Cultura y Derechos Culturales. Disponível em: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCDC_040521.pdf>. Acesso em: 09/ 11/ 2023.

GALLIANI, Davide de; PAPA, Anna. Le basi del diritto della cultura. Roma: Aracne, 2010.

PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURBON, Jacques. Droit de la Culture. Paris: Dalloz, 1990.

PRIETO DE PEDRO, Jesús Prieto de. Cultura, Culturas y Constitución. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

SAMPAR, Rene; FACHIN, Zulmar. Teoria do Estado. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Vasco Pereira da. A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura. Coimbra: Almedina, 2007.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES: ITALIA Y SUIZA, CONSTITUCIONES COMPARADAS

Cinzia Cilento

Doctoranda en Derecho Comparado y Procesos de Integración Facultad de Ciencias
Políticas, Universidad de Campania *Luigi Vanvitelli*

Abstract:

Con la aprobación de la Cámara de Diputados, la reforma constitucional n.1/2022 que prevé la modificación de los artículos 9 y 41 de la Constitución Italiana representa un importante punto de inflexión en términos de protección del medio ambiente, de los ecosistemas y de los derechos de los animales. Si bien este logro constituye un referente importante para el constitucionalismo ambiental, es necesario investigar las particularidades de las modificaciones introducidas a la Constitución y su impacto en el proceso de toma de decisiones del legislador con base en la reserva legal establecida. El siguiente artículo propone explorar la protección de los animales integrada en los principios fundamentales del texto constitucional, a través de una comparación de las enmiendas relativas a los artículos 9 y 41 de la Constitución Italiana con las realizadas en 1992 al artículo 120 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, el primer país del mundo en constitucionalizar el principio de dignidad de los animales. A través del estudio comparativo de los dos ordenamientos jurídicos, se examinarán los conceptos de “dignidad”, “integridad” y “criatura” para esbozar la aplicabilidad material a corto plazo y los posibles efectos a largo plazo que pueden razonablemente esperarse como consecuencia de las revisiones al texto constitucional italiano. En este sentido, se propone una comparación visualizando los resultados obtenidos en los años posteriores a la aprobación del artículo 120 de la Constitución suiza.

Palabras clave: Derecho constitucional; Dignidad; Animales; Medio ambiente; Protección.

Consideraciones sobre la Ley Constitucional n. 1 de 11 de febrero de 2022

Con la aprobación final de la Cámara de Diputados, el 9 de marzo de

2022 entró en vigor la Ley Constitucional n. 1 de 11 de febrero de 2022, relativa a las enmiendas a los artículos 9 y 41 de la Carta Constitucional italiana. Específicamente, a través de la remodelación de la Constitución a los parámetros y fuentes del derecho internacional vigente¹, se ha introducido y extendido la protección del medio ambiente, la biodiversidad y los animales. La Ley Constitucional n. 1 representa un punto de inflexión trascendental por dos razones principales: en un sentido estructural, por primera vez se introducen cambios en un artículo perteneciente a la sección “Principios fundamentales” del texto constitucional; En el sentido normativo, inocula nuevas formulaciones enriqueciendo los fundamentos constitucionales en el ámbito de la protección del medio ambiente. Si bien, como se especificó anteriormente, la reforma constitucional en cuestión representa una innovación dada la adecuación del texto constitucional a una legislación ambiental que puede definirse superficialmente como más completa, es necesario evaluar críticamente su contenido a través de un enfoque técnico-científico (Cecchetti, 2021). En este sentido, y anticipándose a una exploración descriptiva de las modificaciones introducidas en el art. 9 y 41, es eficaz desandar algunas de las principales etapas que han contribuido a coronar un proceso jurisprudencial complejo y laborioso. La Constitución italiana, antes de la aprobación de la Ley Constitucional n. 1/2022, no preveía una definición precisa del concepto de medio ambiente y sus posibles componentes (Bartolucci, 2021). Las referencias que han garantizado a lo largo del tiempo una regulación en materia de medio ambiente se expresaron y se expresan, aunque de forma diferente, en los artículos 9, 32 y 117 de la Constitución italiana². El artículo 9, en la primera parte del texto constitucional dedicado a los principios fundamentales que inspiran a la República, contenía una clara referencia al concepto de paisaje, especificando cómo «la República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica. Protege el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la nación» (Art. 9 Costituzione Italiana). Por lo tanto, es evidente que el concepto de medio ambiente no estaba expresamente previsto en el texto constitucional. Teniendo en cuenta la complejidad intrínseca y multidimensionalidad del término medio ambiente en el ámbito jurisprudencial, es necesario destacar la imposibilidad de «[...] una predeterminación en abstracto que puede ser asumida, en su totalidad, como una referencia objetiva de intereses individuales o colectivos que pueden ser protegidos jurídicamente en forma de posiciones jurídicas subjetivas» (Cecchetti, 2021, p. 287), razón por la cual la protección del medio

1 En concreto, se hace referencia al Tratado de la Unión Europea (TUE) y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que pueden identificarse como referencias principales en el ámbito de la protección del medio ambiente y del Derecho europeo en materia de medio ambiente (véanse el artículo 3, apartado 3, del TUE, y el artículo 13 del TFUE).

2 Véase, en particular, la Ley Constitucional. n. 3/2001 en relación con el art.117, segundo párrafo.

ambiente se materializa tanto a través de la aplicación de derechos, como, sobre todo, a través de la intervención del Tribunal Constitucional italiano y es precisamente a través de la interconexión entre jurisprudencia y doctrina que la protección del medio ambiente ha visto y al mismo tiempo representado un camino evolutivo estructurado.

El Tribunal Constitucional ha jugado un rol fundamental y futurista en la enucleación de una noción de medio ambiente derivada del concepto de paisaje, recogido en el art. 9, dando lugar a un sistema de protección basado en la casuística que encuentra su fundamento y justificación en diversas sentencias dictadas a lo largo del tiempo. Entre ellas, las más relevantes en términos de impacto e influencia en el Legislador son las sentencias n. 167/1987, n. 641/1987 y n. 85/2013.³ Con respecto a la sentencia n. 167/1987, el Tribunal Constitucional declaró que «el patrimonio paisajístico y ambiental constituye un valor eminente al que la Constitución ha dado gran importancia (artículo 9, párrafo segundo), imponiendo a la República – a nivel de todos los sujetos que operan en ella y dentro de sus respectivas competencias institucionales, para perseguir el fin principal de la protección»,⁴ destacando así como el paisaje y el medio ambiente representan un valor salvaguardado por las normas constitucionales. De igual relevancia es la sentencia n. 641/1987, relativa a las sentencias de legitimidad constitucional del art. 18 segundo párrafo, de la Ley n. 349/1986 de creación del Ministerio de Medio Ambiente y normas sobre daños ambientales, donde el Tribunal Constitucional reafirmó la importancia de los arts. 9 y 32 y del medio ambiente como elemento determinante de la calidad de la vida. Su protección no persigue fines abstractos naturalistas o estéticos, sino que expresa la necesidad de un hábitat natural en el que el hombre vive y actúa y que es necesario para la comunidad y para los ciudadanos, de acuerdo con valores ampliamente sentidos.⁵ Se entiende así el medio ambiente no solo en su caracterización como paisaje, sino como lugar para la colectividad, poniendo de relieve el valor del medio ambiente como valor constitucional y democrático, concepto reiterado también en la sentencia n. 85/2013, con la

3 Así A. G. Kaminska, *Environmental protection and Italian constitutional reform. Some profiles of interest and critical remarks*, Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie, vol. XV, 2022, 1, p. 73-84, que se refiere a los casos de las sentencias n. 5172/1979, n. 167/1987 y n. 641/1987 en relación con las sentencias del Tribunal Constitucional sobre protección del medio ambiente.

4 Se hace referencia a la sentencia. n. 167/1987 por el que el Tribunal Constitucional italiano se pronunció sobre las sentencias sobre la legitimidad constitucional del art. 3 de la Ley n. 898 de 24 de diciembre de 1976 y la Ley de la Provincia Autónoma de Bolzano, aprobada el 22 de octubre de 1981 sobre el “Reglamento sobre ejercicios militares en parques naturales”.

5 Se hace referencia a la sentencia. n. 641/1987 por el que el Tribunal Constitucional italiano se pronunció sobre las sentencias sobre la legitimidad constitucional del art. 18, párrafo segundo, de la Ley n. 349, de 8 de julio de 1986 (por la que se crea el Ministerio de Medio Ambiente y se dictan normas sobre daños medioambientales).

que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la legitimidad constitucional de los arts. 1 y 3 de la Ley de 24 de diciembre de 2013, n. 231, por el que se establecen disposiciones urgentes para la protección de la salud, del medio ambiente y de los niveles de empleo, en caso de crisis en los establecimientos industriales de interés nacional estratégico. El medio ambiente, una vez más, representa una dimensión social dentro de la cual es ineludible salvaguardar el derecho a la salud, regulado por el art. 32 del texto constitucional. Del mismo modo, el art. 117 Const. representó una piedra angular dentro de la sentencia antes mencionada, interpretado en relación con el art. 32 con el fin de subrayar la importancia de la protección del medio ambiente y del ecosistema, materia sujeta a legislación exclusiva del Estado, y la protección de la salud, sujeta a la potestad legislativa compartida entre el Estado y las Regiones. Según la sentencia del Tribunal Constitucional, es «necesario garantizar un equilibrio continuo y recíproco entre los principios y los derechos fundamentales, sin pretensiones de absoluta para ninguno de ellos. Por lo tanto, la calificación de los valores del medio ambiente y la salud como primarios significa que no pueden ser sacrificados a otros intereses, incluso si están protegidos constitucionalmente, no que se coloquen en la cima de un orden jerárquico puro» (Merlin, 2022, 63). Por tanto, la disciplina jurídica ha guiado y orientado la Corte a lo largo de los años hacia una protección cada vez más rigurosa del medio ambiente, razón por la cual las modificaciones introducidas en los artículos 9 y 41 son decisivas para «proporcionar a los legisladores las coordenadas y limitaciones fundamentales sobre las que construir las políticas ambientales» (Cecchetti, 2021, p. 289). En otras palabras, «la protección basada en los nuevos artículos 9 y 41 permitirá al juez constitucional de identificar una referencia textual que puede ser utilizada como fórmula para la valoración de las leyes que pueden ser invocadas en la sentencia de constitucionalidad, de otra manera limitada a perfiles de arbitrariedad manifiesta» (Merlin, 2022, p. 64). A pesar de las parciales evaluaciones positivas atribuibles a la reformulación de los artículos 9 y 41, es indispensable un examen que tenga como objeto no ya el concepto de ambiente y sus declinaciones, sino el tercer párrafo del art. 9 que expresa: «La ley del Estado regula los modos y las formas de tutela de los animales»⁶.

La protección de los animales en la Constitución italiana

Como se mencionó anteriormente, entre las principales innovaciones introducidas por la Ley Constitucional n. 1/2022 en el texto constitucional se encuentra la inserción de dos nuevas disposiciones en el art. 9: la primera relativa a la protección del medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas; la segunda perteneciente a la reserva legal prevista para la protección de

6 A continuación, se presenta el texto del nuevo artículo 9 de la Constitución italiana, tercer párrafo, que sigue a la Ley Constitucional n. 1/2022.

los animales. La adaptación de los principios fundamentales a los derechos conexos al aparato humano del medio ambiente y en el medio ambiente representa, por una parte, el objetivo de un desarrollo progresivo y notable en materia ambiental y, por otra, deja lugar a valoraciones críticas y contradictorias, especialmente en lo que respecta al componente “no humano” del medio ambiente⁷.

La protección de los animales se trasplanta en el texto del artículo 9 de manera peculiar y divergente con respecto a la protección del medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, es decir, quedando literalmente marginada con respecto al texto del artículo en su totalidad: de hecho, se afirma que «la operación de separar de la protección del medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas la simple protección de los animales, sin ninguna especificación sobre la “sensibilidad” que los caracteriza al imponer un “respeto” particular, se corre el riesgo de confundir el mapeo de los valores constitucionales cuya positivización se propone» (Cecchetti, 202, p. 304). Existe, por tanto, una ruptura sustancial de la protección medio ambiental, entendida en sus diversos componentes, por la protección de los animales, un desapego que lleva a la asunción o al menos a implicar una escala de valores claramente discordante en materia de defensa y salvaguarda.

No obstante, es necesario considerar la hipótesis de que el componente animal del concepto de biodiversidad se resume en la categoría de “especies animales”, mientras que la disposición relativa a la “protección de los animales” hace hincapié en la individualidad de los propios animales, excluyendo una generalización indebida y protegiendo al mismo tiempo sus derechos como seres vivos individuales (Mucci, 2022). El resultado, por tanto, es una diferenciación no sólo en términos puramente semánticos, sino una clara discrepancia en relación con el tipo de protección garantizada. Si para la “biodiversidad” y los “ecosistemas” existe una cobertura constitucional puntual y transparente, para los “animales” la presencia de una reserva de derecho estatal representa en cambio «una clara indicación del hecho de que de los métodos de protección -y tal vez también de su *ratio*- en realidad, no se puede deducir ninguna novedad concreta de la nueva disposición constitucional» (Mucci, 2022, p. 449). Otra posible consideración relativa a la separación entre la protección de la biodiversidad y la de los animales, hace referencia específica a la reserva jurídica prevista para la protección de los animales, introducción que presumiblemente es el resultado de un compromiso alcanzado como efecto de intenciones convergentes, pero no homogéneas en su formulación. De hecho, la reserva de ley actúa como una distracción

7 Así, F. Mucci, *Dal diritto internazionale alla Costituzione italiana: per una tutela dell'ambiente inevitabilmente antropocentrica ma ecologica, lungimirante e coerente*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2022, que define “no humano” el componente ambiental relativo a las especies animales y a los animales incluidos en una visión del medio ambiente que es a la vez antropocéntrica y ecológica.

dentro de una disposición cuyo contenido no es íntegramente manifiesto y lineal: si bien la sensibilidad de los animales puede derivarse como implícita, la misma no se expresa de modo plenamente escrupulosa. Por otra parte, la utilización de un mecanismo como la reserva de ley para la protección de los animales, pone de manifiesto una incoherencia intrínseca: «se trata de una reserva de ley que no parece responder en modo alguno ni en ningún aspecto a la función de garantía propia de las reservas de ley contenidas entre los principios fundamentales o en la primera parte de la Constitución», representando así un caso aislado y excluyente que «debió encontrar su ubicación topográfica más adecuada dentro del artículo 117, inciso segundo, de la Constitución» (Cecchetti, 2021, p. 304). Por otro lado, entre los elementos que reflejan un apreciable intento de adaptar la Carta Constitucional a través de la reforma constitucional relativa a las modificaciones de los artículos 9 y 41 a lo que son los estándares europeos e internacionales sobre la protección de los animales⁸, se encuentra el reconocimiento de la existencia de intereses específicos que caracterizan al mundo animal y las múltiples interconexiones con los seres humanos, tanto desde un punto de vista puramente económico-comercial, como en lo que se refiere a la colocación en el medio doméstico de los propios animales, incluidos los directamente sometidos a explotación humana, conocidos como animales de granja. Por lo tanto, queriendo entender el componente “no humano” del medio ambiente como una agrupación de seres sintientes, la disposición introducida como tercer párrafo del art. 9 de la Constitución garantiza la protección constitucional e impone «el abandono de las perspectivas tradicionales y ya no adecuadas del animal como mero bien jurídico o como objeto de derechos» (Cecchetti, 2021, p. 303).

A la luz de estas consideraciones, es natural repensar el concepto de derecho de los animales, cuestionando la posibilidad/necesidad de conferirles derechos subjetivos y haciendo aplicable el concepto de dignidad animal. Con respecto a la transferencia de derechos subjetivos a los animales, actualmente existe una enérgica división entre la jurisprudencia, fenómeno que inevitablemente ha generado perspectivas comprensiblemente divergentes sobre el tema. Si una sección significativa de juristas y académicos italianos sostiene la pertinencia de la atribución de derechos subjetivos a la esfera animal, por otro lado, la misma operación parece ser fuertemente rechazada por quienes sostienen la exclusividad del derecho subjetivo entendido en sus componentes esenciales como el interés, la voluntad, la declaración y la reclamación, elementos no atribuibles al mundo animal⁹. A pesar de la persistencia de opiniones diametralmente opuestas, ha habido varios ejemplos de constituciones y regulaciones virtuosas en el campo de la protección animal,

8 Consulte, en particular, el artículo 3 TUE, apartado 3, y el artículo 13 TFUE.

9 Remitirse al estudio de S. Castignone, *I diritti degli animali. Un problema aperto*, in *Emotività animali. Ricerche e discipline a confronto*, 2013.

las mismas a menudo apoyadas por los intentos de la doctrina de proporcionar una interpretación que se colocó como un medio entre las dos corrientes. Cabe mencionar la doctrina alemana, que ha intervenido en el fondo de la cuestión mediante la formulación de una definición omnicompreensiva, a saber, los animales entendidos como «criaturas jurídicas, es decir, como seres que, aunque no son titulares de derechos por derecho propio, poseen, sin embargo, una pertinencia y una profundidad jurídica propias, tales que los sitúan como una vía intermedia entre los sujetos de derecho activos y los sujetos pasivos, es decir, los simples destinatarios de los derechos» (Castignone, 2013, p. 26). Mirando las constituciones más vanguardistas en el campo de la protección de los animales, es necesario subrayar y analizar la importancia de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, el primer país del mundo que ha incluido el concepto de dignidad animal en la carta constitucional, y que ahora es objeto de un enérgico debate a partir de las enmiendas introducidas en la Constitución italiana.

Los conceptos de “integridad”, “dignidad” y “criatura” en la Constitución Suiza

La Constitución de la Confederación Suiza, como ya se ha mencionado, es un ejemplo virtuoso en el ámbito de la protección de los animales. A través de un referéndum nacional celebrado en 1992 a raíz de una propuesta de enmienda del art. 120 de la Constitución, por iniciativa del pueblo, Suiza se convirtió en el primer país del mundo en introducir el concepto de “dignidad” de los animales en la Carta Constitucional, concretando la intención expresada en las urnas por la mayoría de los cantones suizos de aumentar el régimen de protección y salvaguardia de las especies animales, específicamente con respecto a la experimentación médica y genética¹⁰. El nuevo artículo 120 establece: «Los seres humanos y el medio ambiente en que viven deben ser protegidos contra el uso indebido de la ingeniería genética. El gobierno federal legisla sobre el uso de material reproductivo y genético derivado de animales, plantas y otros organismos. Al hacerlo, tiene en cuenta la dignidad de los seres vivos (*Würde der Kreatur*) y la seguridad de los seres humanos, los animales y el medio ambiente, y protege la diversidad genética de las especies animales y vegetales» (Constitución Federal Suiza, art. 120). Aunque la reformulación del art. 120 constituye objetivamente una conquista para la jurisprudencia suiza, es necesario recorrer algunas de las principales etapas en el campo de la protección de los animales que han caracterizado y distinguido la historia del derecho suizo. Ya en 1893, la población suiza, es decir, la mayoría de los ciudadanos suizos expresó una opinión favorable

10 Remitirse al estudio de M. Michel & E. S. Kayasseh, *The legal situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back – Many Steps to go*, Journal of Animal Law, Vol. VII, 2011.

a la introducción de una prohibición constitucional del sacrificio de ganado, que estipulaba que era imposible sacrificar, independientemente de la forma, a los animales que no hubieran sido debidamente aturdidos incluso antes de ser sometidos a sangrado. La participación de la comunidad suiza en las urnas dio lugar a la reformulación del art. 25 bis (el mismo se reformará posteriormente como art. 80) que prevé la aplicación de la legislación federal sobre la protección de los animales, en particular en lo que se refiere al sacrificio en mataderos, la tenencia y el transporte de los propios animales¹¹. Teniendo en cuenta el alcance vanguardista de las disposiciones contenidas en el art. 25 del texto constitucional, es incontestable el interés ejercido por la comunidad suiza desde los años inmediatamente posteriores a la primera revisión de la Carta Constitucional (1874) en el ámbito de la protección del medio ambiente, peculiaridad que puede representar una clara y sustancial diferencia con respecto a lo ocurrido en el ordenamiento jurídico italiano. Posteriormente, en 1973, la protección de los animales en Suiza fue objeto de nuevos cambios en términos de reglamentos y legislación: el gobierno federal asumió amplios poderes sobre la protección de los animales, señalando que el legislador suizo detenía el poder de autorizar y promulgar leyes relativas a la protección de los animales y al mismo tiempo estaba obligado a hacerlo. Con el fin de «garantizar el bienestar animal como una tarea federal [...] sentando las bases para una reglamentación nacional uniforme en toda Suiza» (Bolliger, 2016, p. 317). La protección de los animales, regulada por disposiciones constitucionales, se elevó así a valor constitucional, aspecto que permitió la inviolabilidad y la extensión generalizada de la protección animal a toda la Confederación, resultando a la vez objeto de interés público y empeño nacional a perseguir. A la luz de las modificaciones de 1973, en 1978 se redactó la primera Ley Federal de Protección de los Animales de Suiza¹², reformulada primero en 1981 y luego en 2005, teniendo como peculiaridad la aplicación de medidas destinadas a la protección de los animales y, en particular, a la dignidad de los animales, concepto que vuelve a distinguir entre la Confederación Suiza y los ordenamientos jurídicos del mundo¹³. Es,

11 Parte del texto del art. 25 bis, reformulado posteriormente en el art. 80 cuyo texto íntegro, traducido en español es el siguiente: «La Confederación dictará reglamentos sobre la protección de los animales. En particular, regula: a. la tenencia y el cuidado de los animales; b. experimentos e intervenciones con animales vivos; c. el uso de animales; d. la importación de animales y productos de origen animal; e. comercio y transporte de animales; f. la matanza de animales. Los cantones son responsables de la aplicación de los reglamentos, en la medida en que la ley no los reserve a la Confederación», como se expresa en la Constitución Federal de la Confederación Suiza, 18 de abril de 1999, situación 1 de enero de 2021.

12 TSchG es la sigla de Tierschutzgesetz, traducido del alemán al español como Ley Federal para la Protección de los Animales, cuya versión actual se refiere a la entrada en vigor de la Ley el 16 de diciembre de 2005.

13 Remítase al estudio M. Michel & E. S. Kayassch, *The legal situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back – Many Steps to go*, Journal of Animal Law, Vol. VII, 2011.

por tanto, inequívoca la función de dirección y orientación, en cuanto a la enucleación y promulgación de reformas, ejercida por una disposición de rango constitucional que tiene como contenido las proposiciones que le conforman conceptos como “dignidad”, “integridad” y “criatura”. De manera similar a lo que está ocurriendo en Italia como resultado de la Ley Constitucional n. 1/2022 sobre la caracterización de los animales como seres sintientes con referencia al art. 9 de la Constitución, en Suiza la introducción del concepto de dignidad y las múltiples interpretaciones posibles del mismo, ha desencadenado a lo largo de los años un acalorado debate de orden jurisprudencial epistemológico. De hecho, el uso del término “dignidad” en la Carta Constitucional Federal, así como en otras leyes suizas inferiores, ha generado muchas dificultades en la comprensión y aplicabilidad de las propias normas, empezando por la necesaria superación de las barreras lingüísticas que caracterizan a la Confederación: «[...] mientras que en la versión alemana se utiliza la expresión *Würde der Kreatur*, en la versión francesa se habla de *intégrité des organismes vivants*» (Michel, Kayasseh, 2011, p. 4), consideración sobre la que se ha pronunciado la Comisión Federal de Ética de la Biotecnología en el Sector No Humano (ECNH)¹⁴ al hacer una distinción entre los términos “dignidad” e “integridad” y posteriormente pide una formulación homogénea de las declaraciones en las versiones traducidas de la Carta Constitucional. Con respecto al significado del término “dignidad” y el derecho de los animales a poseerla, el Tribunal Supremo Federal suizo ha eliminado cualquier duda o perplejidad, definiendo la dignidad de las especies animales como un factor intrínseco de su naturaleza: la dignidad de los seres humanos y la dignidad de los seres vivos comparten el mismo significado jurídico y la misma esencia; Por lo tanto, la protección y la salvaguardia son derechos inviolables garantizados a ambas categorías. A pesar de que la interpretación de la Corte Suprema enfatiza fuertemente la relevancia y existencia de la dignidad de los animales, la doctrina suiza predominante mantiene en varios frentes una necesaria diferenciación entre la dignidad de los seres humanos y la de las especies animales. Específicamente, mientras que la dignidad humana es un valor inviolable y no sujeto a intereses superiores, la dignidad animal admite violaciones especialmente en casos relacionados con la seguridad del ser humano, traicionando así lo especificado en el artículo 120 de la Constitución. Es evidente, por tanto, que el concepto de dignidad tiene un peso específico extremadamente relativo, cambiando su valor si se vincula con el ámbito animal y con el humano. Precisamente en virtud de lo que se ha especificado que incluso los conceptos de “criatura” e “integridad” adquieren significados divergentes. El término “criatura” hace una cla-

14 ECNH sigla para el Comité Federal de Ética en Biotecnología No Humana de Suiza, creado por el Consejo Federal Suizo en abril de 1998 como una comisión federal extra-parlamentaria con el objetivo de garantizar el campo de la biotecnología y la ingeniería genética en el campo no humano.

ra distinción entre los seres animales vivos, aunque sintientes, y los seres humanos, los últimos poseedores de una moral filosófica que se remonta al concepto de dignidad entendida en sus múltiples componentes, característica a través de la cual se realiza el derecho positivo y asume un rol orientador en lo que respecta a la protección de los derechos humanos fundamentales. Del mismo modo, el concepto de “integridad” es también una peculiaridad que sólo puede encumbrar al ser humano, ya que es capaz de actuar según su propia determinación, por lo que una violación de la integridad no corresponde necesariamente a una violación de la dignidad (Bolliger, 2016). En estos términos que el Tribunal Supremo Federal suizo se expresó en octubre de 2009 a través de las sentencias n. 135 (2009) II 385 y n. 135 (2009) II 406, anulando las posiciones inicialmente sostenidas respecto a la introducción del concepto de dignidad de los animales en la Carta Constitucional. En materia de experimentación con animales, el Juez de las leyes ha declarado de hecho que «aunque la dignidad de los animales no pueda ni deba equipararse a la de los humanos, esto requiere que las criaturas naturales, al menos hasta cierto punto, sean consideradas y valoradas como seres de igual nivel con respecto al hombre. La endogamia entre la dignidad de los animales y la de los seres humanos puede verse con especial referencia a los primates no humanos»¹⁵. A través de la sentencia del Tribunal, es posible constatar que, a lo largo de los años, la atención a la protección y preservación de los animales y su condición en el ordenamiento jurídico suizo no ha representado un proceso evolutivo constante, sino que refleja una tendencia decididamente torنادiza y fluida, «firmemente anclada en una perspectiva antropocéntrica y económica» (Fossati, 2021, p. 117). Al mismo tiempo, la revisión de la Ley Federal de Protección de los Animales en 2005 y la Ordenanza de Protección de los Animales (TSchV)¹⁶ en 2008 son sintomáticas de un cambio de rumbo jurisprudencial: mientras que en 1978 se hizo perseverancia en el concepto innovador de la dignidad de los animales previsto en la Constitución Federal, treinta años más tarde se introdujeron en la TSchG evaluaciones incongruentes del derecho a la vida de los animales. El artículo 26, apartado 1, letra d) establece: «Toda persona que, intencionadamente, inflija dolor, sufrimiento o lesiones a un animal, o lo ponga en un estado de ansiedad,

15 Parte del texto, traducido del inglés al español, de la sentencia n. 135 (2009) II 385, citada en M. Michel y E. S. Kayasseh, *The legal situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back – Many Steps to go*, Journal of Animal Law, Vol. VII, 2011, p. 10. La citación completa: «La dignidad de los animales no puede ni debe equipararse con la dignidad humana. De hecho, esto requiere que las criaturas naturales, al menos hasta cierto punto, sean consideradas y valoradas como de la misma estatura que los humanos. La consanguinidad existente entre la dignidad de los animales y la de los seres humanos puede observarse en particular con respecto a los primates no humanos».

16 TSchV son las siglas de Tierschutzverordnung, traducido del alemán al español como Ordenanza de Protección de los Animales, cuya versión actual hace referencia a la redacción original del 23 de abril de 2008 por orden del Consejo Federal Suizo.

sin que ello sea necesario para lograr el fin previsto, será castigada con pena de prisión de hasta tres años o con multa». ¹⁷ Por lo tanto, se pone en objeto de juicio la protección de la vida animal, justificando jurídicamente los actos de violencia ejercidos por los seres humanos con un fin que puede calificarse permisible y/o necesario, por ejemplo, en circunstancias de emergencia. Es evidente que la atribución del valor que representa el concepto de dignidad y la posibilidad de no incurrir en sanciones pecuniarias y coercitivas cuando se llevan a cabo acciones violentas contra los animales representan disposiciones extremadamente contrastantes, ambigüedades capaces de poner de relieve una vez más una dimensión decididamente antropocéntrica de la protección del medio ambiente y de los animales.

Aplicabilidad y distorsiones del bienestar animal: una comparación de constituciones

A la luz de las consideraciones precedentes sobre las reformas constitucionales introducidas en el arts. 9 y 41 de la Constitución a través de la Ley Constitucional n. 1/2022 y las relativas a la legislación suiza, en respecto al art. 120 de la Constitución Federal y de la Ley de Derechos Humanos, es razonable hacer algunas reflexiones. En primer lugar, parece posible compartir el punto de vista propuesto por varios académicos y juristas italianos, según el cual la reforma constitucional puede definirse como “tímida”, ya que es susceptible de innovación formal, pero al mismo tiempo exigua y incongruente en el plano sustantivo. Con referencia específica a la protección de los animales y, por lo tanto, al nuevo artículo 9, la intención del legislador constitucional es clara al querer enfatizar la importancia de la salvaguardia y protección de los animales a través de disposiciones constitucionales, sin embargo, mantenga una imagen confusa dada la reserva de ley impuesta y la diferenciación que se hace entre animales sintientes y especies animales agrupadas bajo el término “biodiversidad”. Para demostrar la irresolución que caracteriza a la reforma constitucional, existe la convicción de que la introducción de proposiciones léxicamente explícitas en materia ambiental corresponde a una realización inmediata de la misma, descuidando la ne-

17 Parte del texto del art. 26 TSchG, concretamente el apartado 1d, traducido del inglés al español. El siguiente es el texto íntegro del art. 26 TSchG: «Se impondrá una pena privativa de libertad no mayor de tres años o una multa a quien: a. maltrate intencionalmente a un animal, lo descuide, lo ejerza innecesariamente o atente contra su dignidad; b. mata animales con crueldad o por celia; c. organiza peleas entre animales o con ellos, en las que son maltratados o asesinados; d. durante la realización de experimentos inflija dolor, sufrimiento o lesiones a un animal, o lo coloque en un estado de ansiedad, sin que ello sea necesario para lograr el objetivo previsto; e. abandona o suelta un animal que tenía en casa o en la granja, con la intención de deshacerse de él. Si el infractor ha actuado negligentemente, la sanción es una multa de hasta 180 tarifas diarias», según se expresa en la TSchG tras la enmienda n. I de la Ley Federal de 15 de junio de 2012, en vigor en Suiza desde el 1 de enero de 2013.

cesidad de ser «[...] Conscientes de que la implementación concreta en el ordenamiento jurídico exige proceder a reformas radicales de los aparatos organizativos, así como de los procesos de toma de decisiones que constituyen la condición previa indispensable para la conformación de las políticas y acciones públicas a las necesidades de protección, puede asumir realmente los rasgos de eficacia y continuidad/estabilidad» (Cecchetti, 2021, 313). Haciendo una comparación con la experiencia suiza, es posible plantear la hipótesis de una mejora a corto plazo de las políticas y acciones públicas en el ámbito de la protección animal, teniendo que considerar, además, la fuerte ola *green* que está dirigiendo cada vez más los sistemas jurídicos mundiales hacia una mayor sensibilidad hacia el derecho ambiental en virtud del cambio climático. Lo ocurrido en la Confederación Suiza, primero con la Constitución y luego con la TSchG, hace creíble la tesis de que la consideración de los seres vivos pertenecientes al ámbito animal depende estrictamente de la seguridad y la salud humanas: una demostración son los resultados del referéndum relativo a dos iniciativas populares suizas que se remontan a febrero de 2022: la primera propone la prohibición de la experimentación animales y de la importación de productos manufacturados¹⁸; la segunda en apoyo de los derechos de los primates y de su integridad física y mental, ambos rechazados por la comunidad suiza¹⁹. El 13 de febrero de 2022, una clara mayoría de los votantes (79 %) votó en contra de la iniciativa popular de prohibir la experimentación con animales, argumentando la necesidad de realizar pruebas médico-científicas con animales para salvaguardar la salud humana, una afirmación que ya había sido ampliamente respaldada en tres ocasiones anteriores, respectivamente en 1985, en 1992 y 1993 con una participación electoral que osciló entre el 56% y el 72%.

Una prospectiva antropológico-sociológica para analizar los resultados del referéndum relacionados con la iniciativa popular en cuestión se remonta a la pandemia de Covid-19, que ha golpeado duramente a Europa desde enero de 2020. Según algunos estudios realizados²⁰, la expansión del corona-

18 Iniciativa popular del 18.03.2019 “Sí a la prohibición de los experimentos con animales y humanos – Sí a los enfoques de investigación que promueven la seguridad y el progreso” por votación popular el 13.02.2022, porcentaje de votos a favor del No: 79,1%; porcentaje de votos por el Sí: 20,9%. Por lo tanto, se rechazó el objeto de la iniciativa. Datos consultados a través de la página web: www.bk.admin.ch.

19 Iniciativa popular federal “Derechos Fundamentales para los Primates”, promovida por *Sentience Politics* en 2016, con votación popular el 13.02.2022 en Basilea, Suiza, porcentaje de votos por el No: 74,4%; porcentaje de votos por el Sí: 25,6%. Por lo tanto, se rechazó el objeto de la iniciativa. Datos consultados a través de la página web: www.bk.admin.ch.

20 En particular, L. Genzel, R. Adan et al., *How the COVID-19 pandemic highlights the necessity of animal research*, *Current Biology*, Vol. 30, 2020; B. Williams, *Public attitudes to animal research under COVID-19*, *Understanding Animal Research*, 2020; F. Crettaz von Roten & M. W. Bauer, *Votes show Swiss public still supports some animal research*, *Nature*, 603, 578, 2022 y G. Davies, R. Gorman et al., *The social aspects of genome editing: publics as stakeholders, populations and participants in animal research*, *Lab Anim*, 2022.

virus y la consecuente necesidad de encontrar una respuesta científica capaz de frenar su propagación ha desencadenado un fenómeno de reconsideración ética con respecto a la experimentación animal en el ámbito médico por parte de la población mundial. El desarrollo de vacunas «[...] medicamentos y fármacos utilizados para mitigar las consecuencias de la infección por SARS-Cov2 compatible con el cuerpo humano, representó el producto resultante de experimentos con animales» (Petetta, Ciccocioppo, 2021, p. 6), evidencia que probablemente se traduzca en intención de voto y expresión individual en las urnas. Además, el 13 de febrero de 2022, los ciudadanos de Basilea participaron en un referéndum sobre la iniciativa popular lanzada por *Sentience Politics*²¹ relativa a la formulación de una enmienda para garantizar los derechos fundamentales de los primates, un proyecto que no recibió apoyo en las urnas: el 74,7% de los votantes expresó una opinión negativa. El resultado contrario podría estar relacionado con la cuestión de la experimentación con animales, dado el gran número de empresas e investigadores suizos que optan por transferir sus indagaciones a países con regímenes reglamentarios menos estrictos en este ámbito (Sousa, Berezowski, Rüegg, 2021). A pesar de que las consideraciones expuestas hasta ahora sólo pueden plantear superficialmente la hipótesis de las conexiones entre la experimentación animal y la jurisprudencia sobre la protección de los animales, es razonable suponer un cambio con respecto a la importancia atribuida en 1992 al concepto de “dignidad” de los animales, valor objetivamente colocado en un segundo plano con respecto a la salud y la integridad física y moral del ser humano. En segundo lugar, es necesario considerar las diferentes formas de democracia que caracterizan a los dos sistemas jurídicos en cuestión. Mientras que la Confederación Helvética es una democracia directa, la República Italiana es una democracia representativa. Como se ha explicado anteriormente, las iniciativas populares suizas han desempeñado un rol decisivo en el ámbito de la protección de los animales, dictando una lógica *bottom-up* capaz de formular reformas constitucionales, un mecanismo comparable al referéndum propuesto, que actualmente no está previsto por la legislación italiana. Es presumible, por lo tanto, que allí donde existe y sigue militando una forma de participación directa y activa dirigida a la elaboración de leyes, se produce un aumento proporcional correspondiente en términos de productos reglamentarios. La introducción de la protección de los animales en el texto constitucional italiano detiene, sin duda, una connotación positiva, pero ¿puede identificarse como un punto de partida para la creación de una disciplina decididamente más analítica sin que exista una intervención real y pragmática por parte de los ciudadanos? A pesar de las numerosas innova-

21 *Sentience Politics* es un proyecto lanzado en 2014 por la Fundación Altruismo Efectivo. Desde 2017 opera como una asociación exenta de impuestos y tiene como objetivo concienciar sobre la sostenibilidad, la ética animal y la agricultura. Datos consultados a través de la página web: www.sentience.ch.

ciones en el campo de la protección de los animales que han caracterizado el sistema jurídico suizo a lo largo de los años, es plausible suponer que la Confederación se encuentra actualmente en un punto muerto. La introducción de la protección de los animales en el texto constitucional italiano podría interpretarse a la luz de lo que se acaba de ilustrar: la existencia de una disposición de rango constitucional no corresponde necesariamente a su plena aplicabilidad y aplicación, por el contrario, a largo plazo su función como orientación del legislador podría debilitarse, resultando al mismo tiempo en un principio constitucional irreprochable, así como en una dirección nebulosa sujeta a innumerables cambios dictados por la política y la sociedad.

Referencias

BARTOLUCCI, Luca. **Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale.** Osservatorio Costituzionale, vol. 4, 2021.

BOLLIGER, Gieri. **Legal protection of animal dignity in Switzerland: status quo and future perspectives.** *Animal Law*, vol. 22, n. 311, 2016.

CECCHETTI, Marcello. **La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune.** *Forum di Quaderni Costituzionali*, vol. 3, 2021.

CRETIAZ VON ROTEN, Fabienne, BAUER W, Martin. **Votes show Swiss public still supports some animal research.** *Nature*, vol. 603, n. 578, 2022.

CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LA CONFEDERACIÓN SUIZA, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/it>.

CONSTITUCIÓN ITALIANA, <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione>.

DAVIES, Gail, GORMAN et al. **The social aspects of genome editing: publics as stakeholders, populations and participants in animal research.** *Lab Anim*, vol. 56, n.1, 2022.

FOSSATI, Paola. **Animals and Justice: The Unfinished Journey.** *Relations beyond anthropocentrism*, vol. 9, n. 1 2021.

GENZEL, Lisa, ROGER, Adan et. **How the COVID-19 pandemic highlights the necessity of animal research.** *Current Biology*, vol. 30, 2020.

KAMINSKA, Agnieszka Gloria. **Environmental protection and Italian constitutional reform. Some profiles of interest and critical remarks.** *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie*, vol. 15, n.1, 2022.

MERLIN, Angelo. **Rapido sguardo d'insieme sulla legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1 in tema di modifiche agli artt. 9 e 41 della Costituzione.** *Acque Sotterranee – Italian Journal of Groundwater*, 2022.

MICHEL, Margot, KAYASSEH SCHNEIDER, Eveline. **The legal situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back – Many Steps to**

go. Journal of Animal Law, vol. 8, 2011.

MUCCI, Federica. **Dal diritto internazionale alla Costituzione italiana: per una tutela dell'ambiente inevitabilmente antropocentrica ma ecologica, lungimirante e coerente.** Dirittifondamentali.it, vol. 1, 2022

PETETTA, Francesca, CICCOCIOPPO, Roberto. **Public perception of laboratory animal testing: historical, philosophical, and ethical view.** Addict Biol., vol. 26, n. 6, 2021.

SOUSA, Filipe Miguel, BEREZOWKI, John, RÜEGG, Simon. **No clear trends in expatriation of non-human primate research from -Switzerland between 2004 and 2017.** Schweiz Arch Tierheilkd, 2021.

TIERSCHUTZVERORDNUNG, ORDENANZA DE PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/416/de>.

WILLIAMS, Bella. **Public attitudes to animal research under COVID-19.** Understanding Animal Research, 2020.

O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A PERSPECTIVA DA TERRITORIALIZAÇÃO

Mariene dos Santos Pereira

Doutoranda e Mestre em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em Évaluation et Management des Politiques Sociales pela Université Grenoble Alpes - França. Assistente Social no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Resumo:

O presente trabalho visa propor reflexões referente à perspectiva territorial adotada pelo Poder Judiciário Brasileiro. Frente à imprecisão da legislação vigente quanto à lógica territorial adotada pela justiça brasileira, bem como pela disparidade existente entre os estados, e no interior dos estados, nas diferentes comarcas no funcionamento dos órgãos ligados a prestação dos serviços judiciários, compreende-se que cada unidade estabelece seus parâmetros de atuação. Nesse sentido, a proposta deste artigo é responder os alguns questionamentos que surgiram a partir de trajetória profissional e acadêmica da autora e das vivências no cotidiano do Tribunal de Justiça no Estado de São Paulo. O Poder Judiciário brasileiro organiza-se através de uma lógica territorial? Se sim, esta lógica territorial adotada pelo poder judiciário brasileiro é meramente geográfica/espacial? As determinações presentes nos territórios impactam na atuação do poder judiciário? A intervenção do poder judiciário impacta nas dinâmicas territoriais? É possível pensar uma justiça territorializada? Nas considerações finais serão expostas respostas concebidas a partir das análises realizadas até a atual etapa da pesquisa.

Palavras-chave: Tribunal de Justiça; Território; Poder Judiciário; Direito.

O Poder Judiciário brasileiro organiza-se através de uma lógica territorial?

Para iniciar as reflexões sobre o Poder Judiciário, faz-se necessário pontuar que o Brasil constitui-se como um Estado Democrático de Direito, conforme aponta o artigo primeiro da Constituição Federal, que assevera que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrá-*

tico de Direito.

A Constituição prevê ainda, no artigo 2º, a existência dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si. Embora a presente pesquisa irá tratar transversalmente da atuação dos três poderes, o intuito principal é analisar o funcionamento do Poder Judiciário.

A Carta Magna estabelece que a função deste é garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado. Buscaremos nesse item compreender como o sistema de justiça se estrutura territorialmente para conseguir exercer tal função.

O estudo realizado em 2011, intitulado *Justiça infantojuvenil: situação atual e critérios de aprimoramento*, resultante de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ipea, aponta que o mapa da organização territorial da Justiça comum do país, indisponível até então, é uma evidência de que tratar o Judiciário como sistema integrado de prestação de serviços jurisdicionais ao cidadão brasileiro, independentemente de seu local de residência, é algo ainda por consolidar no Brasil.

No sistema Judiciário brasileiro, há órgãos que funcionam no âmbito da União e dos estados, incluindo o Distrito Federal e Territórios. No campo da União, o Poder Judiciário conta com as seguintes unidades: a Justiça Federal (comum) incluindo os juizados especiais federais, e a Justiça Especializada composta pela Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar. A organização da Justiça Estadual, que inclui os juizados especiais cíveis e criminais, é de competência de cada um dos 27 estados brasileiros e do Distrito Federal, onde se localiza a capital do país.

Cabe evidenciar que se a organização da Justiça Estadual cabe aos estados, o primeiro componente a ser evidenciado da lógica territorial adotada é a *divisão administrativa por Estados*, sendo que a gestão e organização dos Tribunais de Justiça serão realizadas a partir da realidade dos Estados e do Distrito Federal, da forma que venha atender as demandas e necessidades daquele estado especificamente.

Ainda no tocante ao estudo mencionado, nele utilizou-se a **comarca** como referência espacial básica, e justificou-se tal escolha a partir do entendimento de que toda a estrutura organizacional da Justiça dos estados tem-na como unidade administrativa e jurisdicional, a qual indica os limites territoriais da competência de um determinado juízo de primeira instância.

A comarca corresponde ao território em que o juiz de primeiro grau irá exercer sua jurisdição e pode abranger um ou mais municípios, dependendo do número de habitantes e de eleitores, do movimento forense e da extensão territorial dos municípios do estado, entre outros aspectos.

Sendo assim, podemos destacar que o segundo componente da lógica territorial adotada pelo Sistema de Justiça brasileiro é atrelada ao *número de habitantes e eleitores* de determinada localidade.

O estudo supracitado indica ainda, que a partir das informações for-

necidas pelos tribunais de justiça das 27 Unidades da Federação (UFs), foi possível elencar as comarcas existentes e sua abrangência jurisdicional (por municípios). A partir daí constatou-se, por exemplo, que as 2.682 comarcas identificadas agregam, em média, 2,07 municípios.

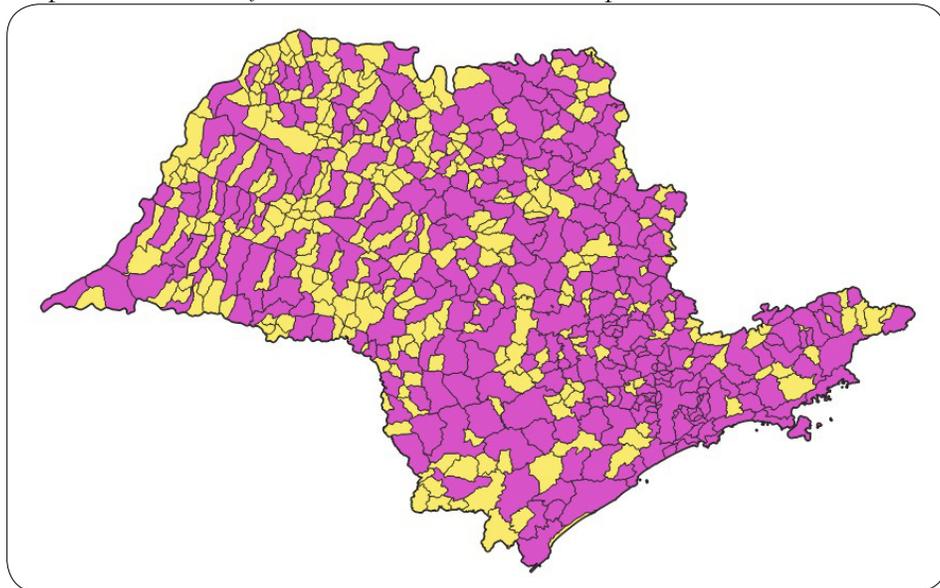
Relação entre o número de comarcas instaladas e o número de municípios abrangidos - Brasil e Grandes Regiões (2009)

Brasil e Grandes Regiões	Número de comarcas	Número de municípios abrangidos	Relação municípios/comarcas
Brasil	2.682	5.565	2,07
Norte	265	449	1,69
Nordeste	1.020	1.794	1,76
Sudeste	713	1.668	2,34
Sul	431	1.188	2,76
Centro-Oeste	253	466	1,84

Fonte: Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do CNJ e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2008).
Elaboração: Ipea.

O estado de São Paulo possui 645 municípios, sendo que destes 326 possuem comarcas instaladas e outros 319 não possuem, ou seja, pertencem a alguma comarca instalada em outro município. Sendo que a relação município/comarca é de 1,97, indicando que 49,45% das cidades do Estado de São não possuem comarca específica, conforme aponta mapa abaixo.

Mapa 01 – Localização das Comarcas nos municípios do estado de São Paulo



Fonte: Elaboração própria

Tais indicadores suscitam o seguinte questionamento: a utilização do critério *número de habitantes* é o suficiente para subsidiar a priorização da ins-

talação das comarcas?

A desigualdade social se expressa de forma mais contundente em municípios de pequeno porte. Onde a presença do judiciário é esvaziada devido à lógica baseada no porte populacional.

“Destaque-se a existência de 27 “judiciários estaduais” encarregados de administrar conflitos e aplicar as leis brasileiras em 2.682 comarcas. Some-se a isto a exacerbação do princípio da autonomia institucional no Judiciário, que faz de cada juiz um órgão singular da Justiça, radicalizando a fragmentação político-administrativa deste poder. Conjugados à grande dimensão territorial brasileira e à enorme desigualdade socioeconômica entre as regiões do país, estes aspectos contribuem para produzir um quadro de considerável disparidade em termos dos equipamentos judiciais disponíveis e dos serviços prestados à população.” (Aquino, 2022, p. 61)

Em resposta à pergunta problematizadora, que pontua se o sistema de Justiça brasileiro organiza-se através de uma lógica territorial, pode-se dizer que sim. Mas essa lógica baseia-se principalmente em dois pressupostos: (I) a divisão administrativa dos estados e (II) número de habitantes e eleitores. Observa-se então que a organização da justiça sob esses moldes, aprofunda as desigualdades sociais e limita o acesso à justiça, visto que trata-se de uma lógica meramente organizacional e administrativa e não territorializada.

A lógica territorial adotada pelo sistema de justiça brasileiro é uma lógica geográfica/espacial?

A argumentação que subsidiará as respostas para esse questionamento partirá do pressuposto de que a lógica adotada pelo sistema de justiça para priorizar a presença/ausência nos territórios e para gestão dos equipamentos judiciais e serviços prestados à população é meramente administrativa e está de costas para as determinações e demandas específicas de cada território.

Essa lógica atende interesses que concernem à administração dos Tribunais de Justiça. Aspecto que pode ser corroborado a partir do exemplo abordado anteriormente que explicita que, em geral, municípios de pequeno porte não apresentam “demanda significativa” que apontem para a necessidade de implantação de uma comarca *in loco*.

No entanto, o fato da comarca estar inserida em determinado território não significa necessariamente que esta atue em perspectiva territorializada, e para avançar na construção dessa ideia, faz-se necessário delimitar a lógica territorial utilizada como categoria de análise na presente pesquisa, compreendida através do conceito desenvolvido por Milton Santos, defendido em documento intitulado “O papel ativo da geografia: um manifesto”, datado de 2000.

Considerar o espaço geográfico não como sinônimo de território, mas como território usado; e este é tanto o resultado do processo histórico, quanto a base material e social das novas ações humanas. Tal ponto de vista permite uma consideração abrangente da totalidade das causas e dos efeitos do processo socioterritorial. (Brandão, 2004: p. 255).

“O espaço geográfico é considerado uma instância social, e o território usado, sua manifestação concreta historicizada. Não se trata de lidar com o território apenas como um enunciado, uma alteridade em relação à sociedade. Ele é a sociedade e não um plano, suporte, palco, onde as coisas acontecem, independentemente dele, como corriqueiramente tem sido tratado na grande maioria dos estudos geográficos. Ou, pior ainda, o território – na maioria dos estudos geográficos – é ausente, ou a geografia é tratada como uma geometria, apenas descrevendo a posição e localização de objetos físicos, sem problematizar seus processos de construção, suas funções, seus usos e significações em relação à totalidade social (Souza e Junior, 2014, p. 187)

A ideia defendida pelos autores reflete primeiramente que a organização da justiça deve ultrapassar a concepção espacial e compreender que a justiça está inserida na totalidade social.

Não é possível pensar a justiça sem compreendê-la como parte da totalidade. Ela é atravessada, é essência, reflexo, é composta e compõe a totalidade social. Sua inserção e atuação no território reflete sua relação de parte com o todo. Nesse sentido, o que esta pesquisa pretende compreender é se, a atuação do Poder Judiciário, compreende como se dá a relação justiça x território. Parte-se do pressuposto que a “Justiça” considera-se um órgão à parte, que usa de seu poder descricionário para julgar o que ocorre em sociedade, mas não se reconhece como co-criador de tal realidade. Realidade esta que é constituída através das relações estabelecidas nos territórios.

O debate geográfico no campo da justiça deve passar, necessariamente, pelo tipo de organização espacial e funcionamento da totalidade social. Nesse sentido, será possível também considerar as relações políticas e econômicas que produzem um território desigual, gerando contradições que são motores tanto das demandas da justiça brasileira contemporânea, quanto da constituição dos conflitos sociais, o que exige o encontro de soluções estruturais. Além de revelar como o Estado contribui para minimizar ou agudizar essas contradições, as formas como estimula ou promove usos do território também são capazes de revelar o nível de consolidação do estado de direito no país (Souza e Junior, 2014)

A experiência profissional no campo sóciojurídico como assistente social me permitiu observar que a forma como cada comarca organiza seu funcionamento não dialoga necessariamente com as determinações dos ter-

ritórios.

Se a função do Poder Judiciário é garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos, como desempenhá-la sem compreender as determinações sociais, políticas, econômicas, culturais, as relações de poder que fazem com que direitos sejam violados e que existam conflitos que culminam na intervenção da justiça?

Tais apontamentos subsidiam a hipótese inicial de que a lógica administrativa que organiza o sistema de justiça nos territórios é pautada meramente na perspectiva espacial/geográfica.

As determinações presentes nos territórios impactam no Sistema de Justiça?

Algumas situações vivenciadas no âmbito da atuação profissional como assistente social no Tribunal de Justiça me geraram inquietações que desencadearam na elaboração da presente pesquisa. Ao ser nomeada em concurso público, tive um diálogo com uma profissional que atua no setor técnico em outra comarca do Vale do Ribeira. Ao dar boas vindas, ela relatou que era positivo o fato de eu ter sido convocada a assumir a comarca de Juquiá-SP¹, pois comparado a outras comarcas da jurisdição essa era mais “tranquila”. Continuou dizendo que no município de Registro, a presença da Defensoria Pública incidia em questionamentos dos laudos elaborados e tornava o trabalho mais difícil. Descreveu também que no município de Pariqueira-Açu, o fato de haver uma população com o “poder aquisitivo” maior, e conseqüentemente com melhores condições de contratar advogados qualificados, também impactava na dinâmica do trabalho.

A profissional mencionou dois aspectos distintos que compõem a realidade nos territórios descritos: (I) A presença da Defensoria Pública, que visa garantir assistência jurídica integral e gratuita àqueles e àquelas que não podem pagar; (II) acesso à renda.

A partir de tais apontamentos surgir uma reflexão em torno da presença/ausência da defensoria no território: o acesso ao direito à defesa nos processos judiciais impacta no trabalho desenvolvido pelas comarcas?

Quanto ao aspecto do acesso à renda outros questionamentos foram suscitados: Os serviços prestados à população no âmbito da justiça variam de acordo com a renda de quem está sendo atendido? Em territórios marcados pelos altos índices de pobreza a justiça é realizada de forma diferente dos que vivem realidade oposta? A qualidade do trabalho desenvolvido pela justiça varia de acordo com o acesso/não acesso à renda?

A primeira hipótese elaborada foi: existem fatores externos que im-

1 Juquiá é um município brasileiro do estado de São Paulo. Localizado na Mesorregião do Litoral Sul Paulista e na Microrregião de Registro. O município é formado somente pelo distrito sede, que inclui o povoado de Cedro. Juquiá localiza-se na microrregião de Registro, Vale do Ribeira, sul do estado.

pactam no trabalho realizado no âmbito da justiça, ou seja, seu funcionamento não é igual em todos os lugares. E a partir de então, passei a pensar quais outros aspectos, além dos dois destacados neste diálogo, impactam nessa organização.

Souza e Junior (2014) destacam que em um estado de direito plenamente consolidado, o alcance das instituições da justiça se daria no território entendido pelo uso que dele fazem os cidadãos, as empresas, as instituições, para garantia de seus direitos universais e exigência do cumprimento das suas obrigações para com a totalidade da sociedade. Afinal, nada levita! Nesse sentido, observa-se um ponto central da análise que se pretende fazer nessa pesquisa. Todo e qualquer órgão da justiça está inserido sob um chão, não levita. Esse chão é ceifado de determinações e é impossível a intervenção no âmbito da justiça não ser atravessado por tais determinações, ou seja, as determinações dos territórios impactam na forma como a justiça atua.

A ideia de determinações neste contexto será utilizada sob a ótica da compreensão em Marx, em que

O concreto é concreto, porque é a síntese de muitas determinações, isto é, unidade do diverso. Por isso, o concreto aparece no pensamento como o processo da síntese, como resultado, não como ponto de partida, embora seja o verdadeiro ponto de partida e, portanto, o ponto de partida também da intuição e da representação. (MARX, 2009, p. 54)

Cada território é ceifado de determinações que compõem a totalidade concreta. Determinações estas de diversas naturezas: políticas, ideológicas, históricas, culturais, sociais, entre outras.

A forma como a justiça atua em um território também é determinada, ou seja, varia de acordo com as determinações ali presentes. Nesse sentido, surge o questionamento: mas isso não seria uma forma territorilizada de atuação? Não. Visto que a sua intervenção não é planejada para atender as particularidades daquele território especificamente.

Boaventura de Souza Santos, em seu artigo intitulado “Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós moderna do direito”(1988) elabora analogia propondo uma comparação entre mapas e direito. Diz ele que o direito, isto é, as leis, as normas, os costumes, as instituições jurídicas, é um conjunto de representações sociais, um modo específico de imaginar a realidade, que tem muitas semelhanças como os mapas.

Em meu entender, o que distingue estas formas de direito é o tamanho da escala com que regulam a ação social. O direito local é uma legalidade de grande escala; o direito nacional estatal é uma legalidade de média escala, o direito mundial é uma legalidade de

pequena escala. Esta concepção tem muitas implicações. Em primeiro lugar, e uma vez que a escala cria o fenômeno estas formas de direito criam diferentes objetos jurídicos a partir dos mesmos objetos empíricos. Usam diferentes critérios para determinar os pormenores e as características relevantes da atividade social regulada. Estabelecem diferentes redes de fato. **Em suma, criam realidades jurídicas diferentes.** (Santos, 1988, p. 49-150)

Se retomarmos a função do Poder Judiciário no Brasil, veremos que é garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado. No entanto, o que se observa é que o trabalho desenvolvido pelas comarcas não coadunam com as necessidades postas no território na perspectiva de garantir e promover direitos, mas sim, no fluxo contrário da sua função, acabam aprofundando as desigualdades sociais, não garantindo o acesso aos direitos sociais básicos, e ainda, subsidiados pelo aparato legal.

A Justiça criminal figura como um grande exemplo neste cenário.

No Brasil, os objetivos do aparato de segurança, na prática, tem sido preponderantemente, sustentar a segurança do Estado, encarcerar jovens negros e pobres para atender o clamor por produtividade policial, “fazer a guerra” contra os suspeitos de envolvimento com crimes – por meio, inclusive, de execuções extrajudiciais – e criminalizar movimentos sociais, reprimindo-os de forma arbitrária. Na medida em que a realização desse objetivo inconstitucional envolve a aplicação seletiva (portanto iníqua) das leis, as quais são refratadas por filtros de cor, classe e território, entre outros -, esse processo reproduz, aprofunda e promove desigualdades sociais. (Soares, 2019, p. 26)

Em resposta à pergunta inicial deste tópico, em que se questiona se “as determinações presentes nos territórios impactam no Sistema de Justiça?”, o que pode-se compreender a partir das aproximações iniciais é que sim, mas não no sentido de promover justiça e garantir direitos, mas sua atuação tem promovido o aprofundamento das desigualdades sociais visto que atende de forma “diferenciada” cada território.

A intervenção da justiça impacta nas dinâmicas territoriais?

Para iniciar as reflexões em torno deste questionamento, partimos do entendimento de que toda decisão tomada no âmbito da justiça impacta nas dinâmicas territoriais.

Segundo Loiola (2022), o poder judiciário tem-se constituído na atualidade como um lócus privilegiado de acesso a políticas públicas. A função política do judiciário é a ampliação do acesso à justiça, a constitucionalidade dos direitos sociais, o fortalecimento de instituições como o Ministério

Público e a Defensoria Pública possibilitou que políticas públicas e direitos sociais fossem reclamados judicialmente.

O Brasil adota o sistema de unicidade jurisdicional, no qual apenas o Poder Judiciário pode, em caráter definitivo, interpretar e aplicar a lei em cada caso concreto, com o objetivo de garantir o direito das pessoas e promover a justiça.

Pensar a atuação do judiciário nesta perspectiva requer que sua intervenção coadune com as demandas por reconhecimento e garantia de direitos que estão postas na realidade cotidiana do território, não apenas na perspectiva individual, mas também da coletivização do acesso à justiça.

A presente pesquisa visa abordar a perspectiva dialética da atuação do Sistema de Justiça, visto que à medida que pretende compreender os impactos das determinações do território no Sistema de Justiça, pretende analisar também de que forma a atuação deste sistema impacta nas territorialidades existentes no território, o entendendo como espaço socialmente produzido e a justiça como coprodutora/cocriada da realidade no território.

Ao pensarmos que o território é relacional, e que, como afirma Raffestin(1993), tais relações se consubstanciam a partir das relações de poder estabelecidas, cabe refletir como o Sistema de Justiça está organizado, como exerce seu poder e como este se expressa nas territorialidades construídas.

A partir desta análise o território é a expressão material e espiritual do espaço e do tempo social das relações humanas. Portanto, deve ser apreendido através das determinações históricas, políticas, culturais e econômicas dos homens no constante processo de disputas e interesses, **visto que o poder faz parte de todo processo relacional**. “A vida é constituída por relações, e daí a territorialidade pode ser definida como um conjunto de relações que se originam num sistema sociedade-espaço-tempo (...)” (Raffestin, 1993, p. 161).

A justiça no âmbito criminal novamente figura como um grande exemplo a ser apresentado para suscitar a discussão de como a intervenção da justiça impacta nas dinâmicas territoriais. O escritor Luiz Eduardo Soares, em sua obra “Desmilitarizar: Segurança Pública e Direitos Humanos”(2019), descreve que

Nos territórios mais vulneráveis, a tendência será atuar como tropa de ocupação e enfrentar inimigos. Assim se explicam as milhares de execuções extrajudiciais sob o título cínico de “autos de resistência” abençoados pelo Ministério Público sem investigação e arquivados com o aval cúmplice da Justiça e a omissão da mídia e de parte da sociedade. (p. 28).

Nesse sentido, observa-se que o Poder Judiciário, a partir de seus dis-

positivos, exerce seu poder nas relações sociais estabelecidas de forma a aprofundar as desigualdades sociais em detrimento da perspectiva de ampliar o acesso ao direito.

Em territórios marcados por altos índices de pobreza, por exemplo, a forma como o Poder Judiciário atua assentua tais distinções. Conforme apontam Souza e Junior (2014),

Existem nos estudos geográficos critérios de localização dos equipamentos para atenderem tanto às necessidades das populações em tempos distintos, quanto a sua funcionalidade. A isso denominamos “critérios de raridade”. As demandas da população é que definem a acessibilidade, portanto, a ocorrência dos equipamentos. Em nosso país, dada sua estrutura socioespacial desigual, a manifestação territorial das desigualdades é bastante evidente. Lá onde vivem as classes mais abastadas há ocorrência e abundância de equipamentos e serviços, em detrimento das áreas pobres, onde são raros ou escassos: delegacias de polícia, fóruns, creches, centros de saúde, etc. A isso denominamos seletividade no uso do território. (Souza e Junior, 2014, p. 188)

Soares(2019), corrobora com a ideia de tais autores, descrevendo que

A lei brasileira não define a partir de que quantidade o porte de droga ilícita passa a ser tipificado como tráfico, o que amplia a liberdade interpretativa da autoridade judicial – e também da autoridade policial. **Dispondo de larga margem para exercer a discricionariedade, a maioria dos magistrados reproduz as desigualdades sociais.** Suas avaliações subjetivas, cujos efeitos práticos são bastante objetivos, reiteram discriminações enraizadas na cultura em que foram socializados, as quais dão o tom às iniquidades sociais brasileiras. Para a perplexidade de alguns interlocutores, os efeitos desse coquetel têm sido mais graves do que a ingestão de qualquer droga. (Soares, 2019, 30)

Por fim, pode-se inicialmente compreender que sim, a intervenção da justiça impacta nas dinâmicas territoriais. Nesse sentido, a presente pesquisa visa compreender como se concretiza a dinâmica de tal intervenção e como se caracterizam tais impactos.

É possível pensar uma justiça territorializada?

A última chave problematizadora que esta pesquisa pretende desenvolver se subsidia no questionamento de que se hoje, a partir da realidade que se delinea no sistema de justiça brasileiro, é possível pensar uma justiça territorializada.

O primeiro aspecto que pretendo abordar é o quanto o arcabouço legal que versa sobre o Poder Judiciário no Brasil não estabelece como um de

seus princípios a intervenção territorializada. As legislações que versam sobre o tema em nível federal, não são claras sob qual lógica territorial deve-se intervir. Apenas estabelecendo uma divisão e organização espacial.

Nesse sentido, a experiência profissional como assistente social em diferentes espaços socio-ocupacionais, me permitiu observar que diferentes políticas sociais já estão à frente nessa discussão, visto que, ao menos incorporaram em suas legislações e firmaram como princípio de suas intervenções a perspectiva territorial.

E para iniciar as reflexões nessa lide, lançarei mão das considerações de Dirce Koga (2015), que aponta que esse nexos valorativo (da lógica territorial) permeia as políticas públicas do contexto brasileiro como Saúde, Educação e Assistência Social, visto que, após a constituição de 1988, o território passa a ser elemento constitutivo das legislações específicas das políticas de diversas áreas, expressando o resultado de múltiplos esforços no refinamento e sensibilidade das políticas sociais ao pensamento moderno sobre a proteção social. (Koga, 2015).

Provocam em suas letras e proposições a busca de um novo olhar, uma visão mais atenta às realidades e dinâmicas sócioespaciais; sinalizando grande avanço em relação ao modelo tradicional conservador de planejamento e operacionalização de intervenções públicas historicamente reiteradas no Brasil. Intervenções essas marcadas pela tenacidade da centralização, hierarquia e tensões de comando político de cunho paternalista e autoritário. (Koga, 2015, p. 66)

Koga continua sua argumentação pontuando que a dimensão territorial é elemento fundante e mediativo nas políticas sociais. E a partir dessa ideia que pontuo a importância de que a dimensão territorial deva ser elemento fundante e mediativo também das instituições ligadas ao poder judiciário.

Faz-se necessário pontuar que não se trata de uma visão simplista em que se considera que a partir do momento em que a comarca esteja presente no território já se garante essa perspectiva, visto que a garantia da capilaridade não garante que a intervenção seja territorializada. Koga (2011), ao falar sobre o território vivido, descreve importante distinção entre dois conceitos abordados por Michel Autès.

A distinção apresentada por Autès que distingue de forma contundente políticas territoriais e territorializadas é uma importante chave para subsidiar tal discussão no âmbito da Justiça, em especial do Poder Judiciário. O estudo mencionado no curso deste documento, referente à implantação de Varas da Infância e Juventude no Brasil, revela que a presença das comarcas nos territórios não indica necessariamente uma heterogeneidade na prestação do serviço prestado.

Se esses números refletem ampla penetração do Judiciário pelo

território, garantindo proximidade entre seus órgãos e a população, também fornecem indícios do enorme custo envolvido em instalar e manter estes equipamentos. Considere-se, ainda, que os órgãos de justiça tenham relativa autonomia para organizar os serviços, o que conforma um quadro de grande pulverização político-administrativa dentro do Judiciário e **submete a população a padrões de prestação jurisdicional bem distintos conforme o órgão a que deva recorrer em virtude da competência territorial**. Fica, portanto, a indicação de que medidas administrativas devem ser pensadas para compensar os efeitos indesejáveis, principalmente em termos da heterogeneidade na prestação de serviços, decorrente deste formato institucional. (CNJ, 2010, p. 64)

Cabe ressaltar, que embora o texto trate de heterogeneidade, a presente pesquisa objetiva pensar para além desta possibilidade, visto que parte da compreensão que, como Áutes assinala, faz-se necessário uma gestão capaz de elaborar fórmulas inéditas de gestão do vínculo social.

O presente estudo busca problematizar e analisar se é possível pensar uma gestão diferenciada para as instituições ligadas ao Poder Judiciário, que incorpore a lógica territorial de forma a concretizar a perspectiva territorial em sua intervenção.

Considerações finais

A partir das aproximações iniciais desta pesquisa foi possível identificar que a organização atual do Poder Judiciário Brasileiro aprofunda as desigualdades sociais e limita o acesso à justiça, visto que trata-se de uma lógica meramente organizacional e administrativa e não territorializada.

A hipótese inicial que se consubstancia a partir dos dados apresentados é que a lógica administrativa que organiza o sistema de justiça nos territórios é pautada meramente na perspectiva espacial/geográfica.

Ao se debruçar sobre um dos principais questionamentos: “as determinações presentes nos territórios impactam no Sistema de Justiça?”, o que pode-se compreender é que sim, mas não no sentido de promover justiça e garantir direitos, mas sua atuação tem promovido o aprofundamento das desigualdades sociais visto que atende de forma “diferenciada” cada território.

Por fim, o presente estudo buscou problematizar e analisar se é possível pensar uma gestão diferenciada para as instituições ligadas ao Poder Judiciário, que incorpore a lógica territorial de forma a concretizar a perspectiva territorial em sua intervenção, e a partir do que foi abordado, identificou-se qual distante tal concepção encontra-se da realidade atual.

Referências

AQUINO, Luseni. **O Território como Referência para (Re)pensar o Judiciário: o caso da Justiça da Infância e da Juventude**. Boletim de Análise Político

-Institucional. Brasília-DF. 2000.

CLAVAL, Paul. **Milton Santos e o pensamento radical**. In: BRANDÃO, Maria Aparecida (org). Milton Santos e o Brasil. São Paulo, Perseu Abramo, 2004. P. 17-38.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Infantojuvenil Situação atual e critérios de aprimoramento**. Relatório de Pesquisa. Brasília-DF, 2012.

KOGA, Dirce; RAMOS, Frederico. **Trajetórias de vida: desafios da pesquisa sociourbanística e contribuição para a gestão pública**. Serviço Social e Sociedade, São Paulo, n. 106, p. 335-364, jun. 2011.

KOSIK, K. **Dialética do concreto**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976

LOIOLA, Gracielle F. **“Nós somos gente... Nós pode ser mãe...” Existências e resistências à retirada compulsória de filhas/os pelo estado**. São Paulo: PUC-SP, 2022. 397p. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. Expressão Popular, São Paulo, 2009.

NCA. **Dirce Koga: dialogando sobre territórios de vida, territórios vividos, indicadores intraurbanos e políticas públicas**. Boletim NCA-SGD. São Paulo, v. 06, p. 1-37, 1º semestre. 2022.

RAFFESTIN, Claude. **Por uma geografia do poder**. São Paulo: Ática, 1993.

SILVA, Enio M. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 (213-230), jul./set. 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf

SANTOS, Boaventura S. **Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-moderna do direito**. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra-PT. N° 24. P. 139-172, março, 1988.

SOARES, Eduardo L.. **Desmilitarizar, segurança pública e direitos humanos**. Boitempo, São Paulo, 2019

SOUZA, Maria A.; JUNIOR, James H. Z. **O uso do território e o judiciário no Brasil. A justiça sem chão**. Revista USP. São Paulo, n°. 101. p. 185-200. março/abril/ maio, 2014.

IL DIRITTO DI MUOVERSI: L'ORDINAMENTO ITALIANO E GLI ULTIMI PROVVEDIMENTI D'ITALIA IN MATERIA D'IMMIGRAZIONE

Luisa Follador Karam

Avvocato, Dottoranda. Università degli Studi di Perugia

Abstract:

Rendere più flessibile il diritto, estenderlo al di là delle norme e intenderlo come pilastro della democrazia sono esigenze che si sono rese necessarie dalla modernità in poi. Dall'epoca moderna si è diffusa l'esigenza di realizzare l'uguaglianza in senso più sostanziale, che implica capire le differenze tra le situazioni in cui si trovano gli uomini. È innegabile che un migrante sia un estraneo nella comunità politica dove arriva e gli vengono imposte regole e limiti più stringenti. Al fine della integrazione effettiva sembra che gli ordinamenti richiedano al migrante di abbandonare la sua cultura, tradizioni, lingue al punto di diventare invisibile, altrimenti verrà rifiutato nella società *ospitante*. L'immigrazione è una situazione che dal punto di vista giuridico non può essere affrontata e regolata solo alla luce dei trattati internazionali, ma dipende anche dal ruolo di ciascuno Stato sovrano, dal suo ordinamento e dall'atteggiamento di ogni comunità politica nei confronti coi immigrati. Nella XVIII Legislatura della Camera dei Deputati la gestione delle politiche migratorie è stata caratterizzata dall'adozione di diversi provvedimenti di urgenza, soprattutto quelli per scoraggiare gli arrivi in Italia. La ricerca fu guidata dal metodo deduttivo; partì da una ipotesi ampia, incentrata sull'esistenza in Italia di impegni normativi a tutela dei diritti del migrante, e da un presupposto limitato, che dimostri la legittimità dei principi di Fraternità e Ospitalità. Dal rapporto instaurato si conclude che l'esercizio della cittadinanza e l'accoglienza del migrante sono di primaria importanza affinché il diritto umano di spostarsi tra i territori possa realizzarsi senza violazioni.

Parole chiave: Diritti umani; Diritti dell'immigrazione; Democrazia; Ospitalità; Fraternità.

Introduzione

Rendere più flessibile il diritto, estenderlo al di là delle norme e inten-

derlo come pilastro della costruzione della cittadinanza sono esigenze che si sono rese necessarie dalla modernità in poi (come raccontano Anthony Giddens, 1991 e Max Weber, 1991). Dall'epoca moderna, si è maggiormente diffusa l'esigenza di realizzare l'uguaglianza in senso più sostanziale. L'uguaglianza sostanziale non implica trattare tutti in modo eguale ma scorgere le differenze tra le situazioni in cui versano gli uomini, e proprio in ragione di ciò, trattarli in modo diverso. Facendo un semplicissimo esempio pratico: la maestra non può valutare allo stesso modo un allievo che ha problemi di apprendimento e un allievo che non ha tali problemi. Anche se il compito fosse identico, dovrebbe valutare con un voto maggiore l'allievo con disturbi di apprendimento. Questo concetto è enucleato chiaramente dall'articolo 3 della Costituzione italiana che afferma che l'uguaglianza non deve essere intesa solo dal punto di vista formale ma anche, e soprattutto, dal punto di vista sostanziale. In questo senso, l'uguaglianza sostanziale è molto vicino al concetto di giustizia.

La difficoltà, tuttavia, sta nel fatto che la giustizia, a sua volta, può essere un'antica ricerca dell'uomo nei contesti socio-politici di ogni periodo, ma non è una concezione univoca. Si comprende sia essenziale che i migranti siano trattati tenendo conto della diversa condizione di partenza rispetto ai non migranti. In particolare, si devono considerare le differenze in termini di nazionalità, religione, cultura, lingua e solo considerando tutti questi elementi si potrà tentare di integrare il migrante con l'obiettivo ultimo di renderlo uguale ad un migrante.

È innegabile che il migrante sia un estraneo nella comunità politica in cui «chiede casa/ospitalità» e, come si osserva nella vita di tutti i giorni, gli vengono talvolta imposte regole e limiti più stringenti, ma soprattutto, sembra che in tutti gli ordinamenti (sociali, giuridici) sia richiesto al migrante, al fine di integrarsi in modo effettivo, di abbandonare la sua cultura, smettere di osservare le sue tradizioni, parlare la sua lingua, e mescolarsi con la società «ospitante» al punto da diventare invisibile, altrimenti verrà rifiutato (Câmara; Chueiri). Ciò avviene spesso in modo violento, perché, come appuntano Câmara e Chueiri, è innegabile che la violenza è il segno distintivo del nostro tempo, che rende gli esseri umani razionalmente irrazionali. La violenza è temuta dall'umanità nelle sfere mercantili, belliche e in altre sfere (conosciute o sconosciute), come evidenziato da Gabriel Gualano Godoy.

Per quanto riguarda la crisi dei diritti umani affrontata da diverse popolazioni nel mondo, si può prendere come esempio la significativa immigrazione da est a ovest dall'inizio del secolo XXI, il costante assedio e lo spostamento di civili in diversi paesi in guerra di ogni ordine. Nel caso della Siria, secondo il rapporto 2017/18 di Amnesty International tra il 2011 e il 2017 circa 6,5 milioni di persone sono state sfollate, il che non ha impedito al governo siriano di continuare, nel 2016, a privare l'accesso a cure mediche, beni, beni di prima necessità, servizi e aiuti umanitari a più di 400.000 civili,

sotto ponendoli a continui bombardamenti aerei, di artiglieria e di altro tipo. Secondo le informazioni estratte da quel rapporto, durante il 2017 più di 500.000 siriani hanno lasciato il paese e si sono uniti agli oltre cinque milioni di rifugiati siriani in tutto il mondo (Amnesty, 2016).

L'immigrazione è, quindi, un tema attuale che può verificarsi in modo massiccio in specifici territori e tempi storici rari a causa delle catastrofi naturali, delle carestie, condizioni di sopravvivenza, delle guerre civili, delle violazioni di massa dei diritti umani, ecc. Si tratta di una situazione in atto che, dal punto di vista giuridico, non può essere affrontata e regolata solo alla luce di accordi e trattati internazionali, ma dipende anche dal ruolo di ciascuno Stato sovrano, dal suo ordinamento giuridico interno e dall'atteggiamento di ogni comunità nei confronti degli immigrati. Come sottolinea Ruggieri, il rapporto intercorrente tra immigrazione, eguaglianza e solidarietà appare invero essere complesso.

La questione in Italia

Come recentemente indicato dalla Camera dei Deputati Italiana, nella XVIII Legislatura la gestione delle politiche migratorie è stata caratterizzata dall'adozione di diversi provvedimenti di urgenza. Ci sono stati diversi tentativi (tra strumenti legali) di regolamentare e organizzare l'immigrazione e anche alcune pratiche per scoraggiare gli arrivi in Italia. Come sottolineato da Ronald W. Tobin «hospitality in theory and practice relates to crossing boundaries or thresholds. The ambiguity of immigration is that there is no moral basis for those on one side of the fence excluding those on the other».

ActionAid insieme ad Openpolis ha pubblicato nel febbraio 2023 un rapporto attraverso il quale si segnala un costante aumento del numero di sbarchi di immigrati in Italia (Ministero dell'Interno), che corrisponde al numero di arrivi osservato tra il 2014 e il 2016. Secondo lo stesso rapporto di ActionAid e Openpolis, tale situazione (aumento del numero degli immigrati) potrebbe rafforzare il collasso del sistema di accoglienza, dal momento che tra il 2018 e il 2021 sono stati chiusi 3.576 centri di accoglienza. Come sottolinea il Rapporto, nel 2022 sono sbarcate sulle coste italiane 105.000 persone, quasi il doppio rispetto ai due anni precedenti.

Mentre si chiudono i centri di accoglienza, A. Ruggieri fa notare che i cittadini "nazionali" sono notoriamente gravati da doveri di solidarietà nei confronti degli stranieri, soprattutto immigrati. Tuttavia, molte cose devono ancora essere chiarite, sia riguardo al fondamento di questa solidarietà¹, sia riguardo alle sue manifestazioni e ai suoi limiti. L'autore afferma inoltre che non sono solo gli stranieri a desiderare l'accoglienza, ma che anche dagli immigrati si attendono gesti di Fraternità e di Ospitalità da parte dei cittadini che li accolgono nella loro comunità.

1 L'autore non menziona la Fraternità come fondamento, ma la solidarietà.

Sarebbe questa la ragione per cui i centri di accoglienza sono stati chiusi negli ultimi anni in Italia? Secondo il medesimo rapporto di ActionAid, dal 2018 al 2021 vi erano dei posti liberi nei centri, cosa che potrebbe giustificare la chiusura di alcuni di essi.

Dall'altra parte, le notizie di migranti che non sono neanche riusciti ad arrivare in Italia non finiscono mai. Lo scorso 26 Febbraio si è verificata un'altra tragedia che ha coinvolto oltre 150 persone provenienti da Iraq, Pakistan, Somalia che erano partite da Izmir, seguendo la Rotta Turca². Secondo Il Sole 24 Ore «i migranti erano ammassati su caicco, un grosso barcone di legno, che non ha retto alla forza del mare, particolarmente mosso, e si è spaccato a pochi metri dalla costa calabrese». Il Presidente della Repubblica Italiana, Sergio Mattarella, nell'esprimere il dolore per la tragedia del naufragio, ha sollecitato «un forte impegno della comunità internazionale per rimuovere le cause alla base dei flussi di migranti; guerre, persecuzioni, terrorismo, povertà, territori resi insospitali dal cambiamento climatico». È altrettanto indispensabile - ha aggiunto - «che l'UE assuma finalmente in concreto la responsabilità di governare il fenomeno migratorio per sottrarlo ai trafficanti di esseri umani, impegnandosi direttamente nelle politiche migratorie». È evidente che l'immigrazione è una questione non solo italiana, ma che richiede sforzi congiunti, sia dell'Unione Europea che dell'intera comunità internazionale.

Fraternità, ospitalità e i migranti

Il principio di Fraternità permette di formulare l'idea del popolo, una realtà più ampia e molteplice di quella della nazione secondo gli ideali della Rivoluzione Francese. Tuttavia, fu solo a metà del diciannovesimo secolo che questo principio/concetto fu accettato dai francesi e incorporato nella loro Costituzione. L'idea di Fraternità, per Antonio Maria Baggio, sosterebbe il cammino della *ridemocratizzazione*, fornendo le basi per la definizione dei popoli e per il superamento dei censi (Baggio, 2009).

John Rawls (1999), a sua volta, afferma che, nel confronto con le idee di libertà e uguaglianza, la nozione di Fraternità ha sempre giocato un ruolo secondario nella teoria della democrazia. Questo perché la Fraternità è intesa come un concetto meno politico degli altri perché non definisce alcun diritto democratico esplicito, ma comprende certi atteggiamenti mentali e forse comportamenti morali. Per Rawls, la Fraternità include la stima sociale, il superamento delle relazioni servili, il senso della Fraternità civica e la solidarietà sociale. L'autore si sforza di trovare un principio di giustizia che esprima fedelmente l'idea di fondo e, per questo, abbandona il linguaggio tradizionale della Fraternità, introducendo una Fraternità sistemica come elemento essenziale del nuovo contrattualismo, facendo ciò attraverso il principio

2 La rotta migratoria parte dalla Turchia e arriva in Calabria (Italia).

di differenza (capacità di mantenere una certa uguaglianza tra i diversi). Da allora la Fraternità non è più un concetto impraticabile, ma una norma di comportamento perfettamente accettabile per il soggetto e per gli enti civili, purché all'interno del concetto democratico.

Come per il concetto di Fraternità, emerso con la Rivoluzione francese (1789) e i cui studi (politici-giuridici) furono ripresi e approfonditi nel XX secolo, l'Ospitalità iniziò a essere studiata nel XVIII secolo, con Immanuel Kant (2004), e fu ripresa con il filosofo franco-algerino Jacques Derrida. Il conseguente approfondimento dell'Ospitalità, però, si è verificato più intensamente solo nel XXI secolo, in coincidenza con i movimenti migratori della postmodernità.

Montesquieu, anni prima, quando narra che alcune accuse necessitano di moderazione e prudenza, sembra essere in linea con quanto presentato a proposito del principio dell'Ospitalità incondizionata. Per l'autore, la non cautela nell'indagare sui fatti sfociati in un delitto, ad esempio, rappresenta una lesione della libertà del cittadino ed è fonte di un'infinità di tirannie (Montesquieu, 1996). Quindi, secondo l'autore, non è che certi comportamenti non debbano essere indagati e non debbano essere puniti, ma perché ciò avvenga è necessaria cautela.

Per quanto riguarda la questione migratoria legata all'ordinamento giuridico regolato da regole e principi, spetta ai cittadini nazionali aprire le porte senza pregiudizi, perché non esistono sospetti concreti su chi arriva. L'*ospite*, a sua volta, sperimenterà le regole della società che lo accoglie e contribuirà alla costruzione di un ordinamento giuridico che, essendo in continua evoluzione, tuteli anche il migrante affinché possa sopravvivere ovunque si trovi³.

In effetti, numerose sono le azioni delle organizzazioni della società civile che si impegnano ad accogliere gli immigrati e si preoccupano, concretamente, di come inserirli nella società, come per esempio la *CaritasInMigration*, la Comunità di Sant'Egidio, l'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, un Corso all'Università di Bologna di Pratiche dell'Accoglienza ed Integrazione di migranti, ecc.

La ricerca si concentrerà sulla seconda decade degli anni 2000, in gran parte per il fatto che molti immigrati continuano ad entrare in Italia (a prescindere dalla forma di ingresso), nonostante, tra gli anni 2018-2021, numerosi centri di accoglienza siano stati chiusi sulla base del fatto che, tra le altre giustificazioni, ci sarebbero stati "posti vacanti". Sarebbero allora i cittadini italiani ad alimentare i processi di accoglienza che lo Stato non riesce ad espletare? Per inciso, non è chiaro il ruolo svolto dall'immigrato: c'è, da parte

3 È interessante notare che è possibile che ci siano ancora "incomprensioni" per quanto riguarda i principi e le possibilità del dialogo operativo e della partecipazione impegnata tra cittadini e migranti sotto la stessa Costituzione e sullo stesso territorio. Tuttavia, per gli scopi proposti per questa ricerca, è stata una scelta non affrontare direttamente quella situazione.

sua, reciprocità nell'accoglienza da parte dei cittadini italiani? I cittadini avrebbero chiesto tale reciprocità?

La migrazione nel XXI secolo configura una diaspora, una fuga da guerre e condizioni precarie che si traduce nella partenza (in)volontaria di molti popoli verso altri paesi che, presumibilmente, presentano una condizione di vita migliori. Così, nel proporre questo lavoro, si affronta un'ambiguità. Da un lato, sebbene l'Italia sia impegnata nella Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1950, l'intenzione potrebbe sembrare quella di chiudere le frontiere e frenare l'arrivo degli immigrati ancor prima che lascino i loro Paesi. Quando il presidente della Repubblica Italiana sollecita «un forte impegno della comunità internazionale per rimuovere le cause alla base dei flussi di migranti», si presume che l'Italia stia cercando strumenti per gestire la questione migratoria, ma che non voglia assumersi la responsabilità di farlo da sola, ma cerchi il sostegno della comunità internazionale - in particolare dell'Unione Europea. Quanto ai principi jus-filosofici di Fraternità e Ospitalità, che dovrebbero essere presenti nell'ordinamento giuridico, si ritiene che non corrispondano completamente alla realtà vissuta dagli immigrati nel secondo decennio del XXI secolo, poiché le politiche pubbliche (come la chiusura dei centri di accoglienza) indicano un'avversione all'accoglienza dell'altro, in cui il migrante non sarebbe un membro partecipe e impegnato della società.

Dall'altra parte, alla luce delle risultanze implicite del rapporto di ActionAid i cittadini italiani assolverebbe il ruolo dello Stato ed accoglierebbero gli immigrati, magari imbevuti dei principi della Fraternità e dell'Ospitalità che emergono tra loro. Si presume quindi che l'azione del governo a favore dell'immigrazione, così come l'aggiornamento della legislazione, provengano da pressioni internazionali, ma soprattutto da movimenti sociali, che agiscono e premono affinché lo Stato regoli, proceda a protocolli e garantisca efficacemente il esercizio della cittadinanza agli immigrati, che a loro volta potranno esercitarla se adempiranno al loro compito di «ospiti».

Il presidente della Repubblica Italiana, Sergio Mattarella, ha dichiarato, dopo la morte di oltre 60 immigrati che non sono nemmeno riusciti a raggiungere le coste italiane, che spera «che l'UE assuma finalmente in concreto la responsabilità di governare il fenomeno migratorio per sottrarlo ai trafficanti di esseri umani, impegnandosi direttamente nelle politiche migratorie». Le domande che mi pongo da ricercatrice sono: la ricerca di aiuto del presidente è legata al desiderio che l'Italia non affronti da sola il problema o alla volontà che tutti gli Stati (in particolare quelli membri dell'Unione Europea) si sentano responsabili nella gestione del fenomeno migratorio? Perciò non è evidente che i principi della Fraternità e della Ospitalità dovevano essere la fondazione di qualsiasi ordinamento giuridico in materia d'immigrazione, fungendo anche da base per le relazioni interstatali?

Il 10 dicembre 1948 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha pro-

mulgato la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani al fine di riconoscere e tutelare la dignità insita nell'essere umano, nonché i suoi diritti fondamentali e inalienabili, fondati sui pilastri della libertà, giustizia e pace nel mondo. Ma non sembra essere sufficiente dichiarare i diritti umani. La situazione deve essere gestita dalla comunità internazionale (Stati) e ogni Stato deve gestire le condizioni interne, tra diritti, doveri, politiche, etc. principalmente insieme ai cittadini (questa sarebbe una prima risposta per la mia domanda all'inizio di questa sezione).

I movimenti migratori, gli spostamenti a cui le persone sono sottoposte in questo mondo, l'atto di lasciare la terra, il conosciuto, la cultura, la casa, tra gli altri, implicano la perdita dell'origine. In altre parole, parlare di migranti è, allo stesso tempo, parlare di identità, del loro legame con la terra, o del sentimento di appartenenza e come si forgia questo sentiero (Câmara; Chueiri, 2015).

Immanuel Kant (2004), ancora nel XVIII secolo, situava le condizioni dell'Ospitalità universale nell'ambito del Diritto Cosmopolita, i cui rapporti si stabiliscono tra individui e Stati esteri⁴. Per l'autore, parlare di Ospitalità richiede lo sforzo per la pace, con tre condizioni necessarie per il consolidamento di una pace duratura: che (i) la Costituzione civile di ogni Stato sia repubblicana; (ii) il Diritto dei Popoli/Nazioni sia fondato su un Federalismo di Stati liberi; (iii) la Legge Cosmopolita sia ristretta all'Ospitalità universale.

L'essenza del Diritto Cosmopolita è la difesa dei diritti insiti nell'uomo nella ricerca dell'instaurazione della pace, come la proposta di Ugo Grozio (2004) nel riconoscere il Diritto dei Popoli, essendo questo il canale che li avvicina ai Diritti Umani e al Diritto Naturale, poiché entrambi sono alimentati da obiettivi comuni: la pace e la tutela dell'essere umano nella sua dignità e integrità. La Fraternità e l'Ospitalità indicano un orientamento etico e morale, un diritto e dovere di tutti e tra tutti garantire appunto il mantenimento della pace e tutelare non solo l'esistenza dell'uomo, ma garantire a tutti gli individui una degna umanità.

Le discussioni sul diritto appaiono incentrate, in genere, sulla figura e/o sulla simbologia di un "sovrano", sicché l'unica possibilità del diritto essendo diritto, di norma, sembra essere quella in cui esso è, contemporaneamente, sostenuto e rappresentato dagli stati-nazione. La Fraternità, a sua volta, propone un altro concetto di diritto, la cui fondazione non è compatibile con alcun tipo di sovrano, ma fa parte del patto tra uguali e, quindi, è *frater e non pater*. Il diritto fraterno eccelle nell'analisi transdisciplinare dei fenome-

4 Prima di Kant, la dottrina giuridica considerava l'esistenza di due dimensioni del diritto: il primo livello si occupava del diritto dello Stato (*Rechtsstaat*) e il secondo del diritto internazionale, disciplinando i rapporti tra Stati, nonché tra individui di Stati diversi. Nel testo *Per la pace perpetua*, Kant aggiunge una terza dimensione del diritto: il diritto cosmopolita, cioè il diritto dei cittadini del mondo, considerati non come semplici membri dello Stato, ma come membri accanto agli Stati, di uno stato universale di umanità (Kant, 2004).

ni sociali e questa transdisciplinarietà significa, allo stesso tempo, trasgredire e integrare (Allegretti; Allulli, 2007).

Tuttavia, la Fraternità non è un concetto chiuso; al contrario, ci sono diverse interpretazioni di questo principio in grado di guidare la vita come società. Pur con derivazioni, se ne può dedurre che la Fraternità pone tutti in un luogo comune, in una aristotelica uguaglianza tra gli individui, abolendo sempre la guerra (qualunque essa sia) e cercando la costante promozione della pace attraverso l'esercizio della cittadinanza da parte di tutti, ponendo individui in una condizione di trattamento orizzontale, che non significa abbandonare la sovranità statale, ma garantire l'effettiva partecipazione di tutti alla società.

Conclusioni

“Straniero” è una parola che ha come sinonimi diverse parole che portano uno stigma, come “straniero”, “esotico”, “estraneo”. Nessuno di questi termini trasmette un sentimento di accoglienza/ospitalità al migrante, perché, visto in questo modo, viene già trattato fin dall'inizio come un individuo esotico, analogo a un animale che si distingue solo culturalmente e ha abitudini diverse da quelle della società in cui arriva. Per questo motivo, si conclude che l'uso della parola “straniero” porta l'esatto opposto del significato di Ospitalità. In questo modo, l'uso della parola “migrante” (“immigrato”/“emigrante”), colui che lascia o ha lasciato il proprio paese per vivere in un altro, o “emigrante”, permette al nativo, al locale, di fronte al un altro, può pensare alla sua condizione, perché nulla garantisce che tale condizione non possa essere sua in divenire.

Considerata la complessità delle istanze che permeano il diritto dell'immigrazione, i diritti umani e le barriere sociali create forse da uno spirito nazionalista, forse da mera sfiducia verso l'ignoto, è stato dato il punto di partenza proposto in questa ricerca: presentare la Fraternità e l'Ospitalità, mentre i principi giuridici, come mezzo per far sì che il migrante arrivi in Italia e sia un soggetto con diritti e doveri che garantiscano l'esercizio della cittadinanza.

Esercitare il dovere di Ospitalità incondizionata proposto da Derrida appare necessario coniugare la Fraternità come partecipazione impegnata, poiché è necessario conoscere, valorizzare e rispettare la dignità di ogni individuo, sia esso cittadino nazionale o migrante da qualsiasi altro paese di origine. Non importa la nazionalità, l'ora, il motivo e la destinazione; l'immigrazione fa parte della vita umana, non cesserà di esistere e ha il potere di favorire l'incontro con chi sembra così diverso. Inoltre, promuove il confronto e, con esso, permette di riconoscere nell'altro l'uguaglianza della dignità umana. Riconoscendo ciò, le paure smettono di separare individui, gruppi sociali, società e nazioni, aprendo uno spazio incondizionato all'Ospitalità

dell'*altro* e includendolo attivamente nella società, in quanto ne sono sempre stati membri.

Come sottolineano Geeta Kuttiparambil e Melinda Wells (2016), durante le crisi umanitarie, i rischi per le persone e le famiglie sfollate dalle loro terre d'origine aumentano notevolmente sotto molti aspetti, come la vulnerabilità a tutte le forme di violenza di genere, dal reclutamento forzato allo sfruttamento del lavoro, incluso lavoro minorile, ignorando completamente ogni minima idea di Fraternità (compresa quella di carattere religioso) e ancor meno di Ospitalità.

Come proposto, sarà necessario parlare dei principi della Fraternità e dell'Ospitalità per pensare all'emancipazione dell'immigrato e all'Ospitalità di quest'*altro*, culturalmente così diverso dalla società in cui arriva. Câmara e Chueiri (2016) ci dicono che pensare all'Ospitalità è pensare all'accoglienza incondizionata, senza oneri o calcoli. Ospitalità è accogliere lo migrante, accoglierlo da straniero. L'ospitalità è forse il requisito insoddisfatto che muove il diritto costituzionale. L'esigenza di mantenere un offset costante per poter vedere chi sta ai margini, ai margini. Riconoscere le esigenze etiche (e legali) degli stranieri, sia nella propria terra che all'estero.

L'Italia, infatti, reclama un'effettiva costruzione collettiva di gestione della questione migratoria, attraverso la quale lo Stato non sia costretto ad assumersi da solo tutto ciò che riguarda l'immigrazione per il semplice fatto di essere uno dei Paesi in cui «lo sbarco di massa» è più facile per motivi geografici. Così, sia nell'accogliere gli immigrati da poco giunti in Italia, sia nell'introdurre nella società italiana, la richiesta sembra essere quella di un impegno collettivo tra Stati. Forse anche l'Italia chiede la manifestazione dei principi della Fraternità e dell'Ospitalità tra i paesi membri dell'Unione Europea per poi gestire quelle che *sbarcano* in questo territorio comune.

Infine, risulta chiaro il nesso tra Fraternità e Ospitalità nell'ambito del diritto migratorio e, in quest'ottica, si prevede che le società/nazioni mirino, in modo permanente, alla costituzione e mantenimento della pace, così come il rispetto delle differenze nella natura umana, a prescindere dalle differenze tra gli esseri umani, ma piuttosto il presupposto che ognuno abbia un vincolo fraterno (libero da concezioni cristiane come forma di pietà, solidarietà), promuovendo un rapporto orizzontale tra tutti gli individui, inteso come esercizio della democrazia, a prescindere dalla società in cui uno si trova - una società che ha il dovere di accogliere/ospitare l'*altro* (che, è bene ricordarlo, non è suo nemico, tanto meno rappresenta una minaccia solo per essere diverso) proprio per garantire la pace e non andare in guerra.

Riferimenti

A. GIDDENS, **As consequências da modernidade**, UNESP, 1991.

A. MARZANATI, A. MATTIOLI (a cura di), **La fraternità come principio di**

diritto pubblico, Città Nuova Editrice, Roma, 2007.

ACTIONAID, OPENPOLIS, **Il vuoto dell'accoglienza**. Centri d'Italia, 2023, Disponibile su: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpgclclefindmkaj/> https://actionaid-it.imgix.net/uploads/2023/02/centri_italia_il_vuoto_accoglienza.pdf

A. CECCONI; A. PANCALDI; S. SGUOTTI, **Fraternità e giustizia**, Studi Zancan, 4/ 2021, 23-32.

A. DI MURO, L. DI MURO, **Il diritto dell'immigrazione**, Giappichelli, 2021

A. RUGGERI, **Il Principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio**, Consulta Online (Periodico Telematico, 2017, Fasc. III).

A. M. BAGGIO, **O princípio esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política**, Cidade Nova, 2009.

Amnesty International, **La situación de los derechos humanos en el mundo**. Informe 2017-2018.

ARISTOTELES. **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

C. FOCARELLI, **Costruttivismo Giuridico e Giurisdizione Internazionale**, Wolters Kluwer, 2019.

C. S. MONTESQUIEU, **O espírito das leis**. Martins Fontes, 1996.

D. ROPELATO, Notas sobre participação e fraternidade. In BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual da ciência política**.

E. R. P. VERONESE, **A Interpretação do Princípio da Fraternidade a partir das teorias jusfilosóficas**. Universidade Federal de Santa Catarina. Monografia. 2012.

F. PIZZOLATO, **Il principio costituzinale di fraternità**. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana, Città Nuova Editrice, Roma, 2012

G. ALLEGRETTI; M. ALLULLI, **Os Orçamentos Participativos em Itália: Uma 'ponte' para a construção do Novo Município**, Revista Crítica de Ciências Sociais. 2007. p. 101-130.

G. G. GODOY, **Asilo e hospitalidade: sujeitos, política e ética do encontro**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro 2016.

G. KUTTIPARAMBIL; M. WELLS, **La acción humanitaria y la transformación de las relaciones de género**. Revista Migraciones Forzadas, No. 52. 2016.

H. GROTIUS, **O Direito da Guerra e da Paz**, Uniijuí, 2004. v. I.

H. F. CÂMARA; V. K. CHUEIRI, **Direitos Humanos em movimento: deslocamentos e desestabilização constitucional**. In Migrações: políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha. Curitiba: Juruá, 2015. p. 34.

ITALIA, Ministero dell'Interno, **Sbarchi e accoglienza dei migranti: tutti i dati**, 2023, <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/dati-e-statistiche/sbarchi-e-accoglienza-dei-migranti-tutti-i-dati>

J. ALBUQUERQUE; R. F. M. ANUNCIACÃO; M. GABRIEL, **O papel do entorno no acolhimento e na integração de populações migrantes para o exercício pleno da cidadania.** In, Refúgio e Hospitalidade. Kairós, 2016.

J. A. P. GEDIEL; G. G. GODOY, **Refúgio e hospitalidade.** Curitiba: Kairós, 2016.

J. DERRIDA; E. ROUDINESCO, **De que amanhã.** Jorge Zahar, 2004.

J. RAWLS, **A Theory of Justice.** Cambridge, Harvard University Press, 1999.

L. CIOTTI, Prefazione, in E. Morin, **La Fraternità, perché?** Resistere alla crudeltà del mondo, Editrice Ave, Roma, 2020, pp. 5-10.

M. WEBER, **Economia e sociedade.** Editora da UNB, 1991.

O. F. JUSTE, **La amistad cívica en aristóteles: concordia y fraternidad.** Anales del seminario de historia de la filosofía, América del Norte, p. 41-67, n. 32, mar. 2015.

P. M. d. ROCCA (a cura di), **Immigrazione, asilo e cittadinanza,** 5° ed., Maggioli Editore, 2021.

M. AMBROSINI, **Non passa lo straniero?** Le politiche migratorie tra sovranità nazionale e diritti umani, Assisi, Cittadella, 2014.

R. W. TOBIN, **Hospitality and the immigration crisis: we are all from elsewhere,** EU-topías, vol. 10, 2015. pp. 143-150

S. AMEDEO, F. SPITALERI, **Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea,** Giappichelli, 2022.

V. CHETAIL, **International Migration Law,** Oxford, OUP, 2019.

EUROPEAN CONSTITUTIONALISM AND *NUEVO CONSTITUCIONALISMO ANDINO*. A NEEDED DIALOGUE FOR THE PLANET SURVIVAL¹

Piercarlo Melchiorre

PhDs in “Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione”

Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” (Italy)

Abstract:

The purpose of this paper is to investigate whether it is possible to foster interaction between European constitutionalism and the more recent *nuevo constitucionalismo andino*, aiming to contribute, in the realm of legal science, to the identification of global solutions that are increasingly necessary to address the ecological deficit jeopardizing the survival of the planet. More specifically, focusing on the green dimension, the analysis will compare the Constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009) - paradigmatic expressions of an ecocentric vision of legal systems - with European environmental constitutionalism, which is inherently anthropocentric for historical and cultural reasons, despite some more or less recent attempts at advancement. Finally, the analysis will address the extent to which today, with reference to environmental (and planetary) protection, European legal systems are willing to borrow some necessary reasoning from what authoritative scholarship, while acknowledging macroscopic contradictions, tends to call virtuous Andean counter-narrative. In doing so, extreme attention will be devoted to the role played in this potential process by the European Union, whose governance, predominantly oriented towards the protection of market freedoms in a dimension lacking a unified political and cultural framework, could act as a barrier to the progress of “environmental constitutionalism” in its member states.

Keywords: Environmental constitutionalism; Nuevo Constitucionalismo Andino; European constitutionalism; Cross fertilization; European economic governance.

¹ This article represents a reworked and in-depth of a talk given at “VIII Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar”, Coimbra (Portugal), October 10-12, 2023.

Introduction. Legal science at the test of the environmental crisis

According to some authors, the shift from the real economy to a process of financialization, especially in the Western context, has led to the loss of centrality of law. Law is no longer seen as a tool useful for “organizing coexistence” among citizens but has become subordinate to economic science and, consequently, a reflection of the other social phenomena (Somma, 2018).

Among the critical challenges that legal science has been somewhat “distracted” from, accumulating considerable delay, is undoubtedly the environmental crisis. The relevance of this crisis was initially overlooked by most jurists who mistakenly perceived it as a “niche” topic (Giorgianni, 2023).

Consequently, they found themselves unprepared to face the Anthropocene: the current geological era in which human activities impact the atmosphere, degrading the natural foundations of life on Earth (Crutzen, 2002).

Until very recently, in fact, the ecological emergency was placed outside the priorities of Western political agendas for which an environmental law connoted by urgency and instrumentality to economic reason seemed sufficient, thus very little interested in developing a balanced (and necessary) relationship between man and nature (Amirante, 2022a). In support of the thesis put forward of the prevalence of economics over law, and therefore also over environmental law, among useful examples it is enough to think of the new orientation of European constitutionalism in the supranational dimension, which is increasingly focused on preserving budgetary balance at the expense of “existential rights”, among which one can count potential prescriptions deputed to protect the ecosystem (Carducci, 2016).

Despite the alarming scenario outlined, it is worth noting that in recent years, legal systems have shown increased sensitivity to the “Anthropocene problem”, partly influenced by inputs from the Global South (*infra*). From a purely quantitative perspective, it is observed that, in 2022, almost all constitutions worldwide formally recognize environmental protection, making the total absence of constitutional protection, making the total absence of constitutional protection for the environment a rare exception (Amirante 2022a, p. 249). This is a significant step forward but far from the necessary “paradigm shift” in law to safeguard humanity’s life (Ost, 2021) through the development of environmental constitutionalism. This form of constitutionalism should integrate the individual and social dimensions characterizing liberal and democratic constitutionalism with a third biologically natural dimension, obscured by the nature-culture separation typical of the modern world (Amirante 2022a, p. 251-256).

To achieve this ambitious goal, it is crucial to predispose Western law, which has been somewhat resistant, to engage with different legal cultures (Amirante, 2022b). This process can start with interaction with the expe-

rience of *nuevo constitucionalismo andino*, which, despite its contradictions (*infra*), can serve as “fertile ground for analyzing and identifying new strategies and alternative models of development, useful (also) to the ongoing debate in Europe” (Baldin, Zago, 2014).

The remainder of the discussion will therefore be devoted to understanding whether this interaction is possible, as well as desirable, investigating any obstacles to constructing this new environmental legal dimension. The analysis will first examine the macro characteristics of the Andean constitutional “counter-narrative,” with a focus on paradigmatic cases in Ecuador and Bolivia, and then shift attention to the reasons behind the resistant approach of European constitutionalism to ecological progress.

The ecocentric cosmovision of *nuevo constitucionalismo andino*. A curious innovation not without contradictions

To grasp the deeper meaning of the political-legal experience of *nuevo constitucionalismo*, it is necessary, albeit briefly, to start with the historical context in which this phenomenon emerges. Due to the need for brevity, we turn to the masterful (and exhaustive) pen of Edoardo Galeano. In the introductory pages of his greatest narrative success, the author refers to the South American continent with disarming clarity (Galeano, 1971):

[...] “the region continues to serve. It continues to live in the service of others’ needs, as a source and reserve of oil and iron, copper and meat, fruit and coffee: raw materials and food destined for the rich countries that gain much more by consuming them than Latin America earns by producing them...”

A brief description that succeeds in connoting from the outset exploitation and suffering in Latin America’s centuries-old vicissitudes due to European colonization, which, in the violent Westernization of the continent through the now-documented genocide of the original peoples, did not neglect to intervene in the legal culture of the colonized, conforming “the law of the colony to the archetypes of the conquerors” (Pegoraro, 2021).

However, starting from the end of the last millennium, in open opposition to the categories imposed by Western domination, the *nuevo constitucionalismo latinoamericano* gains prominence. Among its many objectives, one stands out: the recovery of indigenous juridico-cultural traditions dormant for centuries. According to this line of thought, the path is clear: abandon the colonial model, characterized by “an anthropocentrism based on an excluding protagonist: the European, male, Christian, adult, white, heterosexual, educated, and property-owning man” (Garay Montañez, 2020). It follows that the constitutional phenomenon of NCLA, before being a legal-doctrinal reflection, must be understood as a moment of political assertion,

a redemption for ethnic-social groups condemned to silence for a long time, now determined to break with the political, economic, and social systems of the past and recover the cultural traits of a lost identity to inject into new Constitutions. In other words, in NCLA, the chthonic tradition claims a leading role in the constituent moment, becoming an integral part until it selects its contests (Mastromarino, 2020). Among these, one concept expresses the attempt to preserve the ancestral soul of indigenous peoples better than others: the exaltation of Nature in its cosmic dimension.

In the ecocentric worldview, the relationships between humans and between humans and nature have a foundation different from what liberal constitutionalism has accustomed us to. In Latin America, contrary to what has always happened in Europe, man is not at the center of the universe but part of a whole that involves him, and his survival depends on the ability to care for the balance of interactions with all components of the ecosystem (Bagni, 2021).

Indeed, this holistic approach initially applies not to the entire South America continent but focuses on the Andean region, the geographical cradle of pre-Columbian civilizations. It is in the Constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009), both approved by popular referendum, that indigenous cosmovision significantly contributes to the formulation of legal principles, so much so that it compels the state action to conform to the “ecological mandate” (Gudynas, 2009). According to some doctrine, each of the two considered Charters “reflects indigenous identity and speaks in a language that draws on local millennial tradition, not on a table of values imported or imposed by (neo)colonial power” (Ariano, 2016).

With regard to the environmental dimension, the two countries introduce a clear break with classical constitutionalism in the construction of their new legal order: nature is not merely the object of constitutional law but becomes a subject requiring legal protection (D’Antonio, Iacovino, 2021). This translates into the immediate and explicit textual recognition of the two pillars of the Andean cosmovision: *Pachamama* (Mother Earth) and *sumak kawsay* or *suma quamaña*² (*Buen Vivir* in Ecuador/ *Vivir Bien* in Bolivia). Beginning with the preamble, in the Ecuadorian Constitution, *Pachamama* with its rights appears twenty-seven times, *buen vivir* twenty-one; in its Bolivian version, legal guarantees of Mother Earth are found on five occasions, *vivir bien* on seven (Barié, 2014). This quantitative data is useful for analyzing the dimensions of the institutionalization of the chthonic culture in the constituent processes in question but needs to be accompanied by a more detailed analysis of the concepts of *Pachamama* and *Buen Vivir* to fully understand the ecocentric cosmovision of “bolivo-ecuatoriana” origin.

In Andean philosophy, *Pachamama* is a concept referring to the cons-

2 *Sumak kawsay* is a Quechua language expression while *suma quamaña* comes from the Aymara language; both can be roughly translated as “full life”.

tantly evolving whole, where past, present, and future coexist and interact. In this worldview, there is no separation between living beings, nature, and inanimate bodies as everything has life and is interconnected. From this reciprocity, it follows that each person is part of a community to be respected, and this relationship between humans and nature is among the main characteristics of *Buen Vivir*, which also recognizes the equality of diversities and promotes intercultural encounter (D'Antonio, Iacovino, p. 127-128).

Through constitutionalizing of this vision, a new legal framework is constructed, with a form of peaceful coexistence at its center, founded “on greater social equity, on the safeguard and protection of natural resources, as well as on moving away from capitalist-neoliberal forms” (Vimercati, 2016).

In response to the biocentric turn of Ecuador and Bolivia, *deus ex machina* of remarkable innovations on the legislative-constitutional formant and thus potentially a role model for desirable advances in European constitutionalism (*infra*), it should be pointed out that there is, however, no shortage of harsh criticism centered on how weak the effectiveness of the principles enshrined in the texts can be in practice.

In particular, for some authors, the transposition into the Constitution of the political aspect that animates the constituent moment, where the recognition of multiple ideologies – without the possibility of mediation – is necessary and obligatory to promote intercultural dialogue, condemns the system to constant legal uncertainty subject to the evaluations of the interpreters of the moment (Mastromarino, p. 353). This, “political agreement is the origin of the legal disagreements that will materialize within the community adopting that Constitution” (Salazar Ugarte, 2013).

Ultimately, even in NCLA, a typical dynamic of the constitutional history of the region is reproduced: the considerable increase in rights and subjects recognized and protected by the legal system almost never coincides with the establishment of a stable political class capable of implementing them, thus entrusting the desired transformation of the system to the possibility of judicial decisions (Gargarella, 2016).

Despite the shared criticism, it is essential not to overlook some solutions proposed by *nuevo constitucionalismo andino* which, despite everything, could intervene to correct some dysfunctions of contemporary Western constitutionalism through a process of “cross-fertilization” (Mastromarino, p. 359). In fact, as will be argued in the next paragraphs, regarding the environmental theme, it is not to be excluded that the Latin American peculiarity could be a stimulus “para armonizar los valores occidentales con los de otras culturas” (Pegoraro, 2018) by questioning the not indispensable European anthropocentric conception.

Anthropocentric tensions of European environmental constitutionalism between historical reasons and supranational dimension

According to what has been argued so far, the most cutting-edge contributions to environmental constitutionalism predominantly stem from the young democracies of the Global South, and more specifically, from the Andean region, which is capable of placing the biological-natural dimension as a guide in the actions of public authorities (Amirante 2022a, pp. 92-93).

However, the legal reflection on the centrality of the environmental issue does not seem limited to a single geographic area. After a long period characterized by a certain reluctance to explicitly reference constitutional principles, starting from the 1990s – perhaps driven by some dramatic events, including the Chernobyl disaster in 1986 – event the European continent becomes fertile ground for constitutionalizing of the values under consideration (Amirante 2022a, p. 186). Nevertheless, it presents a substantial difference compared to the perspective embraced by the *nuevo constitucionalismo*: an anchoring to an anthropocentric perspective, potentially hindering the formulation of an effective legal response to the environmental crisis (*infra*), but still dominant today for two different reasons: the centrality of man in the history of European constitutionalism and, starting from the affirmation of the supranational dimension, the conditioning of the political direction of member states by European economic *governance*. Regarding the first reason mentioned, it is appropriate to observe, first of all, the circumstances that, since its inception, European constitutionalism places man at the center of legal discourse. Initially, liberal constitutionalism protects the rights and freedoms of the individual as such; subsequently, social-democratic-inspired constitutions guarantee social rights for humans within the state to ensure equal opportunities, which – especially initially – clash with the need for environmental protection. In particular, in the post-World War II period, the right to work is ensured based on a clear premise: the primary objective is represented by economic development and material progress, which takes precedence over any other need (Teotonico, 2005); consequently, there is no concern for the ecosystem unless a part of it can respond to a very specific economic interest: seals protected as suppliers of fur, birds as useful of agriculture, etc. (Teotonico, p. 214).

At the turn of the 1960s and 1970s, the approach to the ecological question changed, as the United Nations Conference on the Human Environment held in Stockholm in 1972, provided for the first time a “notion of the environment that was unified and untethered from an economic approach and, on the other hand, depicting pollution, produced by any country, as a possible dangerous source of harm even beyond the transboundary dimension, extending the need for protection to spaces not subject to any form of state domination or authority” (Spatafora, 1992). On the

basis of the aforementioned political impulse, provisions on environmental protection are included in some Constitutions, among which stand out in Europe those of Greece, Portugal and Spain, democracies under construction after long years of dictatorial regimes (Cuocolo, 2022). A step forward, but still constrained to an extremely anthropocentric perspective, as emerges - among examples - from Article 45, first paragraph, of the Spanish Constitution of 1978, according to which “everyone has the right to enjoy an environment adequate for the development of the person, as well as the duty to preserve it”: the environment is reconstructed as a personality right and in fact its protection is understood as a means to protect the right to health (Porena, 2020).

In the first two decades of the 21st century, environmental constitutionalism in Europe seem its initial significant advancements, gaining ground particularly in some states. Foremost among them, France adopts the *Charte de l'Environnement*, a constitutionally significant document consisting of ten articles specifically dedicated to the environment, incorporating it into the French *bloc de constitutionnalité*. The Environmental Charter represents a crucial contribution to the evolution of European environmental constitutionalism. On the one hand, it establishes, for the first time in a European national legal system, the subjective dimension of environmental protection. On the other hand, it constitutionalizes “the triad of European principles of environmental management” (Fontanella, 2023): the precautionary principle, the prevention principle, and the *polluter pays* principle. The *Charte* thus stands as a *unicum*, becoming a reference point for comparative environmental constitutional law, all while never abandoning the centrality of humanity. According to authoritative doctrine, it is “characterized by a twentieth-century anthropocentric perspective” (Amirante 2022a, p. 120).

In attempting to delve into the reasons for the constant but exceedingly slow evolution of European environmental constitutionalism, it is worth noting that even the recent Italian constitutional law n. 1/2022 (“Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di protezione ambientale”) aligns with the same anthropocentric perspective. Despite the significant cultural shift brought about by the 2022 revision, wherein environmental protection, biodiversity, and ecosystems are now deemed the “duty of the Republic” -an obligation impossible to ignore for legislators, judges, the workforce, and business (Amirante 2022a, p. 246) – constitutional amendments in Italy, as is generally the case in Europe, continue to be characterized by the emblematic categories of an anthropocentric outlook, such as duty and responsibility. This reflects a preference for a deontic perspective (Porena, 2017).

The historical and cultural dimension of European constitutionalism just mentioned, however, does not constitute the sole barrier to the necessary advancement of environmental constitutionalism in the Old Continent.

This phenomenon is also achievable through careful observation and, if necessary, adoption of legal solutions from different cultures.

As mentioned earlier, to understand the reasons behind the current environmental status quo, it is necessary to grapple with another issue related to the relationship between the supranational dimension and the member state legal system, as well as, more generally, the main political and legal objectives pursued by community law since its inception: the single market, competition, and price stability (Luciani, 2000), perfect derivatives of the underlying concept of the previous European economic communities, whose treaties were limited to ensuring the freedoms necessary for the maintenance of the supranational market, initially disregarding social rights (Dell'Atti, 2020). With the progressive advancement of the European integration process leading to the definitive establishment of the European Union, a development impossible to outline in this brief discussion, the “question of rights” acquires considerable relevance. However, it continues to be addressed from a cultural and even ideological perspective typical of the past and thus responding to a logic of an economic-market matrix far removed from the welfarist one chosen by the new social-democratic States of the post-World War II era (Ciolli, 2012).

This direction not only affects the real of social rights but also influences (as always) rights in general, including environmental rights, which are undoubtedly the focal point of the current reflection.

Starting from the Treaty of Rome in 1957, the environment has gradually gained relevance in the European Union's policy, now occupying a central position on the European agenda. With the recent proposal of *Green Deal*, there appears to be a significant openness of the regional legal system to environmental principles (Ferraro, 2022). However, it has not managed to assume – as it should – a hierarchically superior position compared to the economic and financial objectives of the Union, as discussed earlier.

Moreover, the influence of European economic governance on environmental rights is evident through the constant interpretation of some of the “Europa's great principles” (Ferraro, p. 41) regulating the matter. In the context of this discussion, the principles of integrating environmental needs and sustainable development inevitably stand out. Regarding the former, both treaties and jurisprudential decisions of the Court of Justice take clear positions: the integration of environmental needs into community policies does not imply their unconditional application but their balancing with other Union objectives in line with the logic of balancing interests, predominantly economic but not exclusively (Ferraro, p. 45).

However, it is by focusing on the second mentioned principle that, according to some scholars, one can better understand the European neoliberal tension governing the green dimension and, consequently, the substantial marginalization of the latter in the debate, beyond mere proclamations. Sus-

tainable development, in fact, is a concept based on the gamble (a term that refers to the dimension of risk and therefore of enterprise) that through prudent policies, contradictory objectives such as economic growth, environmental health, and the right to abundance for the future generations can be reconciled (Leonardi, 2021). At first glance, this may seem like an ambitious operation, but it is one through which environmental protection ceases to be a limit to resource accumulation and becomes a driving force (Leonardi, p. 486-487).

What has been described so far, concerning the deeper rationale behind the organization and functioning of the European Union, directly involves the member states. These states are obligated to incorporate supranational provisions into their domestic legal systems, as widely prescribed by their constitutions. In the specific case at hand, this obligation extends to developing derivative environmental legislation within the framework of the “Europa’s great principles”. Consequently, this effectively prevents national states from making radical changes to the theoretical structure of the discipline, and more specifically, from downsizing (or abandoning) the, let’s say, “anthropocentric-economic” perspective within the legislative-constitutional framework. This demonstrates that even in environmental matters, there is a process of “sovereignty deprivation” (Visconti, 2022), where national realities “would be exposed to a dual centrifugal dynamic: from the domestic level to the supranational level; as well as from the political sphere to the technical sphere” (Visconti, p. 994).

In conclusion, the relationship between the European continent and the green issue seems to be set on a predominantly anthropocentric path for the two reasons discussed earlier – one stemming from historical-constitutional factors and the other from the European integration process. Faced with this, one might naturally wonder whether this consolidated direction is sufficiently effective in addressing the planet’s “ecological deficit” or if, on the contrary, European law – without abandoning its foundations – can interact with other legal cultures to the extent of adopting legal concepts that, while still considering humanity, place environmental subjectivity at the center.

Andean “counter-narrative” as a model for European legal systems: a truly complex, but not impossible challenge. Conclusions

In the preceding pages we have observed in detail, analyzing the causes, the significant differences that exist in the approach to environmental matters by the two legal-constitutional cultures placed in comparison and, consequently, we have found some impediments to a possible process of cross-fertilization between the *nuevo constitucionalismo* and the older European constitutionalism on these issues. Consequently, some hindering elements

to a potential cross-fertilization process between the *nuevo constitucionalismo andino* and the older European constitutionalism on these issues have been identified. The outcome reveals that, in the case of Ecuador and Bolivia, the process of constitutionalizing the natural dimension – not devoid of underlying political and legal contradictions – is significantly influenced by the indigenously rooted cosmogonic philosophy. In contrast, despite a gradual advance, more or less everywhere in Europe, environmental constitutionalism remains deeply tied to an anthropocentric view for reasons that have been held, without any claim to veracity, to derive on the one hand from the circumstance that man (and his needs) have always been at the center of continental constitutions, and on the other hand from the more recent process of European integration and, even better, its ideological assumptions.

That being said, the difficulties inherent in any attempt at interaction between two such distant legal models and, even more so, the possibility that European law, given its colonial history discussed in the second paragraph, could accommodate, even partially, a pattern of eco-centric principles coming from the Global South, appear very clear. Indeed, in the writer's opinion, such a cultural exchange could be a very interesting solution (among the many, many necessary ones) to (try to) remedy what Professor Carducci brilliantly called “constitutionalism's ecological deficit” (Carducci, p. 37) and thus contribute, also through legal science, to the challenge for the survival of the planet. The now scientifically ascertained ongoing environmental crisis has a global dimension and, therefore, needs a response characterized in this sense, both from a scientific point of view and-what is of interest here-from a legal-constitutional point of view.

Without neglecting the element of method whereby solutions that are effective in one order may not prove equally valid in different contexts (Bognetti, 1994), precisely in the sense of a “global solution” is the suggestion proposed in this paper to hypothesize *Andean nuevo constitucionalismo* and its “counter-narrative” (Amirante 2022a, p. 92) as a (partial) model for European constitutionalism, in an attempt to downsize the latter's exquisitely anthropocentric nature, harmonize its values with those of other cultures and, finally, protect the biological-natural dimension as a priority at the constitutional level.

In conclusion, to contribute to the safeguarding of our planet, there might be a need for a willingness to radically question some cultural assumptions underpinning various legal traditions (especially the European one for the reasons discussed) and channel efforts, as argued by certain doctrine, into imagining “a law of the Earth system [...] derived from the realization that the Earth is now immersed in the Anthropocene and that this necessitates innovations in normative policies commensurate with the challenges posed by the dramatic transformations underway” (Somma, 2022).

References

AMIRANTE D., *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Il Mulino, Le vie della civiltà, Bologna, 2022;

AMIRANTE D., *Environmental Constitutionalism through the Lens of Comparative Law. New Perspectives for the Anthropocene*, in Amirante D. and Bagni S. (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Routledge, London – New York, 2022, pp. 148-167;

ARIANO E., *Ius includendi. Note su natura e beni comuni in America Latina: il caso dell'Ecuador*, in Quarta A., Spanò M. (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro egemonia e nuove istituzioni*, Mimesis, Milano, 2016, p. 65;

BAGNI S., *Le forme di Stato in America Latina*, in Bagni S., Baldin S. (a cura di), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 35-57;

BALDIN S., ZAGO M., *Le declinazioni della sostenibilità. Esperienze latinoamericane ed europee a confronto*, in BALDIN S., ZAGO M. (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto editore, Bologna, 2014, p. 8;

BARIE' G., *Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador : el bien vivir y los derechos de la naturaleza*, in *Latinoamerica. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 2014, p. 14 ss.;

BOGNETTI G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 164 ss.;

CARDUCCI M., *Dalla "Carta della foresta" al "deficit ecologico" del costituzionalismo*, in *Revista catalana de dret públic*, 53, 2016, pp. 31-44;

CIOLLI I., *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2012;

CUOCOLO L., *Dallo Stato liberale allo Stato "ambientale". La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato*, in *DPCE online, Saggi*, 2, 2022, pp. 1071-1084;

CRUTZEN P.J., *Geology of Mankind*, in *Nature*, 415, 2002, p. 23;

D'ANTONIO V., IACOVINO A., *Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia: quali diritti per quale natura?*, in *Rivista di diritti comparati*, 3, 2021, pp. 91-152;

DELL'ATTI L., *I diritti sociali alla prova della crisi, fra Costituzione e governance economica europea. Verso la fine della storia?*, in *Democrazia e sicurezza*, 2, 2020, pp. 13-41;

FONTANELLA G., *La costituzionalizzazione dei principi dell'ambiente: dalla Charte de l'Environnement francese alle esperienze africane*, in *DPCE online, Sp.* 2, 2023, p. 498;

FERRARO F., *I grandi principi del diritto dell'Unione Europea in materia ambientale*, in *DPCE online, Sp.* 2, 2023, pp. 41-56;

GALEANO E., *Le vene aperte dell'America Latina*, Sperling & Kupfer, Segrate, 1997, p. 3;

GARAY MONTAÑEZ N., *Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano : acerca de la categoría poder*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, 2020;

GARGARELLA R., *Doiscentos anos de constitucionalismo americano: los Estados Unidos y*

- América Latina frente a frente*, in Bonilla Maldonado D. (ed.), *El constitucionalismo en el continente americano*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2016, p. 193 ss.;
- GIORGIANNI M., *Climate change e analisi economica del diritto. L'apporto del comparatista all'emergenza climatica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2023, pp. 85-101;
- GUDYNAS E., *El mandato ecológico. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya-Yala, Quito, 2009;
- LEONARDI E., *Per una critica politica dell'Antropocene*, in *Politica & Società*, 3, 2021, pp. 483-493;
- LUCIANI M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 3, 2000, pp. 367-406;
- MASTROMARINO A., *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2020, pp. 317-362;
- OST F., *Le droit constitutionnel de l'environnement : un changement de paradigme ?*, in M.A. Cohendet (dir.), *Droit constitutionnel de l'environnement*, Mare&Martin, Paris, 2021, pp. 405-438 ;
- PEGORARO L., *Comparare l'America latina (e in America latina). Introduzione critica*, in Bagni S., Baldin S. (a cura di), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 3-15;
- PEGORARO L., *América Latina como categoría y objeto de comparación*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2018, p. 102;
- PORENA D., *"Ambiente": complessità di una nozione giuridica*, in *AmbienteDiritto*, 3, 2020;
- PORENA D., *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, p. 67;
- SALAZAR UGARTE P., *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, in Gonzalez Perez L.R., Valadés D. (eds.), *El constitucionalismo contemporaneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de Mexico, 2013, p. 364;
- SOMMA A., *Il diritto del sistema terra. Democrazia, capitalismo e protezione della natura nell'antropocene*, in *DPCE online*, Sp. 2, 2022, pp. 275-311;
- SOMMA A., *Verso il postdiritto? Fine della storia e spolitizzazione dell'ordine economico*, in *Politica del diritto*, 1, 2018, pp. 79-110;
- SPATAFORA V. E., voce *Tutela ambiente (dir. internaz.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano, 1992, pp. 441 ss.;
- TEOTONICO V., *Presupposti culturali e snodi politico-istituzionali per una tutela transazionale dell'ambiente*, in Gabriele F., Nico A.M. (a cura di), *La Tutela multilivello dell'ambiente*, Cacucci Editore, Bari, 2005, pp. 211-271
- VIMERCATI B., *Il diritto ai beni vitali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2016, p. 84;
- VISCONTI A.C., *Sfide e dinamiche del contemporaneo: tecnica e politica nel costituzionalismo del XXI secolo. Il caso BCE*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2022, p. 994;

COMMON EUROPEAN STANDARD? HUNGARY'S (NON)COMPLIANCE WITH THE RULINGS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Adrienne Komanovics

Assistant Professor. Corvinus University of Budapest, Hungary

Abstract:

Over the past few years, Europe has experienced an alarming trend of backsliding on fundamental European values laid down in the European Convention on Human Rights. Beyond non-compliance with treaty obligations *per se*, another dangerous trend is the non-implementation of judgments of regional tribunals. Several Central and Eastern European countries, including Hungary, have a very serious non-implementation problem in relation to the judgments of the European Court of Human Rights. This growing resistance displayed against the judgments of the Court has become systemic in various countries, threatening the foundation of a common European standard. The objective of this contribution is to critically assess the trends of outright refusal of and symbolic compliance with Court rulings prevalent in Hungary; to identify the reasons of this behaviour; and to formulate suggestions as to the measures to be taken in order to strengthen action by the Council of Europe. This contribution first provides the conceptual framework by describing the nature of the judgments of the European Court of Human Rights and the methodology of the data used in the article. Second, an analysis of the Court's jurisprudence on Hungary will serve to identify the main structural problems of the contemporary Hungarian legal order. In the conclusions section, it is argued that the Council of Europe should not be afraid to use the tools at their disposal to make supervision of compliance more effective, and to take decisive action against States that try to evade their treaty obligations.

Keywords: European Convention on Human Rights; Symbolic compliance; Rule of law; Hungary; Democratic backsliding.

Part one: introduction

Over the past few years, Europe has experienced an alarming trend

of backsliding on fundamental European values reflected in various regional treaties, most notably the European Convention on Human Rights. Beyond non-compliance with treaty obligations *per se*, another dangerous trend is the non-implementation of judgments of regional tribunals. Several countries, including Hungary, have a very serious non-implementation problem not only in relation to the judgments of the European Court of Human Rights but also to the rule-of-law related rulings of the Court of Justice of the European Union. This growing resistance displayed against the judgments of the two Courts has become systemic in various countries, threatening the foundation of a common European standard.

Against this backdrop, the objective of this contribution is to critically assess the trends of outright refusal of and symbolic compliance with Court rulings prevalent in Hungary; to identify the reasons of this behaviour; and to formulate suggestions as to the measures to be taken in order to strengthen action by the Council of Europe.

This paper is structured as follows. In Part Two, it provides the conceptual framework by describing the nature of the judgments of the European Court of Human Rights, and by defining what is meant by the terms such as leading case or non-implementation. It also describes the methodology of the data used in the paper. Next, the paper goes on to analyse the data by extracting therefrom the most problematic systemic problems prevalent in Hungary. The paper concludes with several suggestions as to how the revision could be more effective. These conclusions are not restricted to Hungary, but aim at the promotion of the effectiveness of the enforcement mechanisms of the Convention.

Part two: definitions and concepts

Leading cases

The objective of the European Convention on Human Rights and the right of petition is to assist the States in the correct interpretation and application of the Convention. Thus, the sheer number of applications originating from a particular Contracting Party or even the number of judgments finding a violation of the Convention are not necessarily the best indicators for assessing a State's compliance record. The rate of non-implementation, i.e. non-compliance with the terms of the judgment, provides a more accurate picture, as non-implementation of the Court's judgments continues to be a systemic problem. Furthermore, among the non-implemented judgments, it is the percentage of *leading* cases awaiting implementation for a longer period of time that brings us closer to identifying the major deficiencies of the State under survey.

In its annual report on the supervision of the Court's judgments, the Committee of Ministers defines the leading case as a "case which has been

identified as disclosing a problem, in law and/or practice, at national level, often requiring the adoption by the respondent State of new or additional general measures to prevent recurrence of similar violations.” Furthermore, a leading case may also reveal structural problems, “requiring the adoption by the respondent State of new general measures to prevent recurrence of similar violations.”¹ Subsequent judgments that concern the same issue already identified in a leading case are classified as repetitive. The leading cases are joined with repetitive cases, to form a “group” that bears the name of the leading case.

The nature of the judgments of the ECtHR

In its judgment, the Court provides an authoritative statement on whether the impugned measure or practice is compatible with the Convention. But what kind of obligations do the judgments actually entail? What obligations are imposed upon the respondent State found to be in violation of the Convention?

According to Article 46(4) of the Convention, the Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties. This reflects the general international law principle of *pacta sunt servanda*, providing that once consent to be bound has been expressed and the treaty has entered into force, the treaty shall be kept by the parties in good faith.² In its judgment, the Court decides on the compatibility of the rule or practice of the State with the provisions of the Convention, and it may also award just satisfaction if the internal law of the respondent State allows only partial reparation to be made (Art. 41).³ Apart from this, the Court’s judgment is “essentially declaratory”.⁴ The reason for this is that “it is primarily for the State concerned to choose the means to be used in its domestic legal order in order to discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the

1 CoE Committee of Ministers, Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2022, 16th Annual Report (2023), p. 136

2 Art. 26 of United Nations Convention on the Law of Treaties (1969).

3 Just satisfaction is awarded to compensate damage, including pecuniary damage (*in integrum restitutio*), non-pecuniary damage - financial compensation for non-material harm, for example mental or physical suffering, and costs and expenses which the applicant has incurred. See <https://www.coe.int/en/web/execution/article-41> - The Court has, since 1991, indicated in its judgments the time limit within (normally three months) which the respondent state must pay the just satisfaction. European Court Of Human Rights, Department For The Execution Of Judgments. **Memorandum on Monitoring of the payment of sums awarded by way of just satisfaction: an update of the overview of the Committee of Ministers’ practice** (CM/Inf/DH(2021)15), para 66.

4 *Marckx v. Belgium*, para. 58. The application related to certain rules of Belgian law relating to inheritance rights of children born out of wedlock.

conclusions set out in the Court’s judgment.”⁵

However, certain judgments also indicate additional individual measures where monetary compensation cannot provide adequate remedy, such as the release of persons unlawfully detained or the reopening of unfair criminal proceedings,⁶ the return of the property concerned,⁷ the release of those found to have been held illegally,⁸ or have the final stages of the necessary gender reassignment surgery performed abroad and financed, at least in part, by the State.⁹

These measures, however, might be insufficient if the violation of rights stems from structural problems. Thus, in *Bronionski*¹⁰ the Court held that “in view of the systemic situation which it has identified, the Court would observe that general measures at national level are undoubtedly called for in execution of the present judgment, measures which must take into account the many people affected”.¹¹ Since then, the Court has adopted a more active role in cases that revealed a structural problem and could lead to a large number of similar cases.¹² Compliance with the judgments and the adoption of the necessary execution measures is supervised by the Committee of Ministers of the Council of Europe.

As stated above, States Parties enjoy a relatively wide room for manoeuvre to select the best method to comply with the Court’s judgment.¹³ States generally respect the deadlines set by the Court regarding the payment of just satisfaction, albeit the proportion of late payments has increased slightly.¹⁴ However, the assessment of compliance with suggested individual and general measures is much more complicated. It might need more complex measures on the part of the State requiring a longer period, just like the adoption of new legislation where parliamentary process might drag on. It is left to the Committee of Ministers to periodically evaluate the State’s action plan and to evaluate the state of execution.

5 See e.g. *Assanidze v. Georgia*, para. 202

6 E.g. *Sejdovic v. Italy* [GC], para. 126

7 E.g. *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, para. 34

8 *Assanidze v. Georgia*, paras. 202 and 203

9 *L. v. Lithuania*, para. 74.

10 *Bronionski v. Poland*, para. 193: “it is in principle not for the Court to determine what remedial measures may be appropriate to satisfy the respondent State’s obligations under Article 46 of the Convention”.

11 *Ibid.*, para. 193. See also *Scozzari and Giunta v. Italy*, para. 249.

12 See e.g. See *Gülmez v Turkey*, para. 63, concerning the right to a fair hearing in disciplinary proceedings against prisoners; or *Ertepe v Turkey*, para. 80, concerning the requirement to enact legislation concerning conscientious objectors and to introduce an alternative form of service.

13 *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, para. 34.

14 CoM Annual Report 2022, p. 116. See also Lambert et al. (2019) para. 51. See also <https://www.coe.int/en/web/execution/payment-information>

Measuring compliance

Regarding the measurement of compliance, the HUDOC website serves as a starting point, where the data can be searched with the help of various criteria. In our case, the search was carried out using the filters “document type: cases”, “State: Hungary”, “status: pending” and “type: leading”.¹⁵ As of 1 December 2023, Hungary had 45 leading cases pending implementation. The number itself is not too high when compared with other States.¹⁶ It must be added, however, that a few years ago the Committee of Ministers changed its method of calculating the number of non-implemented cases. Although previously repetitive cases remained open until the general measures aimed at addressing the underlying structural problem were implemented, from 2017 “repetitive cases could be closed as soon as the individual measures had been taken, regardless of whether the general measures had been carried out or not”.¹⁷

Pending leading cases as of 1 December 2023

Albania (24)	Estonia (2)	Luxembourg (2)	San Marino (3)
Armenia (28)	Finland (4)	Malta (15)	Serbia (15)
Austria (5)	France (23)	Montenegro (4)	Slovakia (31)
Azerbaijan (50)	Georgia (31)	Netherlands (5)	Slovenia (5)
Belgium (23)	Germany (10)	North Macedonia (14)	Spain (24)
Bosnia and Herzegovina (12)	Greece (26)	Norway (1)	Sweden (1)
Bulgaria (93)	Hungary (45)	Poland (47)	Switzerland (11)
Croatia (28)	Ireland (2)	Portugal (16)	Türkiye (126)
Cyprus (10)	Italy (62)	Republic of Moldova (46)	Ukraine (104)
Czech Republic (5)	Latvia (8)	Romania (114)	United Kingdom (9)
Denmark (3)	Lithuania (21)	Russia (235)	

Thus, the mere number of leading cases that are pending could give a misleading picture of the situation. Instead, a better approach is to place the data in a wider context and consider other factors as well. Here the paper relies on the data provided by the European Implementation Network, and their method of calculation, according to which the ranking is based on three criteria:¹⁸

- The number of unimplemented leading judgments.
- The percentage of leading cases from the last ten years that await implementation.

¹⁵ See <https://rb.gy/o9sqr>

¹⁶ See the status of execution at the following link: [https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22execdokumenttypesammlung%22:\[%22CEC%22\]}](https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22execdokumenttypesammlung%22:[%22CEC%22]})

¹⁷ CoE Committee of Ministers, 11th Annual Report of the Committee of Ministers 2017 (2018); p. 14

¹⁸ European Implementation Network, Justice delayed and Justice Denied (2023), p. 16-17

- The average time leading decisions have remained unimplemented.

This set of criteria reveal a slightly different picture. The top offenders are (starting from the State with the most serious problems) Romania, Italy, Hungary, Bulgaria, and Poland. The top five achievers are Estonia, Latvia, Slovenia, Sweden, and Austria, but there are several other countries in the category of “very good / good”.¹⁹ The next chapter will consider the main structural problems prevalent in Hungary presented through these unimplemented leading cases.

Part three: the main structural problems in Hungary

Much has been written about the democratic backsliding in Hungary, and although not all leading cases are directly related, others undeniably originate from this phenomenon. The main issues raised by the pending leading cases are the following:²⁰

Life imprisonment, prison conditions

Several cases relate to poor material conditions of detention (*Varga, Kovacs Gábor István; XY*), which are mainly the result of overcrowding in Hungary’s prisons. Advocacy groups have warned for a considerable time about the high occupancy rates, stemming from the fact that Hungary’s penal policy is prison-centred,²¹ and many prison sentences are imposed for minor offences and non-violent property-related crimes. The high rate of these crimes among the prison population “indicates that inequality and poverty are prevalent in [the] society” but “prison is not the right solution to social problems.”²² The Court suggested that prosecutors and judges should use “as widely as possible alternatives to detention and redirect their criminal policy towards reduced use of imprisonment in order to, among other things, solve the problem of prison population inflation”.²³

Another structural issue is related to life imprisonment. The Hungarian Criminal Code provides for two types of life imprisonment: with or without parole. As far as life sentence without parole is concerned, in *László Magyar v. Hungary*, the Court found it incompatible with Art. 3 of the Convention. In the implementation of the judgment, Hungary introduced a “mandatory

19 *Idem*, pp. 117-121

20 See e.g. PACE, *The Implementation of judgments of the European Court of Human Rights – 11th report*. (2023)

21 Krámer, et al., *Alternatives to Prison: Hungarian Law and Practice on Non-custodial Sentences* (2022), p. 7 See also https://www.europeandatajournalism.eu/cp_data_news/hungarian-prisons-still-take-an-austere-approach/ and <https://helsinki.hu/en/hungarian-prison-population-reaches-a-33-year-high/>

22 Hungarian Helsinki Committee, 3 March 2023, <https://helsinki.hu/en/hungarian-prison-population-reaches-a-33-year-high/>

23 See *Varga et al. v. Hungary*, para. 105

pardon procedure” for whole lifers that provides a special pardon procedure to be carried out *ex officio* after the prisoner has served 40 years of his sentence. However, this was still deemed to be contrary to the Convention. The Court found that, in view of the 40-year period, life sentences could not be regarded as *de facto* reducible as required under Article 3.²⁴

Freedom of the judiciary

Since 2011 Hungary has witnessed an overhaul of the judiciary that led the government to consolidate its control over the courts.²⁵ What makes the *Baka* case unique is the fact that the applicant formerly served as a judge of the European Court of Human Rights. He later became the President of the Hungarian Supreme Court, and as such, acted as a President of the National Council of Justice. The comprehensive constitutional and judicial reform initiated by the Government in 2011 directly affected the judiciary, including the lowering of the mandatory retirement age for judges from 70 to 62. The applicant publicly criticized the measures on several occasions.²⁶ The combination of the new legislative provisions led to the termination of Mr. Baka’s mandate and his ineligibility for a new term. Reflecting expressly on the retaliation element of the premature termination of Baka’s office, the Strasbourg Court found that he was entitled to serve a term of office until it expired.²⁷

Since then, six years have passed and the 2016 judgment has not yet been implemented: there are no safeguards to prevent an *ad hominem* constitutional-level legislation terminating a judicial mandate, there is no effective oversight by an independent judicial body regarding Parliament’s competence to remove the President of the Supreme Court, and no steps have been taken to address the “chilling effect” of violations that affect judges’ freedom of expression.²⁸

Freedom of (political) speech

One set of cases related to the freedom of expression of opposition

24 *T.P. and A.T.*, paras. 49-50.

25 See <https://freedomhouse.org/country/hungary/freedom-net/2023>

26 This has become the subject matter of an infringement proceedings in the EU, and the measure was found to be contrary to the prohibition of age discrimination, see Case C-286/12, *Commission v. Hungary*.

27 The Court considered that “the early termination of his mandate as President of the Supreme Court was not the result of a justified restructuring of the supreme judicial authority in Hungary, but in fact was set up on account of the views and criticisms that he had publicly expressed in his professional capacity on the legislative reforms concerned.” Para. 96

28 COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. Decision CM/Del/Dec(2023)1459/H46-11

members in Parliament, more specifically, the various internal disciplinary measures imposed on MPs for the manner in which they expressed themselves in Parliament. Thus, fines ranging from EUR 170 to 600 were imposed on the applicants for displaying billboards and using a megaphone (in *Karácsony and Others*), in other cases for using a “blatantly offensive expression” (in *Szanyí*) and also for displaying a large banner during parliamentary sessions (in *Scheiring and Szabó*). At the relevant time, domestic legislation had not provided for a fined MP to be involved in the relevant procedure. Furthermore, the decisions did not contain any reasons why the actions of the applicants had been considered gravely offensive to the parliamentary order. Although the Court accepted that the applicants had disrupted order in Parliament, it found that the sanctioned MPs did not dispose of basic procedural safeguards to contest the disciplinary measures imposed, nor did the decisions to fine the applicants contain any relevant reasons. The Court stressed that “a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of the parliamentary minority and precludes abuse of a dominant position by the majority.”²⁹

Subsequently, the Hungarian Government has introduced several measures to implement the judgment; the compliance, however, was just symbolic in the sense that parliamentary disciplinary proceedings can be and still are systematically used to restrict the freedom of expression of opposition MPs in an arbitrary, discriminatory manner. Furthermore, in practice, the Speaker’s decision has never been overruled by the appellate bodies. Finally, there has been a significant increase in the sanctions imposed since the *Karácsony* judgments, reaching approximately EUR 26,800.³⁰

In another related case, the applicants were journalists whose accreditation to Parliament was suspended for several months as a sanction for making interviews and video recordings with MPs outside designated areas.³¹ It must be noted that media access to MPs in the Hungarian Parliament underwent gradual restrictions, and currently journalists are confined to a small cordoned-off area. The Court stressed that parliaments were a unique forum for political debate in democratic societies and that it was therefore in the primary interest of the public for the press to have appropriate access to parliamentary premises. However, it added that this interest must be weighed against the interest of protecting the orderly conduct of parliamentary business, as well as the rights of the MPs. While the Court found that the Hungarian measures were disproportionate inasmuch as the applicants were not entitled to a remedy to challenge outside Parliament a sanc-

29 *Karácsony*, para. 157

30 Communication from an NGO (15/11/2021) in the case of *Karácsony and Others v. Hungary* (Application No. 42461/13), DH-DD(2021)1272. [Hungarian Civil Liberties Union and the Hungarian Helsinki Committee] <https://rm.coe.int/0900001680a4a681>

31 *Mandli and Others v. Hungary*

tion imposed by organs of Parliament,³² the extremely serious limitations on interviewing *per se* were not found to be in contravention of the Convention. In this way, the Court failed to address the structural problem, namely the undue and disproportionate limitation where a journalist can ask the politicians in Parliament, or rather, the *de facto* exclusion of the possibility to make video interviews with the parliamentarians. The subsequent Hungarian measures³³ introduced certain procedural guarantees but did not address the problem of measures restricting or preventing journalists from reporting from parliament.³⁴

Freedom of assembly

An interesting set of cases relates to bans on a series of demonstrations intended to be held in various symbolic places, such as in front of the Prime Minister's private residence in Budapest or in front of the Parliament.³⁵ In *Patyi*, the basis for the ban on the applicant's assemblies was exclusively related to traffic hazards, but the Court was not convinced that the demonstrators would indeed have hindered traffic. Furthermore, there was no evidence to suggest that the demonstrations would have been violent or would have represented a danger to public order.³⁶ In the *Szerdabehyi* case, the Court found that the ban on demonstrations in front of the Parliament at the material time was devoid of a basis in domestic law and cannot as such be regarded as "prescribed by law".³⁷

The new legislation adopted by Hungary (Act LV of 2018 on Freedom of Assembly) has not remedied the structural problems: it upholds the possibility for the police to restrict access to any given public space at any time for security reasons and declare it unavailable for holding demonstrations, and it has also widened the grounds for traffic-related bans. In many situations, the free flow of traffic is given a higher degree of protection than the freedom of assembly.³⁸

32 Paras. 37, 67 and 72.

33 COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. Document DH-DD(2021)851. – The Speaker of the National Assembly has adopted new regulations, effective from 15 October 2020, concerning access to the Parliament Building and the order of press coverage (The Order No. 8/20 of the Speaker).

34 See Dojcsák Dalma et al. (2020), pp. 125-132

35 This group of cases include bans demonstrations in various venues, see further <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%2C%22execidentifier%22%22%5D%3A%222004-10495%22%7D>

36 *Patyi and Others v. Hungary*, paras. 42-43

37 *Szerdabehyi v. Hungary*

38 COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS Document DH-DD(2020)707, and COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS Document DH-DD(2020)1022.

Private life, domestic violence

The *Kaluźa* case concerned the violation of the applicant's right to private life due to the failure, since 2005, of the authorities to fulfil their positive obligation to protect her from her violent former common-law partner with whom she shared an apartment. Her two requests for protection, by restraining orders, against the violent conduct of her former partner were rejected by the domestic courts on the ground that both parties were involved in the assaults. The Court found that the proceedings concerning the applicant's requests for restraining orders were unreasonably long and that it was not acceptable that restraining orders could not be issued in cases of mutual assaults. In addition, the applicant fell outside the personal scope of the Act on Restraining Order due to Violence among Relatives, according to which divorced people and former registered partners receive the same protection as married people, but this is not afforded where the perpetrator is the former common-law partner and that tie was not registered with the authorities.

Although several legislative amendments had been adopted with the purpose of strengthening the protection afforded by the law to victims of domestic violence,³⁹ the Committee of Ministers was not satisfied and requested further information on “(1) the unreasonably long decision-making process in issuing restraining orders in criminal cases, (2) the ambiguous court practice on preventive restraining orders in “conflict situations”, and (3) problems concerning the practice of the police.”⁴⁰ It must be remembered that in 2020 the Hungarian Parliament adopted a declaration rejecting the ratification of the Istanbul Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence.⁴¹

Discrimination, segregation

Much has been written on the structural problems relating the human rights of the Roma population when it comes to education, employment, housing and political participation.⁴² The *Horváth and Kiss* case concerned

39 See <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D%2C%22ex-ecidentifier%22:%5B%22004-10977%22%5D%7D>

40 See <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D%2C%22ex-ecidentifier%22:%5B%22004-10977%22%5D%7D>

41 Political statement on the importance of the protection of children and women, and on the rejection of the ratification of the Istanbul Convention (2020). See https://www.parliament.hu/internet/cplsql/ogy_irom.irom_adat?p_ckl=41&p_izon=10393. Results: 115 in favour, 35 against, 3 abstentions. See e.g. KOMANOVICS, Adrienne. **Nation in transit: the rollback of fundamental freedoms for vulnerable groups in Hungary**. – The structural problems are further evidenced by the fact that according to EIGE, Hungary ranks 26th (out of 27!) in the EU on the Gender Equality Index, <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/country/HU>

42 See e.g. Komanovics, *op. cit.*

As far as the implementation of the judgment is concerned, the Hungarian government quite cynically argued that no general measures were required, as the violations happened in the context of the revocation of former licences during the re-regulation of the tobacco retail market in 2013, thus no similar violations could arise in the future.⁴⁸

Part four: the structural reasons behind non-implementation and conclusions

The cases reveal that Hungary suffers from a multitude of structural deficiencies. The constraints on the length of this paper exclude a long description or detailed discussion of the democratic backsliding evident from 2010 onwards. Suffice it here to refer to several “democracy” rankings where Hungary is generally a bottom-performer among the EU Member States, and middle-performer in relation to the countries of the world.

- Thus, on the Democracy Matrix prepared by the Universität Würzburg, Hungary is the 78th out of 176, with 0.585 points, qualifying as deficient democracy. The total value index ranges from 1 being the best (working democracy) to 0 (hard autocracy). From among the European countries, only the non-EU member former Yugoslav states (Albania, North Macedonia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina, and Serbia), as well as Ukraine, Belarus, and Russia have worse result.⁴⁹
- In the World Democracy Index, Hungary has 6.64 points. The index ranges from 0 (undemocratic) to 10 (the most democratic). Hungary is the 56th out of 167 surveyed States, the backsliding is evidenced by the downward trend from 7.53 in 2006.⁵⁰
- According to V-Dem, Hungary has become an electoral autocracy, showing a downward movement from one level to another from 2012. In the Liberal Democracy Index (LDI), Hungary scores 94 out of 179 States (0.34 points, where 1 is the most democratic and 0 is the most autocratic).⁵¹
- According to Freedom House, evaluating the state of democracy, Hungary scores 43 out of 100 (100 being the most democratic), qualifying it as a transitional or hybrid regime. Freedom House operates with the following categories: consolidated authoritarian regime (0-17), semi-consolidated authoritarian regime (18-33), transitional or hybrid regime (34-50), semi-consolidated democra-

48 COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS Document DH-DD(2020)6

49 <https://www.democracymatrix.com/ranking>

50 <https://ourworldindata.org/grapher/democracy-index-eiu>

51 See V-DEM INSTITUTE. **Democracy Report 2023**, pp. 12, 39 and 44. Hungary has the worst record among the EU Member States; even Poland having 0.43 points, securing the 78th place.

cy (51-67), and consolidated democracy (68-100). Hungary is the 92nd of 210 States and other territories.⁵²

- The Global State of Democracy Indices (GSoD Indices) measure democratic trends in a wide range of indicators of democratic performance in the years 1975–2022. The scoring is on a spectrum from 0, representing the lowest achievement, to 1, depicting the highest.⁵³

Hungary	1992	2010	2022
Rule of law	0.74	0.65	0.53
Rights	0.75	0.68	0.63
Representation	0.79	0.83	0.55
Participation	0.53	0.56	0.44

Finally, it might be worth mentioning that Transparency International's 2022 Corruption Perceptions Index ranked Hungary 77th out of 180 countries surveyed. With this rating, Hungary is considered to be the most corrupt country in the EU.⁵⁴

The reasons why State fail to comply with their international obligations are manifold, including political reasons, passivity or lack of engagement by State authorities, the high complexity of necessary reforms, lack of administrative capacity, practical reasons relating to internal legislative procedures, budgetary reasons, reasons to do with public opinion, and in certain cases the casuistical or unclear judgments of the Court.⁵⁵

Non-compliant States display a *variety of patterns*. Some States openly contest the authority of the Court such as Russia⁵⁶ before its exclusion from the Council of Europe and withdrawal from the Convention, but there are alarming developments in the UK,⁵⁷ in Switzerland or Azerbaijan as well.⁵⁸

52 See Freedom House, <https://freedomhouse.org/explore-the-map?type=nit&year=2023>

53 See <https://www.idea.int/democracytracker/gso-d-indices>

54 See Transparency International, https://transparency.hu/wp-content/uploads/2023/01/TI_Hungary_CPI_2022_executive_summary_en_final.pdf

55 Steering Committee for Human Rights: Guaranteeing the long-term effectiveness of the control system of the European Convention on Human Rights (2003), p. 34.

56 In December 2015 the Federal law on the Federal Constitutional Court was amended to allow the Russian Constitutional Court to declare some judgments of the Strasbourg Court (and other human rights bodies) unconstitutional and therefore impossible to implement. See European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission). CDL-AD(2016)016-e. Final Opinion on the Amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court.

57 See e.g. <https://www.theguardian.com/politics/2023/aug/28/suella-braverman-re-states-wish-for-uk-to-leave-european-court-of-human-rights> or <https://www.telegraph.co.uk/news/2023/09/28/lord-sumption-backs-britain-to-leave-echr/>

58 Commissioner for Human Rights, Human Rights Comment, Non-implementation of the Court's judgments: our shared responsibility. 23 August 2016, <https://www.coe.int/>

Other States may opt for partial compliance, namely complying with the individual measures but failing to address the broader structural problems. Furthermore, States could evade further actions “by engaging in symbolic and/or creative compliance, designed to create the *appearance* of norm-conform behaviour”.⁵⁹ Hungary has clearly had a minimalist approach to compliance with ECtHR judgments, which is all the more unacceptable, as the human rights cost of non-implementation could be extremely high.⁶⁰

No doubt, the Convention has evolved into a “constitutional instrument of European public order” in the field of human rights⁶¹ and all relevant actors must intensify efforts to ensure compliance with the Court’s judgments. This should be done at several levels. First and foremost, it is the national authorities, the legislator, the executive, and the judiciary, which are in the best position to ensure the enjoyment of human rights. The role of these institutions must be supported and complemented by the civil society and the media, exactly those actors whose voices the Hungarian Government is attempting to sideline.⁶²

Since its establishment in 1959, the Convention has been amended several times with the aim of improving and strengthening the control machinery. The latest effort, the high-level conference on reform of the Convention system, was held in Copenhagen on 12 and 13 April 2018, with a rather modest result. The Copenhagen Declaration on the reform of the European Convention on Human Rights system⁶³ has been formally adopted, providing, among others, that “[t]he quality and in particular the clarity and consistency of the Court’s judgments are important for the authority and effectiveness of the Convention system”.⁶⁴ At the same time, it also emphasises the principle of subsidiarity and warns that “the Court should ensure that the interpretation of the Convention proceeds in a careful and balanced manner”.⁶⁵ On a more positive note, the Declaration envisages a more active participation of stakeholders and NGOs (the civil society) through

en/ web/ commissioner/ -/ non- implementation- of-the- court- s-judgments- our- shared- responsibility

59 BATORY, A. **Defying the Commission: Creative Compliance and Respect for the Rule of Law in the EU.** - While the issue is investigated in the EU context, several arguments are valid *mutatis mutandis* in relation to compliance with the ECtHR judgments.

60 See e.g. the victims of bad prison condition, or the return of asylum-seekers (Hungary), or the situation of women effectively denied the right to abortion (Poland).

61 See e.g. *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], para. 156, or *N.D. and N.T. v. Spain* [GC] para 110.

62 See also the cases Case C-66/18, *Commission v. Hungary* (Higher education) and C-78/18 *Commission v. Hungary* (Transparency of associations), decided by the the Court of Justice of the European Union.

63 <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c> . See also <https://www.echr.coe.int/reform-of-the-court>

64 Para. 27

65 Para. 30

increased third-party interventions.⁶⁶ The Declaration also calls for the reduction in the caseload and an improved selection process to ensure that the most qualified and competent candidates are elected.⁶⁷

Finally, the supervision of implementation carried out by the Committee of Ministers could be improved by, among others, securing more funding to the under-resourced Department for the Execution of judgments meeting only 12 days per year and granting “harder” powers to the Committee of Ministers. Thus, it could be empowered to impose financial sanctions in case of non-implementation, a power the Luxembourg Court of Justice of the European Union has had for a long time. Given the weak means currently available for the Committee of Ministers, the problems identified in this paper will not diminish soon.

References

BATORY, A. **Defying the Commission: Creative Compliance and Respect for the Rule of Law in the EU**. Public Administration, 2016; 94, pp. 685-699. Available at <https://doi.org/10.1111/padm.12254>, accessed on 1 Dec 2023.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. 11th Annual Report of the Committee of Ministers 2017. Council of Europe, March 2018. Available at <https://rm.coe.int/annual-report-2017/16807af92b>, accessed on 1 Dec 2023.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. Decision CM/ Del/ Dec(2023)1459/ H46-11 – H46-11 *Baka v. Hungary* (Application No. 20261/12). 9 March 2023. Available at [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22execidentifier%22:%5B%22CM/ Del/ Dec\(2023\)1459/ H46-11E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22execidentifier%22:%5B%22CM/ Del/ Dec(2023)1459/ H46-11E%22%5D%7D)}, accessed on 1 Dec 2023.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. Document DH-DD(2020)1022, Communication from NGOs (02/ 11/ 2020) concerning the case of *Patyi and Others v. Hungary* (Application No. 5529/ 05). Available at [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22execidentifier%22:%5B%22DH-DD\(2020\)1022E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22execidentifier%22:%5B%22DH-DD(2020)1022E%22%5D%7D)}, accessed on 1 Dec 2023.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. Document DH-DD(2020)69, Communication from Hungary concerning the *Vekony* group of cases v. *Hungary* (Application No. 65681/ 13). Action report of 12 June 2019. Available at https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168099ef24, accessed on 1 Dec 2023.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. Document DH-DD(2020)707, Communication from NGOs (07/ 08/ 2020) concerning the *Patyi and Others* group of cases v. *Hungary* (Application No. 5529/ 05), Available at https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809f49de, accessed on 1 Dec 2023.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. Document DH-DD(2021)1272. Communication from an NGO (15/ 11/ 2021) in the case of *Ka-*

66 Para. 39

67 Paras. 49 and 60

racsony and Others v. Hungary (Application No. 42461/ 13), 24 November 2011. Available at <https://rm.coe.int/0900001680a4a681>, accessed on 1 Dec 2023.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. Document DH-DD(2021)851, Communication from Hungary concerning the case of *Mándli and Others v. Hungary* (Application No. 63164/16). Action Report of 31 August 2021. Available at [https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2021\)851E](https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2021)851E), accessed on 1 Dec 2023.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2022, 16th Annual Report of the Committee of Ministers. Council of Europe, March 2023. <https://rm.coe.int/annual-report-2022/1680aad12f>, accessed on 1 Dec 2023.

DOJCSÁK, Dalma and SZABÓ, Máté Dániel. **Egy nyert strasbourgi ügy is lehet jogvédő szemmel sikertelen. Elérni kívánt és teljesületlen célok a Mándli és mások ügyben.** *Fundamentum* 2020/ 4, pp. 125-132. Available at https://epa.oszk.hu/02300/02334/00080/pdf/EPA02334_fundamentum-2020-04_125-132.pdf, accessed on 1 Dec 2023.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). CDL-AD(2016)016-e. Final Opinion on the Amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session. Venice, 10-11 June 2016. Available at [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)016-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)016-e), accessed on 1 Dec 2023.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, DEPARTMENT FOR THE EXECUTION OF JUDGMENTS. Memorandum on Monitoring of the payment of sums awarded by way of just satisfaction: an update of the overview of the Committee of Ministers' practice (CM/ Inf/ DH(2021)15). Available at https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a3bf19, accessed on 1 Dec 2023.

EUROPEAN IMPLEMENTATION NETWORK. Justice Delayed and Justice Denied: Non-Implementation of European Courts Judgments and the Rule of Law. 2023 edition. Available at https://static1.squarespace.com/static/55815c4fe4b077ee5306577f/t/64a29f5698963750a81c90f7/1688379227726/Justice+Delayed+and+Justice+Denied_Final%28%29.pdf

KOMANOVICS, Adrienne. **Nation in transit: the rollback of fundamental freedoms for vulnerable groups in Hungary.** In: Ribeiro Nunes César Augusto (eds.), *Anais de Artigos Completos do V CIDHCoimbra 2020*, Campinas: Editora Brasília, 2021. pp 347-360

KRÁMER, Lili, LUKOVICS, Adél and SZEGŐ, Dóra. **Alternatives to Prison: Hungarian Law and Practice on Non-custodial Sentences.** Hungarian Helsinki Committee, 5 May 2022. Available at https://helsinki.hu/en/wp-content/uploads/sites/2/2022/05/HHC_noncustodial_study_report_EN.pdf, accessed on 1 Dec 2023.

LAMBERT, Elisabeth and ÖZLÜ, Ezgi. **Just Satisfaction: European Court of Human Rights (ECtHR).** Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law [MPEiPro], April 2019. Available at <https://opil.ouplaw.com/display/>

10.1093/ law-mpeipro/ e3726.013.3726/ law-mpeipro-e3726 , accessed on 1 Dec 2023.

PACE, COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS AND HUMAN RIGHTS. The Implementation of judgments of the European Court of Human Rights – 11th report. Information note in preparation of a hearing in relation to Hungary. AS/ Jur (2023) 03. 26 January 2023. Available at <https://assembly.coe.int/ LifeRay/ JUR/ Pdf/ DocsAndDecs/ 2023/ AS-JUR-2023-03-EN.pdf>, accessed on 1 Dec 2023.

STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS OF THE COUNCIL OF EUROPE: Guaranteeing the long-term effectiveness of the control system of the European Convention on Human Rights; CDDH(2003)006 Addendum final.

V-DEM INSTITUTE. **Democracy Report 2023: Defiance in the Face of Autocratization**. V-Dem Institute, Gothenburg, March 2023. Available at https://www.v-dem.net/ documents/ 29/ V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf, accessed on 1 Dec 2023.

Cases (European Court of Human Rights)

Assanidze v. Georgia, appl. no. 71503/ 01, judgment of 8 April 2004

Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [GC], appl. no. 45036/ 98, judgment of 30 June 2005

Broniowski v. Poland, appl. no. 31443/ 96, judgment of 22 June 2004

Erçep v Turkey, app. no. 43965/04, judgment of 22 November 2011

Gülmez v Turkey, app. no. 16330/02, judgment of 20 May 2008

István Gábor Kovács v. Hungary, appl. no. 15707/10, judgment of 17 January 2012

Karácsony and Others v. Hungary, appl. no. 42461/13, judgment of 17/05/2016

L. v. Lithuania, appl. no. 27527/03, judgment of 11 September 2007

László Magyar v. Hungary, appl. no. 73593/10, judgment of 20 March 2014

Mandli and Others v. Hungary, appl. no. 63164/16, judgment of 26 May 2020

Marckx v. Belgium, appl. no. 6833/74, judgment of 13 June 1979

N.D. and N.T. v. Spain [GC], appl. nos. 8675/15 and 8697/15, judgment of 3 October 2017

Öcalan v. Turkey [GC], appl. no. 46221/99, judgment of 12 May 2005, para. 210

Papamichalopoulos and Others v. Greece, appl. no. 14556/89, judgment (just satisfaction) of 31 October 1995

Patyi and Others v. Hungary, appl. no. 5529/05, judgment of 07 October 2008

Scheiring and Szabó v. Hungary, appl. no. 609/14, judgment of 3 December 2019

Scozzari and Giunta v. Italy, appl. nos. 39221/98 and 41963/98, judgment of 13 July 2000,

Sejdovic v. Italy [GC], appl. no. 56581/00, judgment of 1 March 2006

Szanyi v. Hungary, app. no. 35493/13, judgment of 8 November 2016

Szardabelyi v. Hungary, appl. no. 30385/07, judgment of 17 January 2012

T.P. and A.T. v. Hungary, appl. nos. 37871/14 and 73986/14, judgment of 4 October 2016

Varga v. Hungary, appl. no. 14097/12, judgment of 10 March 2015

Vékony v. Hungary, appl. no. 65681/13, judgment of 13/01/2015

XY v. Hungary, appl. no. 43888/08, judgment of 19 March 2013

Cases (Court of Justice of the European Union)

Case C-286/12, *Commission v. Hungary* (Radical lowering of the retirement age for Hungarian judges), judgment of 6 November 2012

Case C-66/18, *Commission v. Hungary* (Higher education), judgment of 6 October 2020

Case C-78/18 *Commission v. Hungary* (Transparency of associations), judgment of 18 June 2020

LAWFARE E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: O CASO DO PRESIDENTE LULA¹ E A DECISÃO DO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

Layze Moraes Lopes

Advogada. Bacharela em Direito (Universidade do Estado da Bahia - Brasil).
Mestranda em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas (Universidade Federal da Paraíba – Brasil)

Resumo:

Para a comunidade internacional, o fenômeno *lawfare*, como ferramenta do Direito para a destruição de um inimigo político, ocupa cada vez mais espaço no debate sobre os direitos humanos. No Brasil, os processos que levaram à condenação do presidente Lula – nos casos do triplex do Guarujá e da cessão do sítio de Atibaia – evidenciam indícios de violação do princípio da presunção de inocência, bem como a temporária inelegibilidade do acusado. Por meio da operação Lava Jato foram utilizados procedimentos jurídicos aparentemente legítimos para atingir objetivos políticos específicos – um claro uso do *lawfare*. O processo contra o presidente Lula foi marcado por irregularidades e violações processuais, incluindo a condução coercitiva do presidente, sem que ele tivesse sido intimado a depor previamente, a depuração seletiva de informações para a imprensa e a falta de imparcialidade do juiz responsável pelo caso, por exemplo. Todas essas práticas foram utilizadas com o intuito de enfraquecê-lo politicamente e inviabilizar sua eventual candidatura às eleições presidenciais de 2018. Além disso, a forma como o caso foi atendido gerou uma série de questionamentos sobre o papel do judiciário e sua relação com o campo político. No dia 27 de abril de 2022, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas emitiu uma decisão sobre os casos da Operação Lava Jato envolvendo o presidente Lula. Considerando a relevância desse tema, esta pesquisa busca responder à

1 Optamos por utilizar a nomenclatura do cargo (presidente) que Luiz Inácio Lula da Silva ocupa desde janeiro de 2023. Em 15 de abril de 2021, o Supremo Tribunal Federal decidiu anular as decisões da Justiça Federal de Curitiba referentes a quatro processos da Operação Lava Jato envolvendo o então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Com essa decisão, Lula recuperou seus direitos políticos, tornando-se elegível para disputar a eleição presidencial de 2022, da qual saiu vitorioso em segundo turno.

seguinte questão norteadora: De que forma o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas interpretou o julgamento do presidente Lula, a partir de indícios de *lawfare*?

Palavras-chave: Organização das Nações Unidas; Direitos Humanos; Presunção de inocência; Lawfare; Estado democrático de direito.

Introdução

No dia 27 de abril de 2022, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) emitiu uma decisão em que concluiu que o ex-juiz Sergio Moro atuou com parcialidade ao julgar os casos da Operação Lava Jato envolvendo o presidente Lula. Além disso, o Comitê considerou que Lula teve seus direitos políticos violados ao ser impedido de concorrer às eleições presidenciais de 2018. Esse Comitê é encarregado de monitorar o cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, um tratado internacional que visa garantir e proteger os direitos civis e políticos de todas as pessoas, contando com 18 especialistas independentes, que não representam seus países de origem e são eleitos para um mandato de quatro anos. O Brasil está entre os países que ratificaram esse tratado, estando, portanto, sujeito à supervisão do Comitê.

Como advogada, esta pesquisadora acredita que, além do combate à violação dos direitos humanos no judiciário, é necessária uma política social do Estado para fortalecer os direitos humanos, em especial a presunção de inocência, uma vez que o instituto *lawfare* está sendo usado como forma de aniquilar a oposição política utilizando o judiciário como arma de poder, não sendo a primeira vez que o direito é utilizado como arma de guerra para destruir o adversário ou o “outro” violando os direitos humanos e retirando a cidadania. Assim, dada a relevância jurídica do termo *lawfare*, nesta pesquisa busca-se investigar *de que forma o Comitê de Direitos Humanos da ONU interpretou o julgamento do presidente Lula, a partir de indícios de lawfare?* Para a elaboração dessa pergunta, partiu-se da hipótese de que o processo de julgamento do presidente Lula, a partir da Operação Lava Jato, foi permeado por inúmeras situações de parcialidade, uma vez que não foram respeitados os princípios assegurados na Constituição Federal de 1988. Além disso, como objetivo geral, busca-se, nesta pesquisa, analisar a incidência do *lawfare* no processo envolvendo o presidente Lula e o caso do “tríplice” com a violação da presunção de inocência, tendo como referência a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

A proposta deste estudo, como objetivo geral, consiste em analisar a incidência do *lawfare* no processo envolvendo o presidente Lula e os casos do tríplice e do sítio de Atibaia, com a violação da presunção de inocência atestada pela Decisão do Comitê de Direitos Humanos da Organização das

Nações Unidas, intitulada Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication n° 2841/2016: Human Rights Committee. Quanto à metodologia, esta é uma pesquisa documental, de cunho descritivo-analítico, referenciada pela Decisão supramencionada, cuja tradução oficial para a língua portuguesa ainda não foi realizada. Além dessa Decisão, para o desenvolvimento desta pesquisa estão sendo utilizados diversos documentos, como a Constituição Federal Brasileira de 1988, leis, decretos, matérias jornalísticas e sentenças judiciais, bem como as abordagens teórico-analíticas destes, entre outros, autores: Valeska Teixeira Zanin Martins, Cristiano Zanin Martins e Rafael Valim (2019).

Bases Fundamentais sobre o *lawfare*

A palavra *lawfare* é usada para definir um fenômeno recente, por isso o conceito ainda está em fase de construção, o que demanda uma investigação de suas bases fundamentais. Nesse viés, neste estudo, busca-se compreender a presença do *lawfare* no cenário jurídico brasileiro para analisar o objeto pesquisa, a Decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre o caso do presidente Lula, verificando a atuação desse fenômeno nas dimensões teóricas dos direitos humanos, no processo penal brasileiro e no estado democrático de direito.

Breve relato histórico sobre o termo *lawfare*

O termo *lawfare* foi usado pela primeira vez em um artigo publicado em 1975, escrito por John Carson e Neville Yeomans, definido como ferramenta que substitui a guerra: o duelo passa a ser com as palavras e não mais com as espadas (Carlson; Yeomans, 2000). Nas palavras dos autores:

[...] a técnica inquisitorial ou de inquérito se foi, o procedimento contraditório ou acusatório sozinho aplica-se em nossos tribunais. A busca da verdade é substituída pela classificação das questões e pelo refinamento do combate. *Lawfare* substitui a guerra e o duelo é com palavras em vez de espadas (tradução nossa).²

Para os autores, a guerra jurídica tinha seus benefícios por preservar a vida e por ser utilizada como uma forma de mediação para resolução de conflitos, tendo em vista que as guerras convencionais levavam a uma grande quantidade de mortos.

Em 1999, o termo *lawfare* voltou a ser utilizado por Qiao glog e Wang Xiangsui, oficiais chineses, que publicaram um livro sobre estratégia militar,

2 “*Thus the inquisitorial or enquiry technique is gone, the adversary or accusatory procedure alone applies in our courts. the search for truth is replaced by the classification of issues and the refinement of combat. Lawfare replaces warfare and the duel is with words rather than swords*” (Carlson; Yeomans, 2000).

explicando que a guerra rompia as fronteiras do campo de batalha e se tornava uma guerra “não-militar”, que incluía a elaboração de normas e tratados internacionais. Assim, para Liang e Xiangsui (1999, p. 55-56), os termos “*lan*” e “*warfare*” significavam um método de combate não convencional capaz de fazer com que um Estado pudesse derrotar o oponente sem precisar de um confronto militar direto. Segundo os autores chineses, *lanfare* significa

[...] uma série de outros meios e métodos usados para travar uma guerra não militar, alguns dos quais já existentes e alguns dos quais podem existir no futuro. Tais meios e métodos incluem guerra psicológica (espalhar boatos para intimidar o inimigo e quebrar sua vontade); guerra de contrabando (jogando mercados em confusão e ataque à ordem econômica); guerra de mídia (manipular o que as pessoas veem e ouvem para conduzir a opinião pública); guerra às drogas (obtenção de lucros ilícitos súbitos e enormes por espalhar desastres em outros países); guerra de rede (aventurar-se em segredo e ocultar a própria identidade em um tipo de guerra contra a qual é virtualmente impossível se proteger); guerra tecnológica (criação de monopólios ao estabelecer padrões de forma independente); guerra de fabricação (apresentando uma aparência falsificada de força real aos olhos do inimigo); recursos de guerra (agarrando riquezas e saqueando estoques de recursos); guerra de ajuda econômica (concessão de favores abertamente e tentativa de controle dos assuntos em segredo); guerra cultural (líder cultural, tendências para assimilar aqueles com visões diferentes); e guerra de direito internacional (aproveitando a primeira oportunidade para estabelecer regulamentos), etc., etc. Além disso, existem outros tipos de guerra não militar que são muito numerosos para serem mencionados (tradução nossa).³

Embora os autores já tivessem escrito sobre o *lanfare*, apenas em 2001 o termo se tornou popular, através de Dunlap Jr., que utilizou o termo de forma astuciosa para evitar acusações de violações dos direitos humanos por crimes cometidos durante as guerras. Para ele, o fenômeno *lanfare* pode ser

3 “[...] a number of other means and methods used to fight a non-military war, some of which already exist and some of which may exist in the future. such means and methods include psychological warfare (spreading rumors to intimidate the enemy and break down his will); smuggling warfare (throwing markets into confusion and attacking economic order); media warfare (manipulating what people see and hear in order to lead public opinion along); drug warfare (obtaining sudden and huge illicit profits by spreading disaster in other countries); network warfare (venturing out in secret and concealing one’s identity in a type of warfare that is virtually impossible to guard against); technological warfare (creating monopolies by setting standards independently); fabrication warfare (presenting a counterfeit appearance of real strength before the eyes of the enemy); resources warfare (grabbing riches by plundering stores of resources); economic aid warfare (bestowing favor in the open and contriving to control matters in secret); cultural warfare (leading cultural trends along in order to assimilate those with different views); and international law warfare (seizing the earliest opportunity to set up regulations), etc., etc. In addition, there are other types of non-military warfare which are too numerous to mention” (Liang; Xiangsui, 1999, p. 55-56).

entendido como “[...] o uso da lei como a arma da guerra”, sendo “[...] a mais nova característica do combate do século XXI” (Dunlap Jr., 2001, p. 2). Além disso, existem “[...] evidências perturbadoras de que o estado de direito está sendo sequestrado por uma outra maneira de lutar, em detrimento de valores humanitários, inclusive do próprio Direito” (Dunlap Jr., 2001, p. 2).

E mais, o autor afirma que o *lanfare* é um dos conceitos mais controversos do direito internacional público, pois pode ser usado tanto para o bem como para o mal, através da ideia de substituir a guerra armada tradicional (Dunlap Jr., 2010, p. 121-122). Para ele, o fenômeno consiste no uso estratégico, ou melhor, no mau uso do direito como forma de substituir os meios tradicionais de guerra pelo direito, visando alcançar o mesmo objetivo – dominar o adversário.

Também buscando construir uma definição, John Comaroff (2001) destaca que *lanfare* é um termo que remete ao período do colonialismo na África do Sul, no século XVIII. Por isso, o conceito está ligado ao esforço para controlar os povos indígenas pelo uso coercitivo de seus meios legais (Comaroff, 2001). Assim, para ele, as primeiras literaturas sobre a relação entre colonialismo e direito trataram de mostrar como o direito se tornou uma ferramenta para pacificar e governar na época colonial (Comaroff, 2001). Posteriormente, John Comaroff e sua esposa Jean Comaroff fizeram a caracterização do termo *lanfare* como sendo um recurso de utilização de instrumentos legais para cometer atos de coesão política e até de eliminação, como fica evidenciado quando agentes do Estado evocam legalidades para agir contra alguns ou todos os cidadãos (Comaroff; Comaroff, 2007).

Em entrevista concedida em 2016 (John [...], 2016), John Comaroff explica que o *lanfare*, assim como nas guerras tradicionais, possui três dimensões: a geografia, o armamento e as externalidades. A primeira dimensão, geográfica, pode ser caracterizada pelo lugar/cenário de onde acontecerá a guerra (John..., 2016). A segunda dimensão é o armamento, representado pelo instrumento que se usará na guerra, que, no caso do *lanfare*, é a lei. Por fim, a terceira dimensão é chamada de externalidades, que seria a gestão da opinião das pessoas, inclusive da mídia, para legitimar e ter o apoio popular das condutas utilizadas no *lanfare*.

Aprimorando o debate sobre o termo, Kittrick (2016) desmembra a conceituação do *lanfare* definido por Dunlap Jr. (2001), dividindo-a em duas partes. Para Kittrick (2016), o *lanfare* é a utilização da lei para criar efeitos semelhantes aos tradicionalmente almejados na ação militar convencional, e essa ação visa enfraquecer ou destruir o adversário. De modo similar, os juristas Santoro e Tavares (2021) propõem dois testes para identificar o fenômeno do *lanfare* em uma situação política: (I) quando o autor ou autores da prática da ação utiliza o Direito para ter os mesmos efeitos que aqueles criados pelos atos políticos; (II) a motivação pela qual esse autor, ou autores, está realizando essa ação tem como objetivo enfraquecer o inimigo políti-

co. Dessa forma, Santoro e Tavares (2021) substituem o conceito de *lawfare* como mecanismo para atingir um adversário no segmento militar para o segmento político. Ou seja, prevalece o abandono do emprego do *lawfare* aliado à definição de um aspecto de guerra, direcionando, agora, para o segmento político.

Também na busca por uma definição, Gloppen (2017) define o termo como sendo uma estratégia de mobilização judiciária que inclui uma forma de litígio, movida por elementos que estão além da vitória em um processo judicial individual, pois objetivam a transformação social. Ou seja, a mobilização social se junta à mobilização jurídica para encontrar uma maneira de legalizar ações de ataque dentro do processo litigioso.

No Brasil, o conceito de *lawfare* começou a ter relevância a partir de 2016, popularizado pelos advogados do presidente Lula, Cristiano Zanin e Valeska Martins, que definem o *lawfare* como uma utilização estratégica do Direito para neutralizar, deslegitimar, prejudicar e aniquilar um inimigo. Para os autores, o *lawfare*

[...] está acoplado às normas de guerras e de disputas desenvolvidas precipuamente pelos Estados Unidos e qualquer pessoa, instituição ou governo pode dele ser vítima. Basta, para tanto, que haja um conflito – geopolítico, político e comercial – e pessoas do Sistema de Justiça e dos demais órgãos que aplicam o Direito estejam dispostas a manipular as leis e os procedimentos jurídicos para atingir fins ilegítimos com o auxílio de alguns recursos de persuasão (Zanin; Martins; Valim, 2019, p. 13).

Cabe salientar que existem diferenças entre *lawfare* e ativismo judicial. De acordo com Streck (2017), é necessário diferenciar

[...] o ativismo judicial da judicialização da política, questão que no Brasil foi examinada com pouca profundidade, como se os fenômenos tratassem da mesma coisa. Essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada, especialmente porque vivemos sob um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais. É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.

Segundo Streck (2017), o ativismo judicial é gestado no próprio poder

judiciário, consistindo na utilização de motivação política de quem julga a ação com a tomada de decisões através de critérios não jurídicos, por isso seria uma corrupção, já que ocorre uma extrapolação dos limites da atuação do judiciário, e não se confunde com o termo *lawfare* porque este seria um fenômeno inexorável e contingencial, que decorre das condições sociopolíticas e quando existe uma deficiência nos demais Poderes (Legislativo e Executivo).

O ex-juiz da Corte Suprema de Justiça da Argentina, Raúl Zaffaroni, em 2021, em uma aula do Curso Internacional “Estado, política e democracia na América Latina”⁴, explicou que o *lawfare* “[...] é uma expressão paralela a ‘warfare’, usada para se referir a uma guerra legal. Há uma impressão de que este é um fenômeno novo. Embora, em certa medida, apresente características inéditas, se o vimos sob a ótica geral do direito penal, não o é” (tradução nossa).⁵

Para Zaffaroni (2021), apesar da impressão de que é um fenômeno novo, por ter características inéditas, visto na perspectiva do direito penal, não é, de modo algum, um fenômeno novo. O autor distingue o direito penal em (a) direito penal autêntico/verdadeiro e (b) vergonhoso. O verdadeiro direito penal é aquele que serve ao longo da história para conter as manifestações de um exercício irracional do poder punitivo, já o direito penal vergonhoso é aquele que deriva da Inquisição e que apoia o exercício irracional do poder punitivo. Nas palavras do autor:

É necessário distinguir o direito penal autêntico ou verdadeiro do direito penal vergonhoso. O verdadeiro direito penal é aquele que serviu ao longo da história para conter as manifestações do exercício irracional do poder punitivo. A vergonhosa lei penal deriva da Inquisição e também se estende até hoje. Os penalistas sempre destacaram e reconheceram a importância do primeiro e ocultaram a existência do segundo. Acreditamos que somos filhos de Beccaria, de Sonnenfelds, do Iluminismo. Mas não da Inquisição. Não conheço nenhum instituto de direito penal chamado “Torquemada”, por exemplo, ou que leve os nomes dos inquisidores ou de seus teóricos. Ou seja, existe um verdadeiro direito penal, que é aquele que serve justamente para que o poder punitivo não descontrole, e um vergonhoso direito penal (tradução nossa).⁶

4 O Curso Internacional “Estado, política e democracia na América Latina” tem sido organizado pelo Grupo Puebla, pelo Observatório Latino-Americano da New School University, pelo Programa de Extensão e Cultura Latino-Americana da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pela Universidade Metropolitana para a Educação e o Trabalho (UMET).

5 “[...] es una expresión paralela a “warfare”, utilizada para referirse a una guerra jurídica. Existe la impresión de que se trata de un fenómeno nuevo. Aunque, en alguna medida presenta características novedosas, si lo vemos desde la perspectiva general del derecho penal, no lo es” (Zaffaroni, 2021).

6 “Hay que distinguir el derecho penal auténtico o verdadero del derecho penal vergonzante. El derecho penal verdadero es aquel que ha servido a lo largo de la historia para contener las manifestaciones de ejercicio irracional del poder punitivo. El derecho penal vergonzante deriva de la inquisición y se extiende

Portanto, tanto os estudos de Carson e Yeomans (2000), Liang e Xiangsui (1999) como Dunlap Jr. (2001; 2010) possuem em comum o fato de relacionar o termo *lawfare* ao uso do Direito como arma de guerra, entendido como estratégia militar. Já Comaroff e Comaroff (2007) identificam o *lawfare* como um recurso utilizado para obter conquista política através do Direito. Avançando na definição, Kittrie (2016) destaca a utilização da lei para criar efeitos similares à guerra convencional de neutralização e destruição dos adversários. Santoro e Tavares (2021) retomam a ideia de Kittrie (2016) e elabora dois testes para facilitar a identificação do fenômeno do *lawfare*; e Gloppen (2017), adotando uma concepção mais estrita, qualifica-o como uma estratégia jurídica voltada à mobilização social, juntamente com a mobilização jurídica, no intuito de legalizar determinadas condutas no processo judicial. Além disso, Zanin, Martins (advogados do presidente Lula no processo do tríplex) e Valim (2019) defendem que o termo *lawfare* objetiva neutralizar, deslegitimar, prejudicar e aniquilar um inimigo. Já Streck (2017) alerta para a distinção entre ativismo judicial e *lawfare*, tendo em vista que o primeiro é gestado na própria sistemática da jurídica e está intrinsecamente ligado à vontade de quem “julga” o processo judicial, e o segundo é a intervenção do judiciário na deficiência dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), que decorre de condições sociopolíticas. Por fim, Zaffaroni (2021) observa que o *lawfare* no direito penal, embora apresente características novas, não é novidade, pois está no direito penal vergonhoso quando existe um descontrole do poder punitivista, remetendo aos tempos da Inquisição, quando havia o exercício do poder punitivo de forma irracional.

Ao longo dos anos, os militares perceberam que, para alcançar o sucesso nos campos de batalha, nem sempre é preciso contar com o melhor guerreiro ou o melhor armamento. Nesse contexto, o *lawfare* começou a ser utilizado como forma de enfraquecer o adversário, para, então, dominá-lo utilizando a lei e a opinião pública, de forma suficiente para prejudicar o inimigo político. Portanto, considerando esse quadro, pode-se concluir que o judiciário é visto como uma arma de guerra para eliminar um adversário político. Quando a época não permite a eliminação de um adversário político através da guerra militar, principalmente porque os tratados de direitos humanos publicados após a Segunda Guerra Mundial e o reconhecimento/aplicação/fiscalização por parte da Organização das Nações Unidas (ONU) coíbem muitas dessas ações, o *lawfare* se torna, cada vez mais, uma modalidade de guerra que não usa mais a força para derrotar o inimigo, e sim a

también basta hoy. Los penalistas, desde siempre, han destacado y reconocido la importancia del primero y ocultado la existencia del segundo. Nosotros nos creemos hijos de beccaria, de sonnenfelds, del iluminismo. Pero no de la inquisición. No conozco ningún instituto de derecho penal que se llame «torquemada», por ejemplo, o que tome los nombres de los inquisidores o sus teóricos. Es decir, hay un derecho penal verdadero, que es aquel que sirve justamente para que no se desboque el poder punitivo, y un derecho penal vergonzante, que es aquel que se presta al desbocamiento, al desborde del poder punitivo” (Zaffaroni, 2021).

aplicação da lei.

Da decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU e das recomendações

As opiniões do Comitê de Direitos Humanos da ONU foram apresentadas após a análise das alegações do presidente Lula sobre as violações dos seus direitos conforme estabelecido pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Assim, o Comitê de Direitos Humanos da ONU concluiu que o Estado Parte violou os seguintes artigos: Artigo 9 (1) sobre o direito à liberdade; Artigo 14 (1) e (2): sobre o direito a um julgamento justo e direito à presunção de inocência; Artigo 17: sobre o direito à proteção contra interferências arbitrárias na privacidade, família, lar ou correspondência; e por fim, o Artigo 25 (b): Direito de votar e ser eleito.

O Comitê considerou que o processo penal contra o Presidente Lula e sua subsequente condenação violaram as garantias do devido processo previstas no artigo 14 do Pacto, o que consequentemente levou à violação dos direitos mencionados anteriormente.

Além disso, para o Comitê, o Estado Parte é obrigado a fornecer ao autor um recurso efetivo, incluindo uma reparação total dos direitos violados e tomar todas as medidas necessárias para evitar violações semelhantes no futuro com outros indivíduos.

Consequentemente, por fazer parte do Protocolo Facultativo referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o Estado Parte, conforme artigo 2 do Protocolo Facultativo⁷, automaticamente reconheceu a ingerência do Comitê de Direitos Humanos para dizer se houve ou não violação do Pacto, bem como se comprometeu em assegurar a todos os cidadãos a aplicação de todos os direitos reconhecidos pelo Pacto. Assim, o Comitê destaca que o Estado Parte reconheceu a competência do Comitê ao se tornar parte do Protocolo Facultativo e que está comprometido em garantir os direitos reconhecidos no Pacto e fornecer um recurso efetivo quando uma violação for estabelecida. Vejamos:

PARTE II

ARTIGO 2

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou

⁷ “Artigo 2º Ressalvado o disposto no artigo 1º os particulares que se considerem vítimas da violação de qualquer dos direitos enunciados no Pacto e que tenham esgotado todos os recursos internos disponíveis podem apresentar uma comunicação escrita ao Comitê para que este a examine” (Protocolo [...], 1976).

qualquer outra condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso (Brasil, 1992a).

Por fim, foi solicitado ao Estado Parte que informe ao Comitê, dentro de 180 dias, sobre as medidas tomadas para dar efeito às opiniões do Comitê quanto as denúncias do presidente Lula. Além disso, foi determinado que o Estado Parte publicasse as presentes opiniões, a traduzi-las para o idioma oficial do país, no caso, português brasileiro e divulgá-las amplamente no país para que todos tomem conhecimento da decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU. Portanto, as opiniões do Comitê de Direitos Humanos da ONU podem ser consideradas com um chamado para que o Estado Parte tome ações corretivas e assegure que os direitos fundamentais do Presidente Lula e os direitos fundamentais de outros indivíduos sejam respeitados de acordo com as normas internacionais de direitos humanos que o Estado Parte é signatário.

Da opinião de Duncan Laki Muhumuza, membro do Comitê

A opinião individual do membro do Comitê Duncan Laki Muhumuza é claramente favorável à ideia de que o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial é um direito absoluto, que não pode sofrer exceções. Ele destaca que

[...] os juízes não devem permitir que seu julgamento seja influenciado por tendências ou preconceitos pessoais, nem nutrir preconceitos sobre o caso sob sua responsabilidade, nem agir de forma a promover indevidamente os interesses de uma das partes em detrimento da outra (tradução nossa)⁸.

8 “[...] *judges must not allow their judgement to be influenced by personal bias or prejudice, nor harbour*

Além disso, ressalta a importância de os juízes não só serem imparciais, “[...] eles também devem ser vistos como imparciais por um observador razoável” (tradução nossa)⁹.

No caso específico do ex-juiz Sérgio Moro, o membro do Comitê concorda com a visão majoritária do Comitê de que houve subjetiva parcialidade no desempenho de suas funções judiciais em relação ao presidente Lula, e o elemento objetivo da imparcialidade não foi atendido. Ademais, faz algumas observações sobre o caso. Ele acredita que o envolvimento do ex-juiz Sérgio Moro no processo parece ter sido estrategicamente conduzido para obter um resultado específico. Para o membro do Comitê, a conduta do ex-juiz Sérgio Moro antes, durante e após a eleição foi inconsistente em relação a imparcialidade, o que resultou em danos irreparáveis ao presidente Lula.

Assim, segundo Duncan Laki Muhumuza, o Sr. Lula da Silva foi impedido de participar plenamente das eleições presidenciais de 2018, o que representa uma violação de seus direitos de acordo com o artigo 25º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Ainda complementa sobre a situação preocupante, pois a conduta do ex-Juiz Sérgio Moro foi tolerada pelo Estado, bem como o fato de ter sido nomeado como Ministro da Justiça após ter sido Juiz do caso, sugerem uma validação das ações executadas por ele por parte do Estado parte. Vejamos o trecho do voto:

5. É minha opinião cuidadosamente considerada, que o envolvimento do Juiz Moro neste processo foi calculado para produzir um resultado específico. De fato, sua conduta geral durante e após a eleição foi inconsistente com a imparcialidade exigida e levou a danos irreparáveis. O Sr Lula da Silva foi efectivamente impedido de participar no processo político, violando assim os seus direitos ao abrigo do artigo 25.º do Pacto. O que é particularmente preocupante é que a conduta do Juiz Moro parece ter sido tolerada pelo Estado. Suas ações parecem ter sido validadas pelo Estado que o nomeou Ministro da Justiça (tradução nossa)¹⁰.

Em novo trecho da opinião individual do Duncan Laki Muhumuza, o membro do Comitê destaca novamente a preocupação de que a conduta do Juiz Sérgio Moro foi tolerada pelo Estado, já que ele foi nomeado Ministro

preconceptions about the case before them, nor act in ways that improperly promote the interests of one of the parties to the detriment of the other? (United Nations Human Rights Treaty Bodies, 2022, p. 32).

9 “[...] they must also be seen to be impartial?” (Ibidem).

10 “5. It is my carefully-considered view, that Judge Moro’s involvement in this process was calculated to produce a specific result. Indeed, his overall conduct during, and post the election was inconsistent with the required impartiality, and led to irreparable harm. Mr. Lula da Silva was effectively impaired from participating in the political process, thus violating his rights under Article 25 of the Covenant. What is particularly worrisome is that Judge Moro’s conduct appears to have been condoned by the State. His actions seem to have been validated by the State which appointed him as Minister of Justice” (Ibidem).

da Justiça, o que aponta para a tendência e parcialidade do juiz. Ele enfatiza que a forma que foi conduzida o processo impediu o autor de exercer seus direitos políticos no país, bem como “[...] se sabia que, quando o autor esgotou os apelos do julgamento falho, seria tarde demais para ele se engajar nas eleições” (tradução nossa)¹¹. Ou seja, o membro do Comitê aponta que já se sabia que o autor só iria conseguir esgotar os recursos do seu processo quando já não poderia mais participar das eleições presidenciais.

Por fim, o Duncan Laki Muhumuza diz que o Comitê de Direitos Humanos da ONU deve solicitar aos Estados Partes que se abstenham de utilizar sistemas de forma indevida de forma que violem as garantias do devido processo legal e não utilizem instituições judiciais para negar os direitos individuais de um indivíduo:

7. O comitê deve solicitar aos Estados Partes que se abstenham de utilizar sistemas indevidamente em violação das garantias do devido processo. Os Estados não podem envolver instituições judiciais e outras agências coercitivas para negar a um indivíduo seus direitos (tradução nossa)¹².

Diante do exposto, a opinião individual do Duncan Laki Muhumuza ressalta a importância da independência e imparcialidade do poder judiciário para garantir um julgamento justo e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos e revelam sérias preocupações sobre a integridade de um processo judicial no Estado parte, a imparcialidade do sistema jurídico e a proteção dos direitos políticos dos cidadãos. Assim, para o membro do Comitê, o Estado parte aceitou os termos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assim é essencial garantir que todos sejam tratados igualmente perante a lei e que o sistema jurídico atue de forma imparcial e justa, preservando os princípios fundamentais da justiça e dos direitos humanos.

Conclusão

A proposta desta pesquisa era investigar e fornecer subsídios teóricos e conceituais para um estudo introdutório sobre o fenômeno do *lawfare* nos conflitos contemporâneos e principalmente investigar a incidência do *lawfare* nos processos envolvendo o presidente Lula. O termo *lawfare* refere-se ao uso estratégico e instrumental do direito, das normas, instituições e mecanismos jurídicos para obter vantagens em conflitos, em substituição aos meios bélicos tradicionais. Nos cenários contemporâneos, onde o direito e a legalidade desempenham papéis fundamentais na legitimação das hostilidades, o

11 “[...] *known that by the time the author exhausted the appeals from the flawed judgement, it would be too late for him to engage in the elections*” (Ibidem).

12 “7. *The Committee must entreat State Parties to refrain from unduly utilising systems in violation of due process guarantees. States cannot engage judicial institutions and other coercive agencies to deny an individual his/her rights*” (Ibidem).

lawfare tem se tornado uma prática cada vez mais comum. Esse fenômeno abrange desde instâncias judiciais nacionais e internacionais até a opinião pública, permeando o planejamento e a execução de operações militares em diversos níveis. Nesse contexto, ocorre a substituição dos soldados por advogados e teatros de operações por tribunais se torna tentadora na perspectiva da redução dos custos humanos e materiais das guerras.

No Brasil, o fenômeno do *lawfare* não era amplamente reconhecido até que a prática fosse evidenciada em 2016 pelos advogados de defesa do presidente Luiz Inácio Lula da Silva que buscaram o Comitê de Direitos Humanos para denunciar que seu cliente estava sendo alvo de perseguições políticas no contexto das investigações criminais da Operação Lava Jato, através de manipulação das leis, aliada à espetacularização midiática do processo penal brasileiro.

O Brasil, imerso em um cenário de corrupção nos anos anteriores, enfrentou um desgaste político significativo. Esse desgaste, combinado com a crise de representatividade por conta de corrupção e economia instável, criou-se um terreno propício para a adoção de práticas de *lawfare* no país que encontraram elementos eficazes para combater os políticos e partidos políticos principalmente da esquerda, bem como os movimentos sociais.

A prática de *lawfare* no Brasil transcendeu o simples uso do direito para neutralizar adversários e tornou-se um elemento crucial para impactar as estruturas do próprio sistema político, social e econômico do país. Essa prática impulsionou o surgimento de movimentos conservadores e extremistas em nível nacional, influenciando significativamente os resultados das eleições presidenciais de 2018. Nesse contexto, o presidente Lula não pôde concorrer às eleições de 2018 devido ao *lawfare* praticado contra ele, em que seus opositores utilizaram o sistema judicial para violar o direito à presunção de inocência, impedindo sua participação nas eleições e culminando na vitória do grupo político que expressamente desejava sua prisão e inelegibilidade, bem como o juiz responsável pelo julgamento em primeira instância dos processos do presidente Lula e que cometeu várias violações aos direitos humanos do Presidente Lula, recebeu uma ascensão profissional sendo nomeado Ministro da Justiça pelo grupo opositor eleito.

Dessa forma, respondendo à questão da pesquisa, o Comitê de Direitos Humanos da ONU conclui-se que a decisão Comitê de Direitos Humanos da ONU foi positiva do ponto de vista garantista, porque condena o Estado-parte Brasil e reconhece que houve a violação aos direitos humanos que estão no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, quais sejam, o direito à liberdade, a ter um julgamento justo e o direito à presunção de inocência, sobre o direito à proteção contra interferências arbitrárias na privacidade, família, lar ou correspondência e ao direito ao voto e de ser eleito, ou seja, foi retirado do presidente Lula. Além disso, o membro do Comitê Duncan Laki Muhumuza chama atenção para a utilização do sistema jurídico

com o objetivo específico para nega direitos ao determinado indivíduo, que é justamente o conceito empregado para o termo *lawfare*.

Referências

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1992a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2023.

CARLSON, John; YEOMANS, Neville. **Whither goeth the law – humanity or barbarity** (1975). 2000. Disponível em: <http://www.laceweb.org.au/whi.htm>. Acesso em: 6 fev. 2023.

COMAROFF, John L. Symposium Introduction: Colonialism, Culture, and the Law: A Foreword. **Law & Social Inquiry**, Massachusetts, USA, v. 26, n. 2, p. 305-314, 2001.

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. **Law and Disorder in the postcolony**. 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/37692160_Law_and_Disorder_in_the_Postcolony. Acesso em: 23 abr. 2021.

DUNLAP JR, Charles J. **Law and military interventions: preserving humanitarian values in 21 st century conflicts**. 2001. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3500/. Acesso em: 23 jan. 2023.

DUNLAP JR, Charles J. **Does Lawfare need an apologia?** 2010. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2347/. Acesso em: 23 jan. 2023.

JOHN Comaroff explica lawfare. **YouTube**, 15 nov. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg>. Acesso em: 5 fev. 2023.

GLOPPEN, Siri. **Conceptualizing Lawfare**. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framework. Acesso em: 12 fev. 2023.

JOHN Comaroff explica lawfare. **YouTube**, 15 nov. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg>. Acesso em: 5 fev. 2023.

KITTRIE, Orde F. **Lawfare: law as a weapon of war**. New York: Oxford University Press, 2016.

LIANG, Qiao; XIANGSUI, Wang. **Unrestricted warfare**. 1999. Disponível em: <https://www.c4i.org/unrestricted.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

MARTINS, Cristiano Z.; MARTINS, Valeska Z.; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

PROTOCOLO Facultativo Referente ao **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. 1976. Disponível em: https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170725113449.pdf. Acesso em: 9 out. 2023.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare**

brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS TREATY BODIES. **Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication n° 2841/2016: Human Rights Committee.**2022. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f134%2fD%2f2841%2f2016. Acesso em: 1 out.2023

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Lawfare, poder punitivo y democracia. **Suplemento Especial do Pagina 12**, Argentina, 21 set. 2021. Disponível em: <https://www.pagina12.com.ar/369614-raul-zaffaroni-lawfare-poder-punitivo-y-democracia>. Acesso em: 10 abr. 2022.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare:** uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019.

COOPERACIÓN Y SINERGIAS ENTRE LA COMISIÓN DE VENECIA Y EL TEDH: UN ESFUERZO EN ARAS DE LA PROMOCIÓN DE UN *IUS COMMUNE* ELECTORAL

Iván Ojeda Legaza

Investigador Predoctoral en la Universidad de las Palmas de Gran Canaria

Resumen:

El derecho a las elecciones libres se consagra en el artículo 3, del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el artículo 25 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos. Desde su creación, la Comisión de Venecia, vela por el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas y la protección de los Derechos Humanos, asistiendo y aconsejando a los Estados miembro del Consejo de Europa en materia constitucional. Su presidente emérito, Gianni Buquicchio, en la Declaración con motivo del treinta aniversario de la Comisión, indicó que uno de los retos más inmediatos a los que se enfrenta, hace mención a las elecciones libres y justas. La conjunción de esfuerzos entre la Comisión de Venecia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha quedado patente durante estos años, gracias a la jurisprudencia emanada del Tribunal, por un lado y al esfuerzo de la Comisión en la cooperación con los Estados y su ayuda a estos, mediante las Opiniones y recomendaciones que emite. En esta contribución abordaremos el papel de ambas instituciones en materia electoral, la promoción de un *ius commune* electoral y el fomento en la aplicación del Código de las buenas prácticas en materia electoral, elaborado por la Comisión, junto con el Consejo de Elecciones Democráticas, para dar estabilidad a las leyes electorales y promover la construcción del patrimonio electoral europeo, en bases a sus principios, a saber: sufragio universal, igual, libre, secreto y directo.

Palabras clave: Elecciones; Consejo de Europa; Comisión de Venecia; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; *Ius Commune* Electoral.

Visión general

Desde su codificación en 1950, de la mano del Consejo de Europa, el

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido popularmente como el Convenio Europeo de Derechos Humanos – en adelante CEDH –, ha venido a cumplir el papel de primigenio y principal cuerpo normativo en materia de Derechos Humanos en Europa, inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Este instrumento normativo erigió al que sería su paladín, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – en adelante TEDH –, cuya regulación se contempla en los artículos 19 a 51 del Convenio y en su Reglamento de Procedimiento. Primeramente, el CEDH no se pronunciaba en torno a cuestiones quizá más específicas, aunque de una importancia también notoria, como el derecho a la protección de la propiedad privada, el derecho a la educación o el derecho electoral.

Fue en 1952, cuando el Protocolo Adicional al CEDH – el primero de los dieciséis que han llegado a desarrollarse hasta la fecha –, recogió el derecho a elecciones libres con escrutinio secreto, derecho que los Estados miembro deberían salvaguardar, garantizando asimismo *“la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”*.

Tras la caída del muro de Berlín en 1990, los regímenes comunistas europeos, al igual que la propia Unión Soviética, se vieron abocados a la desaparición. Fue en ese momento, cuando de la mano del Consejo de Europa nace la Comisión de Venecia, que ha venido siendo el órgano responsable de velar por el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas y la protección de los Derechos Humanos, asistiendo y aconsejando a sus Estados miembro en materia constitucional y que en aquel momento inicial, asesoró a los gobiernos de los países poscomunistas, en esa fase transitoria hacia modelos democráticos y a los que también ayudó a redactar sus textos constitucionales. Aunque la Comisión nació como acuerdo parcial, en 2002, tras una modificación estatutaria, pasó a ser un acuerdo ampliado, pudiendo de este modo acoger incluso a países que no forman parte del Consejo de Europa, o que ni siquiera se encuentran en el viejo continente.

La Comisión de Venecia viene realizando recomendaciones y estudios sobre asuntos de diversa índole, que van desde el funcionamiento de las instituciones democráticas, pasando por la protección de los derechos fundamentales y terminando por cuestiones que versan sobre elecciones, referendos y partidos políticos, siendo esta última cuestión, en la que se centra la presente aportación.

Este bloque es, posiblemente, el que más interés ha suscitado a la Comisión, tal y como se puede demostrar, fruto de los diversos dictámenes, reportes y estudios elaborados en los últimos años, en concreto 150, a mediados de 2021, junto con la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OSCE/ODIHR), con la que coopera de forma asidua, hasta el punto de que los dictámenes que versan sobre legislación electoral

son elaborados, por ambas organizaciones de forma conjunta. Todo ello revela la preocupación y la relevancia que otorga este organismo a la materia electoral.

Como no podía ser de otra manera, las sentencias emanadas del TEDH en materia electoral tienen carácter vinculante, en tanto en cuanto los Estados miembro le reconocen una legitimidad tal, que quedan sujetos y obligados a cumplir con todo lo que este Tribunal dicte. Por ello, nos encontramos que las resoluciones del TEDH, son textos enmarcados en el denominado *hard law*.

Por otro lado, se sitúan las disposiciones provenientes de la Comisión de Venecia, textos de *soft law*, ya que no vinculan ni obligan a los Estados a su cumplimiento, pero sirven como instrumentos orientadores para estos, en aquellas materias sobre las que se pronuncia, en aras de la consecución de los estándares de Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, que la Comisión propugna, del mismo modo que lo hace el Consejo de Europa, tal y como se desprende del propio Tratado de Londres. De entre las Opiniones y Recomendaciones realizadas por la Comisión, se hace necesario acudir al principal aporte de este órgano al derecho a las elecciones libres, a saber, el Código de Buenas Prácticas en material electoral, que será analizado en apartados posteriores.

La presente contribución tiene como objetivo principal mostrar, cómo mediante los estándares del *hard law* y el *soft law*, cuya influencia es recíproca, tanto el TEDH como la Comisión de Venecia, se retroalimentan, haciendo que mediante las disposiciones y textos que elaboran – las cuales abordaremos –, se configure o se vaya en la dirección de un *ius commune electoral*.

El derecho a elecciones libres según el CEDH y su evolución de la mano del TEDH

El derecho a elecciones libres, consagrado en el artículo 3 P1, tuvo como precedente el artículo 21.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual estipula que “*La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto*”. Pese a beber de esta fuente, el CEDH no recogió que estas elecciones debían celebrarse por sufragio universal, lo cual no deja de ser curioso, atendiendo a cariz de lo que ello supone, aunque en la práctica sea lo que se propugne. Cabe añadir, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, considerado el tratado sobre Derechos Humanos aplicable en Europa de mayor relevancia, se pronunció en idéntico sentido en su artículo 25.

Pese a ello, este derecho no se concibió como un derecho subjetivo, ya que tan sólo establecía una obligación dirigida a las *Altas Partes Contratantes*.

Los Estados miembro se comprometían a garantizar el ejercicio de este derecho, cuya denominación como *Derecho a elecciones libres*, se implementa efectivamente mediante la reforma del Convenio, llevada a cabo por el Protocolo 11, en 1994.

Ello quedó de relieve desde los inicios de su aplicación, ya que hasta 1960, 710 de los 713 recursos individuales presentados, fueron rechazados. Destaca entre las excepciones admitidas, el caso del Golpe de Estado de los coroneles, en 1967, cuya vulneración del artículo 3 P1, llevó a la expulsión de Grecia del Consejo de Europa, donde sería readmitida años después.

El concepto y lo que aborda el derecho a elecciones libres ha evolucionado desde su concepción original y lo ha hecho de la mano del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha debido interpretar el artículo 3 P1 – al igual que el resto de los preceptos contemplados en el Convenio –, mediante su aplicación y posterior consolidación jurisprudencial. Conviene destacar a este respecto, el Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica, de 28 de enero de 1987, donde se cimentó algo que se entendía ya contemplado en el precepto, pero cuya clarificación y puntualización era harto necesaria. Nos referimos a la comprensión, por parte del Tribunal, del artículo 3 P1 como un derecho subjetivo al sufragio, que quedó asentado tras la referida sentencia. Entendía el Tribunal que si bien el precepto estaba sujeto a limitaciones que las leyes de los Estados pudieran establecer a tal efecto y que éstos gozaban asimismo de la libertad suficiente para apreciar y someter el derecho a sufragio a determinados requisitos, del mismo modo el artículo 3 P1 dejaba meridianamente claro que, en cualquier caso, las elecciones debían ser libres, celebradas en intervalos razonables y mediante votación secreta y será el Tribunal el principal valedor y responsable de que estas condiciones no se ven supeditadas o mermadas por requisitos o leyes estatales que así lo vengán a disponer.

El TEDH también ha reconocido recientemente la obligación por parte de los Estados, de proveer las herramientas necesarias y adecuadas para asegurar el correcto examen o evaluación cuando sucedan disputas electorales, como un deber positivo que dimana del artículo 3P1, tal y como se extrae del Caso Mugemangango contra Bélgica, de 10 de julio de 2020. Los antecedentes de este reconocimiento se remontan a diez años antes y proceden del Caso Namat Aliyev contra Azerbaiyán, de 8 de julio de 2010, donde ocurría un hecho similar, dado que el TEDH establece que la estancia de apelación en casos de disputas electorales, debe ser un tribunal que tenga entre sus competencias conocer sobre estos asuntos, o bien un órgano independiente e imparcial, que goce de los prerrogativas suficientes como para efectuar cuantas acciones fueren necesarias, en pos de remediar la situación objeto de la disputa, en un plazo lo más breve posible.

Asimismo, se hace necesario remarcar que el derecho a elecciones libres va necesariamente ligado al derecho a la libertad de expresión, consa-

grado en el artículo 10 del Convenio y al principio de igualdad de trato de todos los ciudadanos, en el momento de ejercer sus derechos. También podemos hallar conexiones con el derecho de asociación y con la prohibición de la discriminación, contemplados en los artículos 11 y 14 respectivamente del Convenio. Ello es óbice dado que el principio de sufragio en condiciones de libertad – como veremos también posteriormente cuando abordemos el Código de Buenas Prácticas de materia electoral, de la Comisión de Venecia –, no debe ser comprendido sólo como el derecho a ejercer el derecho al voto el día de los comicios, sino que debe abarcar también todo el proceso anterior al momento de las elecciones, en el que el ciudadano madura y sopesa su decisión y por ende su voto. Todo ello va en consonancia con lo estipulado *in fine* por el artículo 3P1, el cual expone que las elecciones deberán celebrarse “*en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo*”.

La evolución del derecho a elecciones libres, contemplado por el artículo 3P1, ha sido objeto de lo que Jellinek estipuló como una *mutación convencional* o *more constitutionis*, ya que originariamente, el precepto se visualizaba como una regulación de mínimos, que evolucionó hasta el reconocimiento de los derechos subjetivos de participación política de los ciudadanos protegidos por recursos individuales, a saber, los derechos de sufragio activo y pasivo. Ello demuestra que el Convenio es un texto vivo, del modo entendido por Jellinek, según el cual la *mutación constitucional* ocurre, sin necesidad de alterar el texto, sino por su uso e interpretación por los operadores jurídicos, en este caso el TEDH, que en su jurisprudencia ha venido a cubrir la laguna que se halla en el artículo 3P1 del Convenio.

Pese a todo lo apuntado a este respecto, el TEDH en el caso Davydov y otros contra Rusia, de 30 de mayo de 2017, afirmó que el artículo 3P1 del Convenio no podía ser tomado como un código electoral, con vocación de regular todo cuanto abarque el proceso electoral.

En cualquier caso, conceptualmente, las elecciones se deben encontrar siempre en el corazón de lo que todos podemos comprender y admitir como idea de democracia, ya que alcanzar y asegurar los estándares que conducen a un gobierno democrático, pasan necesariamente por haberlo hecho mediante un procedimiento de elecciones libres y justas.

La Comisión de Venecia y su contribución al Derecho Electoral a través del softlaw

La Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, más conocida como la Comisión de Venecia, lleva más de treinta años brindando soporte a sus 62 Estados miembro, en aras de la consecución de los estándares deseables en materia de Estado de Derecho, Democracia y Derechos Humanos, valores compartidos por todos los Estados. La Comisión se configura

como órgano consultivo del Consejo de Europa, con una clara “vocación mundial”, ya que su labor ha servido para difundir los valores democráticos más allá de Europa, siendo hoy en día Estados miembro de esta, países de América, África y Asia.

El Código de Buenas Prácticas en materia electoral es la principal aportación de la Comisión de Venecia al derecho electoral y surgió a raíz de una petición de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que invitó a la Comisión a elaborar un texto de estas características. El Código fue adoptado por la Comisión de Venecia en 2002 y un año después, fue adoptado por la Asamblea Parlamentaria. Este mismo órgano sugirió a la Comisión la creación de un grupo de trabajo compuesto por representantes de la Comisión, de la Asamblea Parlamentaria, del Congreso de Autoridades Locales y Regionales y por otras organizaciones cuya visión pudiera resultar de interés, para discutir sobre asuntos electorales de forma regular. Este grupo de trabajo pasaría a constituirse como el Consejo para las Elecciones Democráticas. En esta misma dirección, la Asamblea Parlamentaria invitó a la Comisión a recopilar datos sobre las elecciones europeas, cuya información sería volcada en lo que hoy conocemos como la base de datos VOTA.

La Asamblea Parlamentaria en su Recomendación 1595(2003) estipuló que el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral constituye un gran paso en este campo, ya que establece los principios subyacentes de los sistemas electorales europeos, amén de estipular las condiciones para su aplicación. Obviamente, no podemos olvidar que nos encontramos ante un instrumento de softlaw, como el resto de los trabajos que realiza la Comisión de Venecia, dado que no obliga en modo alguno a los Estados miembro a poner en práctica cuanto estos textos estipulen.

Dada la buena acogida que ha tenido el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral, en el seno del Consejo de Europa, ha surgido la idea de elaborar un Convenio sobre este asunto, idea que no parece descabellada. Sin embargo, órganos como el Comité de Ministros, que, si bien acogen de buen grado esta posibilidad, argumentan que para que ese supuesto Convenio adquiriese un valor añadido, sus estipulaciones deberían ser más permisivas que las del Código, dado que, de lo contrario, teniendo en cuenta la tradición electoral de los Estados miembro, resultaría muy difícil elaborar un instrumento de estas características que resultase factible aplicar. Asimismo, el Comité considera precipitado comenzar con los trabajos de transformación del Código, en un instrumento jurídicamente vinculante como podría ser un Convenio, aunque lo cierto es que el Código, como ya hemos indicado, se aprobó hace ya más de veinte años.

El Código se divide en dos principales bloques, uno relativo a los principios del patrimonio electoral europeo y otro que aborda lo concerniente a la implementación de esos principios. En lo referente a los principios del patrimonio electoral europeo, nos encontramos con que el sufragio debe ser

universal, igual, libre, secreto y directo. Pues bien, conviene ahora indicar a qué hace mención, aunque sea de forma somera, cada uno de estos principios.

1. El principio de sufragio universal, que va sujeto a una serie de condicionantes, a saber: edad, nacionalidad, residencia y condiciones de privación en el ejercicio del voto, que en ningún caso podrán vulnerar el principio de proporcionalidad.
2. El sufragio igual se vincula a la idea de “un ciudadano, un voto”, sin que esa sencilla premisa pueda ser alterada por motivo alguno y también a la igualdad de oportunidades de los candidatos, que abarca desde lo relativo a la posibilidad de hacer campaña, a participar en los medios de comunicación, así como la fundación de partidos políticos. Ante todo, ello, el Estado, a través de sus autoridades, deberá adoptar una actitud de neutralidad, no dando lugar a injerencia alguna por parte de este.
3. El sufragio debe ser libre. Tal y como hemos explicado en líneas anteriores, la libertad del voto no nace el día de los comicios, sino que se fragua mucho antes, desde el momento exacto en el que el elector comienza a formar su opinión política, que se traducirá en la voluntad que exprese ante las urnas en la jornada electoral.
4. El principio del sufragio secreto, que si bien podría ser comprendido como parte del principio al sufragio libre, contempla que nuestro voto debe ser respetado y secreto, sin que el ciudadano pueda ser sometido a presión alguna para revelarlo o cambiar el sentido de este, en contra de su voluntad.
5. El sufragio será directo y aplicable a la circunscripción para la cual hayan sido convocados los comicios en cuestión, a saber, nacionales, regionales – como la circunscripción autonómica en España – y los comicios locales.

El segundo bloque en el que se configura el Código establece los mecanismos mediante los cuales los principios podrán ser aplicados en condiciones óptimas. Para que ello ocurra, el derecho a elecciones libres debe ser ejercido en circunstancias de respeto conforme a los Derechos Fundamentales, los comicios deben ser organizados por un órgano imparcial y, por último, el Estado debe garantizar la existencia y funcionamiento de un sistema eficaz de apelación, que actúe en supuestos de disputas electorales.

En lo concerniente al respeto de los Derechos Fundamentales, tal y como ya ha sido apuntado, resulta obvio que el derecho a elecciones libres se encuentra intrínsecamente vinculado a los derechos a la libertad de expresión, a la libertad de prensa, a la libertad de asociación y la libertad de reunión, estos dos últimos en especial atención a lo relativo a los partidos políticos. Podríamos sumar a este listado, el derecho a la libre circulación

dentro del país, que no podría ser prohibido, particularmente en contextos posbélicos. Una limitación en el ejercicio de este derecho deberá siempre regirse por el principio de proporcionalidad y adoptarse conforme a lo estipulado por el TEDH y por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

En lo relativo a la organización de las elecciones por parte de un órgano imparcial, ello resulta de una importancia vital, para que no ocurran situaciones que puedan dar lugar a fraude electoral. En este sentido, se atribuye a Stalin la frase *“No importa quién vote, importa quién lleva a cabo el recuento de los votos”*. En términos similares se refería el expresidente de Nicaragua Anastasio Somoza cuando dijo *“Tú has ganado las elecciones, pero yo he ganado el recuento”*.

Otro instrumento especialmente útil a este respecto lo conforman el grupo de observadores electorales, cuya misión es velar por el correcto desarrollo de la jornada electoral, en aras del cumplimiento del derecho a elecciones libres y de los principios del patrimonio electoral europeo, mediante una evaluación independiente e imparcial del proceso. Desde 2004, la Asamblea Parlamentaria mantiene un acuerdo con la Comisión de Venecia, para que esta última la acompañe en misiones electorales, siempre que la Comisión haya emitido previamente una opinión sobre la legislación electoral donde se celebrarán dichos comicios. La Comisión de Venecia presta asistencia técnica legal durante la observación y apoya a los miembros de la PACE, explicándoles las cuestiones electorales de mayor importancia en el Estado en el que se encuentran y que deben ser tenidas en consideración, amén de exponer aquellos aspectos que puedan generar controversias con el cumplimiento de los estándares electorales.

En cuanto a la existencia y funcionamiento de un sistema eficaz de apelación, que actúe en supuestos de disputas electorales, nos referimos a este cuando abordamos en líneas anteriores que el TEDH estipulaba que al frente de tal sistema, podría estar un tribunal, o un órgano independiente e imparcial, con la capacidad suficiente y necesaria para solventar el asunto objeto de disputa. La Comisión de Venecia es más partidaria de que el sistema de apelación se ponga en marcha ante un cuerpo judicial, siempre que ello sea posible, lo cual ha supuesto en la práctica, una clara diferencia de criterios en esta materia, entre el TEDH y la Comisión.

El derecho a elecciones libres, consagrado en el artículo 3P1, en concordancia con los principios del patrimonio electoral europeo, debe ir necesariamente acompañado del concepto de democracia, que asimismo se vincula a los principios de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Esta trinidad conforma los principios inspiradores no sólo del Consejo de Europa, sino también de la Unión Europea, como vino a disponer el Tratado de Maastricht de 1992, en su artículo 2.

Ello queda patente en otro de los principales documentos de referencia de la Comisión de Venecia y por ende del Consejo de Europa, el Documen-

to de Criterios de Verificación del Estado de Derecho, también conocido como Rule of Law Checklist.

A propósito de la colaboración entre la Comisión de Venecia y el TEDH en el ámbito electoral

La Comisión de Venecia y el TEDH mantienen una estrecha colaboración que queda patente en las Opiniones emanadas de la Comisión, por un lado y en la jurisprudencia del TEDH, por otro, ya que es común la citación recíproca en sus diversas disposiciones. La Comisión suele acudir a la jurisprudencia del TEDH en el momento de emitir sus Opiniones y del mismo modo, el TEDH acude con regularidad – si bien no de forma sistemática –, a los textos elaborados por la Comisión, al comprender que los razonamientos contenidos en estos ayudan a cimentar los argumentos que comprenden la sentencia en cuestión. Aunque el posicionamiento del TEDH, según afirman, sería idéntico, incluyera o no referencias a textos de la Comisión, lo cierto es que, en ocasiones, el trabajo elaborado por la Comisión es utilizado para fundamentar la propia decisión de la Corte, dado que esta dota a ese texto en concreto, un cariz más determinante. Y es que, hasta la fecha, se disponen de más de cien sentencias en las que el TEDH acude a las Opiniones de la Comisión o a lo dispuesto en el Código de Buenas Prácticas, bien para fundamentar su decisión o a modo de citación en una argumentación del Tribunal. La primera referencia explícita del TEDH hacia el Código, la encontramos en el Caso Petkov y otros contra Bulgaria, del 11 de septiembre de 2009.

Asimismo, la Comisión actúa como *amicus curiae*, a petición del TEDH, en asuntos sobre los que este deba pronunciarse. Hasta la fecha, se disponen de siete de estos textos, siendo el más reciente el referido al ya traído a colación, Caso Mugemangango contra Bélgica, que versaba sobre las garantías procesales que un Estado debe garantizar en los procedimientos que impugnan el resultado de una elección o la distribución de escaños (CDL-AD (2019)021).

En cuanto a otras intervenciones que han podido adquirir relevancia en el campo electoral, encontramos la Opinión sobre la prohibición de contribuciones financieras de fuentes extranjeras a partidos políticos, de 2006 (CDL-AD (2006)014), que de hecho fue la primera intervención en materia electoral y que sirvió de precedente para que la Comisión solicitase en posteriores ocasiones intervenir ante el Tribunal. Ejemplo de esto es el Caso Sejdić y Finci contra Bosnia y Herzegovina (CDL-AD (2008)027), que versaba sobre la violación del principio de no discriminación, relativo a los impedimentos en el acceso a cargos públicos, en función de su origen étnico. En materia electoral, nos encontramos también el Caso Rywin contra Polonia, que abordaba un asunto relativo a la prerrogativa de las comisiones parla-

mentarias en materia de investigación y su relación con los procesos judiciales (CDL-AD (2014)013) y, por último, el Caso Berlusconi contra Italia, que versaba sobre las garantías que deben aparejarse a la inhabilitación y revocación de un parlamentario, en aquel caso, del expresidente italiano (CDL-AD (2017)025). Nos encontramos con que, de las siete intervenciones como *amicus curiae*, de la Comisión, cinco han sido en materia electoral, habiéndolo hecho además en su mayoría *motu proprio*, lo cual ratifica lo señalado al inicio de esta aportación, respecto a la especial importancia que otorga la Comisión de Venecia a los asuntos electorales, siendo este uno de sus focos principales de actuación, desde la propia concepción de la Comisión.

Como ya se ha señalado, la Comisión suele acudir a la jurisprudencia del TEDH para elaborar sus Opiniones, adaptando lo contemplado en aquellas sentencias, de modo que las recomendaciones que se efectúen a los Estados en cuestión beban de dicha fuente jurisprudencial, que ha sido contextualizada para ese caso concreto y que por supuesto, cumpla los estándares del derecho a elecciones libres, que promulga el artículo 3P1 del CEDH y que ha ayudado a desarrollar jurisprudencialmente el TEDH.

Reflexiones finales

La lacónica concepción del artículo 3P1 del CEDH, respecto del derecho a las elecciones libres, requería de un esfuerzo interpretativo y un desarrollo, que vino dado por el TEDH, en aras de transformar aquello que parecía tan amplio y abstracto, en un derecho subjetivo, homologable a lo dispuesto en el artículo 25 del PIDCP y en el artículo 21.3 de la DUDH.

La labor de la Comisión de Venecia, a instancia de la PACE, en el desarrollo del Código de Buenas Prácticas en materia electoral, pese a ser un documento no vinculante, ha asentado las bases del patrimonio electoral europeo y ha ayudado – junto con la jurisprudencia del TEDH –, a despejar la bruma de ambigüedad que cubría al derecho a elecciones libres y por ende a su aplicabilidad.

El patrimonio electoral europeo debe ser comprendido, como la necesaria evolución de los ideales y del patrimonio político y tradicional, consagrados en el preámbulo del CEDH y en el preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa, que son la fuente de la libertad individual, de la libertad política y del Estado de Derecho, que a su vez son las bases de la Democracia. La Comisión de Venecia y el Consejo de Elecciones Democráticas, son las instituciones responsables de la promoción, respeto y salvaguarda del patrimonio electoral europeo y de sus principios rectores.

La influencia entre la Comisión de Venecia y el TEDH es claramente bidireccional. La Comisión, en el desarrollo de sus Opiniones y recomendaciones, instrumentos basados en el softlaw, recurre a la jurisprudencia del Tribunal, es decir, al hardlaw. Lo mismo ocurre a la inversa, cuando el

TEDH acude al Código o a Opiniones de la Comisión, para consolidar su argumentación o decisión en el asunto del que se trate. Todo ello no resulta baladí y es la muestra evidente de que la cooperación y las sinergias establecidas entre la Comisión de Venecia y el TEDH, contribuyen a la construcción de un *ius commune* electoral.

Referencias

BIGLINO CAMPOS, Paloma. **La Comisión de Venecia y el Patrimonio Constitucional Común**. Revista General de Derecho Constitucional, n° 28, 2018.

CDL-AD (2020)031. **Directrices Revisadas Sobre La Celebración de Referendos**. Aprobado por el Consejo de Elecciones Democráticas en su 69ª reunión en línea (7 de octubre de 2020) y adoptado por la Comisión de Venecia en su 124ª Sesión Plenaria en línea (8-9 de octubre de 2020).

CDL-PI (2020)020. **Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning the Stability of Electoral Law**. Adopted up to and including the Venice Commission's 125th Plenary Session (11-12 December 2020).

CDL-PI (2020)017. **17ª Conferencia Europea de los Órganos Encargados de la Administración Electoral “El Derecho Electoral y la Administración Electoral en Europa Desafíos Recurrentes y Buenas Prácticas”**. Consejo de Europa, Estrasburgo, Francia. 12 y 13 de noviembre de 2020.

CDL-AD (2002)023rev2-cor. Opinión 190/2002. **Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral. Directrices e Informe Explicativo**. Adoptados por la Comisión en su 52ª sesión plenaria (Venecia, 18-19 de octubre de 2002).

Compendio de Estándares Internacionales sobre Elecciones. Election Observation and Democratic Support. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Bruselas, 2016.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 18ª Ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2013.

FASONE, Cristina, PICCIRILLI, Giovanni. **Towards a Ius Commune on Elections in Europe? The Role of the Code of Good Practice in Electoral Matters in “Harmonizing” Electoral Rights**. Election Law Journal, Volume 16, n°2, 2017.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. **El Sistema Europeo: el Consejo de Europa y los Derechos individuales (I)** en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (Dir.), Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 4ª Ed. Madrid: Ed. Dilex, 2011.

FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos. **Un apunte sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de sistemas electorales**. Revista de Derecho Electoral, n°25, 2018.

GALLO COBIÁN, Virginia. **La Responsabilidad Internacional de las Organizaciones Internacionales y sus Estados Miembros, con particular atención al caso de la Unión Europea**. Navarra: Ed. Aranzadi, 2014.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier, CARMONA CUENCA, Encarna. **¿Hacia una Globalización de los Derechos? El Impacto de las Sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana.** Navarra: Ed. Aranzadi, 2017.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier. **Del compromiso internacional de los estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (art. 3 P1 CEDH)** en GARCÍA ROCA, Francisco Javier, SANTAOLAYA MACHETTI, Francisco, (coords.). *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos.* 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

GARRONE, Pierre. **Le patrimoine électoral européen. Une décennie d'expérience de la Commission de Venise dans le domaine électoral.** *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, N° 5, 2001.

Guía sobre la jurisprudencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derechos de las personas privadas de libertad. Consejo de Europa - Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2022.

HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. **Sistemas Internacionales de Derechos Humanos.** Madrid: Ed. Dykinson, 2002.

HOLMØYVIK, Eirik. **The Right to an Effective (and Judicial) Examination of Election Complaints**, en AA.VV. *European Yearbook on Human Rights.* Ed. Luxembourg: Ed. Larcier Intersentia, 2021.

- LÉCUYER, Yannick. **The Right To Free Elections.** Strasbourg. Council of Europe, 2014.

RUIZ ROBLEDO, Agustín. **El derecho a participar en elecciones libres según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n°30, 2018.

SÁNCHEZ CÁCERES, Luis Francisco. **El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación.** *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n°39. Publicación actas Congreso Internacional 70 Aniversario Declaración Universal de Derechos Humanos, 2019.

ÚBEDA DE TORRES, Amaya. **Los Estándares de Derecho Electoral a la Luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Código de Buenas Prácticas de la Comisión de Venecia.** *Teoría y realidad constitucional*, n° 46, 2020.

ÚBEDA DE TORRES, Amaya. **Democracia y derechos humanos en Europa y en América: estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos.** Ed. Madrid: Ed. Reus, 2007.

USCANGA CASTILLO, Rosalía. **Sobre el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral.** *Temas Selectos de Derecho. Volumen 2. Derecho Electoral.* Ed: Xalapa (México). Instituto Interdisciplinario de Investigaciones. Universidad de Xalapa, 2014.

A AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 153 E A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND, HERZOG VS. BRASIL. DA (IM) PRESCRITIBILIDADE DO PODER *PUNIENDI* DO ESTADO

Flávia do Espírito Santo Batista

Advogada da União. Advocacia-Geral da União. Mestre en Derecho Público pela Universidad de Sevilla

Resumo:

O presente artigo buscará analisar possível conflito intelectual entre a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 e o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos “Guerrilha do Araguaia” e Vladimir Herzog e outros *vs.* Brasil, em especial no que toca à imprescritibilidade dos crimes praticados durante a ditadura militar no Brasil, sob a perspectiva da justiça de transição e os conflitos internos a serem harmonizados. Sobre o caso *in concreto*, em 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a citada ADPF nº 153, perante o STF, sendo requerido que a interpretação contida no art. 1º, parágrafo único, da Lei da Anistia, não contemplasse os crimes comuns praticados pelos agentes de repressão (civis ou militares) contra opositores políticos durante a ditadura militar.

Palavras-chave: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153; Caso Gomes Lund e Hezog; Convencionalidade.

Introdução

O presente artigo versa sobre o conflito intelectual entre a decisão proferida Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 e o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos “Guerrilha do Araguaia” e Vladimir Herzog e outros *vs.* Brasil, no que toca ao alcance

da interpretação contida no art. 1^o, parágrafo único, da Lei da Anistia, ao obstar o julgamento e a revisão dos crimes comuns conexos aos crimes políticos cometidos no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Sobre o caso *in concreto*, em 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a citada ADPF n^o 153, perante o STF, sendo requerido que a interpretação do art. 1^o, parágrafo único, da Lei da Anistia, não contemplasse os crimes comuns praticados pelos agentes de repressão (civis ou militares) contra opositores políticos durante a ditadura militar.

Afere-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no parágrafo primeiro do artigo 102 da Constituição Federal, tendo sido introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 03/93 e representa uma das formas de exercício do controle concentrado de constitucionalidade. Estando regulada pela Lei 9.882, de 1999, a ADPF tem como finalidade evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, incluído os anteriores à promulgação da Constituição vigente.

Para o caso desta abordagem, a aludida Arguição não foi acolhida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento finalizado em 29 de abril de 2010. Para tanto, se considerou inaplicável o *jus cogens*, prevalecendo o entendimento de que a qualificação dos crimes como de lesa-humanidade não afastaria o instituto da prescrição, uma vez que somente lei interna formal poderia mitigar a prescritibilidade da pretensão punitiva do Estado, *ex vi* o art. 107, II do Código Penal, que determina estar extinta a punibilidade pela concessão de anistia, graça ou adulto, além da própria previsão contida nos incisos XLII e XLIV do art. 5^o da Constituição Federal de 1988, os quais determinam que constitui crime inafiançável e imprescritível a prática de racismo², a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

1 Lei n. 6.883, de 1979. Art. 1^o É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1^o - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

2 Sobre o tema, faz-se importante a menção ao julgamento Habeas Corpus (HC) 154248, ocasião na qual o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a injurídica racial é uma modalidade do crime de racismo, e em assim o sendo, não estaria sujeito aos prazos decadenciais que incidem para os crimes contra a honra, de modo que também estaria contemplado pela imprescritibilidade prevista no XLII do art. 5. da CRFB de 1988.

Ressalta-se que no julgamento, a defesa dos representantes do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana fundou-se no reconhecimento parcial da responsabilidade do Estado, ao tentar afastar a caracterização de crimes contra a humanidade como uma norma *jus cogens*, e ressaltando-se a impossibilidade de julgamento e punição dos agentes responsáveis pelas graves perpetradas, em razão da edição da lei de anistia de 1979.

Seguindo-se este mesmo entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no mesmo ano, fora sustentado em defesa, em âmbito supranacional, que a lei de anistia representava uma solução política, indissociável do momento de transição ao regime democrático que vivia o Brasil naquele momento histórico, não se tratando, assim, de uma autoanistia, por ter sido concedida às duas partes em “conflito”.

Finalmente, como um de seus principais argumentos de defesa, o Brasil se comprometeu com a criação de uma comissão da verdade³, uma medida que visa o resguardo da memória e da verdade, elementos imprescindíveis ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Ora, ainda que a decisão prolatada na ADPF 153 tenha sido anterior à decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos Gomes Lund e outros, insta observar que os debates sobre as violações aos direitos humanos pelo Governo brasileiro na Guerrilha do Araguaia, em especial no que toca à Lei de Anistia, já estavam em marcha, tendo o Brasil recebido notificação da Comissão de Direitos Humanos da OEA sobre as recomendações apontadas no Relatório de Mérito nº 91/08⁴, baseado no art. 50 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em outubro de 2008, que criticavam a ineficácia da persecução penal nos casos de desaparecimento forçado e tortura, perpetrados no período da Ditadura Militar no Brasil.

3 <https://www.gov.br/memoriasreveladas/pt-br/assuntos/comissoes-da-verdade>. Acesso em 26 de novembro de 2023.

4 No Relatório de Mérito nº 91/08, a Comissão concluiu que o Estado era responsável pelas violações dos direitos humanos estabelecidos nos artigos I, XXV e XXVI da Declaração Americana, bem como dos artigos 4, 5 e 7, em conexão com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas desaparecidas; nos artigos XVII da Declaração Americana e 3, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas desaparecidas; nos artigos I da Declaração Americana e 5, em conexão com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares dos desaparecidos; no artigo 13, em conexão com o artigo 2 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares dos desaparecidos; nos artigos XVIII da Declaração Americana e 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção, em detrimento das vítimas desaparecidas e de seus familiares, em virtude da aplicação da Lei de Anistia, nos artigos XVIII da Declaração Americana e 8.1 e 25, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas desaparecidas e de seus familiares, em virtude da ineficácia das ações judiciais não penais interpostas no marco do presente caso (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo VII, folha 3655). In https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 29 de novembro de 2023.

Contudo, a sentença da Corte IDH *a posteriori*, infelizmente, não ensejou nova manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação da lei de anistia, apesar desse Tribunal Constitucional ter sido provocado, por mais de uma vez a se manifestar, ante a apresentação da ADPF n° 320 e 350, que reabriram a discussão aqui posta, pois, ao assinar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Brasil se obriga a cumprir as decisões proferidas pela CIDH, que encaminharam pela necessidade de persecução penal dos crimes de lesa-humanidade ou a ele conexos, cometidos por agentes públicos ou civis ou militares, no exercício da função ou fora dela.

O Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil

O Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil versa, em breve síntese, sobre a perseguição política contra integrantes de um movimento de resistência conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, que ocorreu nos idos de 1970, durante o período da Ditadura Militar no Brasil, que resultou na detenção arbitrária, desaparecimento forçado e tortura de 70 (setenta) pessoas integrantes do movimento. Registre-se que tais crimes foram atribuídos a agentes estatais responsáveis por dar cabo ao movimento de resistência na região do Rio Araguaia.

Quando da apreciação do caso, a Corte Interamericana reafirmou sua atribuição para apreciação das violações posteriores ao reconhecimento de sua competência contenciosa por parte do Estado Brasileiro, destacando que as desapareções forçadas são violações permanentes, motivo pelo qual a sua consumação se protraí no tempo. Deste modo, também consagrou sua competência para apreciar a matéria em relação aos fatos posteriores a 1998 e em relação às violações permanentes⁵.

Como desdobramento do julgamento, fora assentada a responsabilização criminal dos autores de crimes graves contra os direitos humanos, com escopo no padrão de violações de direitos humanos existentes na época, com relevo para o desaparecimento forçado. A CIDH ainda ressaltou que:

O Estado (brasileiro) não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, assim como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta sentença (par. 256, b).

Faz-se importante também destacar que no Ponto Resolutivo 15, a CIDH enfatizou a urgência na tipificação do delito de desaparecimento for-

5 *Vid.* Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, n. 219.

çado, nos moldes internacionais, *verbis*:

Ponto Resolutivo 15. O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos

O Caso Herzog e outros Vs. Brasil

O Caso Herzog retratou a tortura e o homicídio do renomado jornalista Vladimir Herzog, que era membro do Partido Comunista Brasileiro⁶, em 25 de outubro de 1975, após ser preso para averiguação, sendo mantido no cárcere e ter sido morto e torturado junto ao DOPS-DOI-CODI, em São Paulo. Após seu falecimento, as autoridades estatais comunicaram que a causa de sua morte teria sido suicídio, informação essa que chegou a constar do atestado de óbito de Vlado.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao reconhecer a responsabilidade do Estado brasileiro pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog e pela mácula causada aos seus familiares, considerou que o Brasil é responsável pela ausência de investigação, de julgamento e de punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, bem como pela aplicação da Lei de Anistia de 1979 no caso, que obstou a persecução penal dos graves fatos apurados.

A CIDH também responsabilizou o Brasil pela violação dos direitos da família (a esposa, Clarice Herzog⁷; a mãe, Zora Herzog; e os filhos Ivo Herzog e André Herzog) a conhecer a verdade e a integridade pessoal de Vladimir Herzog. Ao sentenciar a demanda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de igual modo, recomendou ao Estado brasileiro a investigação judicial completa e imparcial dos fatos, buscando, ao final, a reprimenda penal dos responsáveis por ditas violações⁸.

6 Corte IDH. Caso Herzog y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C, n. 353. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em 25 de novembro de 2023.

7 “E nuvens, lá no mata-borrão do céu, chupavam manchas torturadas, que sufoco louco! O bêbado com chapéu-coco, fazia irreverências mil pra noite do Brasil. Meu Brasil, que sonha com a volta do irmão do Henfil, com tanta gente que partiu num rabo de foguete, chora a nossa Pátria, mãe gentil Choram Marias e Clarices, no solo do Brasil (...). Música de composição de Aldir Blanc e João Bosco, O Bêbado e a Equilibrista, que cita as esposas de Manoel Fiel Filho e de Vladimir Herzog, vítimas da Ditadura Militar no Brasil.

8 *Vid.* Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Supervisão de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos Gomes Lund e outros vs Brasil e Herzog e outros vs.

Nota-se que neste julgamento, a CIDH referendou nos Pontos Resolutivos 07 e 08 de sua sentença, de modo a rebater, por mais uma vez, a imprescritibilidade das condutas perpetradas:

Ponto Resolutivo 07. O Estado deve reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, em atenção ao caráter de crime contra a humanidade desses fatos e às respectivas consequências jurídicas para o Direito Internacional, nos termos dos parágrafos 371 e 372 da presente Sentença. Em especial, o Estado deverá observar as normas e requisitos estabelecidos no parágrafo 372 da presente Sentença.

Ponto Resolutivo 8. O Estado deve adotar as medidas mais idôneas, conforme suas instituições, para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade das ações emergentes de crimes contra a humanidade e internacionais, em atenção à presente Sentença e às normas internacionais na matéria, em conformidade com o disposto na presente Sentença, nos termos do parágrafo 376.

Da Justiça de Transição. Da Convencionalidade e das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

No julgamento da ADPF n. 153, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, considerou-se inaplicável o *jus cogens*, de modo a restar assentado o entendimento de que a qualificação dos crimes de lesa-humanidade não afastaria sua prescrição, uma vez que somente lei interna formal poderia autorizar a pretensão punitiva do Estado para os casos em apreço, em que pese as decisões emanadas pela CIDH seguirem outra vertente, que legitima a apuração na seara penal dos crimes praticados por agentes estatais durante a ditadura militar.

Decerto, é dever do Estado Brasileiro dar máxima efetividade às decisões proferidas pela CIDH (Casos Gomes Lund e Herzog). Em assim sendo, a elaboração de ato normativo formal que viesse a prever tipos penais específicos para crimes de lesa humanidade poderia ser a resposta que contemplaria o descompasso entre as decisões prolatadas.

Como exemplo, tem-se a Lei n. 14.197, de 2021, que, embora tenha sido gestada em um momento político conturbado para o sistema político brasileiro, tornou-se o suporte normativo para o apenamento dos atos de violação às Instituições e à Democracia, ocorridos em 8 de janeiro deste ano.

Busca-se estressar tanto os argumentos explicitados do julgamento

Brasil : sumário executivo / Conselho Nacional de Justiça; Coordenadores Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Isabel Penido de Campos Machado e Valter Shuenquener de Araújo.
– Brasília: CNJ, 2021.

da APDF 154, quanto as decisões proferidas pela CIDH, na perspectiva do controle de convencionalidade, ao ser abordada a (im)prescritibilidade da pretensão estatal de punir.

Outrossim, em complementação ao tema posto, cita-se o julgamento do REsp 1.798.903-RJ, DJe 30/10/2019, ocasião na qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o disposto na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não torna inaplicável o art. 107, inciso IV, do Código Penal, que versa exatamente sobre a prescrição das condutas penais.

Conclusão

A sociedade tem enfrentado novas formas de influxos e pensamentos que conduzem à alteração dos comportamentos humanos, e, em mesma senda, da própria legislação penal, que urge se adequar a estes novos tempos. Como exemplo, temos a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo do Habeas Corpus (HC) 154248, que tipificou a injúria racial como crime imprescritível.

Nesta perspectiva, a incursão do crime de desaparecimento forçado no tipo do art. 148, §2º, do Código Penal Brasileiro (sequestro e cárcere privado), com pena entre 02 a 08 anos, não mais atende aos anseios da sociedade, que almeja que os crimes perpetrados durante a Ditadura não sejam apagados pelo tempo.

Frise-se que a tipificação referida não atende aos parâmetros da jurisprudência lastreada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, consolidada a partir do caso *Goiburú e outros vs. Paraguai*⁹, ao determinar que o desaparecimento forçado seja tipificado como crime permanente, fato que afasta o óbice à persecução penal, constantemente alegado pelas cortes internas. Sob esta temática, em maio de 2016, o Estado Brasileiro internalizou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de modo que este relevante tratado internacional de direitos humanos ostenta o *status* de norma supralegal, de acordo com jurisprudência pacífica junto Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, restou assentada a tese, embasada no instituto da convencionalidade, de que a legitimidade da CIDH decorre do seu reconhecimento enquanto um Tribunal Internacional de Direitos Humanos e não como quarta instância nacional. Leia-se:

Segundo a Corte Interamericana, os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (internalizada pelo Brasil) têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos. De acordo com Anthony Pereira, Embora

9 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/15934c4d6d9ca1cf602e165fc5afa3cf.pdf>. Acesso em 27 de novembro de 2023.

a América Latina ocupe a linha de frente dessa onda de justiça de transicional, o Brasil manteve-se relativamente afastado dessa tendência geral. (...) o Brasil distingue-se pelo fato de seu governo ter se dedicado muito pouco para tratar da violência praticada pelo regime militar. Além de tentativas atrasadas e pouco divulgadas de investigar a morte e o desaparecimento de algumas das vítimas do regime militar e de indenizar as famílias, a atitude oficial do governo brasileiro com relação à justiça transacional foi, principalmente, de silêncio e amnésia. (PEREIRA, 2010, p.25).

Repisa-se que a decisão prolatada pela Corte Interamericana no caso *Julia Gomes Lund versus Brasil* condenou o Brasil por não ter punido os responsáveis pelas mortes e desaparecimentos ocorridos durante a Guerrilha do Araguaia. Nessa oportunidade, foi declarada expressamente a impossibilidade de invocar disposições de anistia, de prescrição ou excludentes de ilicitude como formas de esvaziar a persecução penal, em confronto para com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADPF n. 153.

Para finalizar o debate aqui lançado, deve-se ter em mente que a imprescritibilidade de tipos penais urge ser tratada pelo legislador com muito esmero, pois, de modo contrário, traria tamanha instabilidade, diante da ameaça às garantias fundamentais de segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa, pois submeteria o cidadão à eterna ameaça da repressão estatal. O que se tenta dizer aqui é que a imprescritibilidade pode pender mais para crimes patrimoniais, que assolam a parte mais carente de nossa população.

Assim, reafirma-se a necessidade de observância dos limites delineados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que apenas os crimes praticados com viés desumano possam vir a integrar este novo rol, tão necessário à densificação do não esquecimento.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 de novembro de 2023.

BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em 10 de novembro de 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Brasil, 24 de novembro de 2010. Serie C N°. 219.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Herzog e outros Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de março de 2018. Série C N° 353.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Supervisão de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos Gomes Lund e outros vs Brasil e Herzog e outros vs. Brasil : sumário executivo / Conselho Nacional de Justiça; Coordenadores Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Isabel Penido de Campos Machado e Valter Shuenquener de Araújo. – Brasília: CNJ, 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 29 de novembro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em 11 de novembro de 2023.

PAGLIARINI, Alexandr, & GÉLIO Graciele. (2019). A efetividade dos direitos humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Do Instituto De Direito Constitucional e Cidadania*, 4(2), 10-31. <https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v4n2.pagliarini.gelio>

PEREIRA, Anthony. Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL MARCO DE NACIONES UNIDAS

Javier López de Goicoechea Zabala

Doctor en Filosofía y Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid

Resumen:

En el marco internacional, Naciones Unidas, tanto en el artículo 18 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, como en resoluciones posteriores del Comité de Derechos Humanos, ha aclarado que la libertad de ideas y creencias es un haz del que manan libertades tales como la de conciencia, la de pensamiento y la de religión, que a su vez implican tanto el respeto al culto y ritos, a la enseñanza y a la libre expresión de sus contenidos programáticos. Partiendo de este estado de la cuestión, nos proponemos desarrollar la hipótesis de la desigual incorporación de estos principios universales en la dinámica de los Estados miembros de Naciones Unidas, hasta el punto de suponer un posible incumplimiento del artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de posteriores resoluciones. Para este fin, utilizaremos el desarrollo material reflejado en la Declaración sobre la eliminación de toda forma de intolerancia y discriminación por motivos religiosos de Naciones Unidas del año 1982, donde se fijan los contenidos mínimos de garantía para que un Estado pueda considerar que cumple con la garantía y protección del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión en su modelo social y en su marco jurídico.

Palabras clave: Religiones; Libertad religiosa; Garantías; Discriminación; Tolerancia.

Delimitación del problema

Las creencias religiosas forman parte de sistemas metafísicos e imágenes culturales del mundo, dotadoras de sentido y, por lo tanto, de respuestas a los grandes interrogantes de los seres humanos; son cosmovisiones orientadoras que ofrecen un horizonte global además de ofrecer valores y orientaciones que apelan, no sólo a la razón, sino también a los sentidos y afectos humanos. En consecuencia, parece que las creencias responden a expecta-

tivas humanas que superan la racionalidad, dado que el ser humano es una realidad psicosomática que sirve de sustrato de la razón y sus construcciones teóricas y prácticas. Y así, el deseo, la imaginación y la fantasía van mucho más allá de lo que nos permite la razón, por lo que ésta debe estar abierta y en permanente diálogo con tales dimensiones del ser humano (Estrada, 2001).

Precisamente por eso, como afirma A. Cortina, la única forma de normalizar y materializar el hecho religioso en nuestras sociedades, que podemos describir como de *ciudadanía compleja*, es asumiendo que una sociedad laica debe permitir crecer en su seno a aquellas creencias que cumplan los mínimos éticos requeridos, sin apostar por ninguna de ellas. Es decir, será esa ciudadanía compleja la que acoja y asuma en su seno las diferentes creencias, cosmovisiones o formas de identidad religiosa, dentro del principio de igualdad y de no discriminación. El discurso de la dignidad, del diálogo, de la comunidad cosmopolita, de la igualdad y de la libertad de todos los seres humanos, así como el discurso de la sacralidad del ser humano, resulta un discurso de mínimos de justicia y de felicidad humana, es decir, de plenitud. Y esto entra de lleno en el reconocimiento del pleno desarrollo de la personalidad que amparan todas las declaraciones y convenciones universales de derechos, así como los textos constitucionales de las democracias avanzadas (Cortina, 2001).

Pero no todas las sociedades han tenido la misma evolución hacia sociedades secularizadas y complejas, como en el caso de las occidentales. En efecto, históricamente, en Occidente, el mundo greco-latino nos dejó un modelo cosmológico, donde el individuo debía acomodar su vida y sus creencias al ideal de la *Polis*. Este ideal no era otro que la consecución personal y comunitaria de la armonía reflejada en el Cosmos, un Cosmos perfecto, *per se sufficiens*, cuyas normas y deberes de convivencia se encontraban integradas en el *nomos* de la *Polis*. El *politei*, no tenía más que seguir la estela y el reflejo de ese *nomos* para alcanzar su propia felicidad, plenitud o *eudemonía*. Posteriormente, será el cristianismo el que asuma el control social e individual a través de un orden teológico o teocéntrico. Donde el mundo heleno había puesto al Cosmos como principio y fin, ahora será el Dios providente judeo-cristiano el que determine el desarrollo de los individuos y sus sociedades. Pasamos, así, de un modelo cosmológico a un modelo teológico. Ambos modelos son esencialmente heterónomos, es decir, los principios y deberes que dimanen de ellos no se deben a la autonomía del individuo, como luego desarrollará la modernidad, sino que dependen de designios exteriores al ser humano, bien como Cosmos armónico o bien como Dios providente. Después de siglos de Cristiandad, la modernidad inaugura un nuevo modelo social de convivencia, donde el ser humano se sitúa en el centro de la realidad, antropocentrismo, y su autonomía racional ya no le hace depender de instancias heterónomas.

En esta modernidad autónoma y racional, la religión mantiene un papel diferenciado según los autores y los tiempos que tomemos como referencia. Así, por ejemplo, la primera modernidad sostiene desde autores como J. Bodin, M. Lutero, J. Locke o A. de Tocqueville, que la religión supone un elemento imprescindible para cualquier sociedad, puesto que se constituye como un factor socializador y catalizador de la ciudadanía, además de otorgar a esos ciudadanos un sustento de identidad individual altamente importante para su vida cotidiana. De esta forma, si Lutero piensa que los gobernantes deben alentar y proteger la religión en sus reinos, porque es fuente de obediencia y cumplimiento por parte de sus súbditos; o Bodin llega a plantear una religión unificada y sincrética como elemento imprescindible para la paz social; y Locke entiende que la religión forma parte de ese núcleo indestructible de la individualidad ciudadana; será Tocqueville, en su afamado recorrido por la naciente democracia norteamericana, el que alabe el espíritu religioso y liberal de católicos y protestantes en sus respectivos Estados fundacionales, otorgando al ideal religioso tolerante ser una de las raíces indiscutibles del nuevo sistema democrático liberal de los nacientes Estados (Tocqueville, 2010).

Sin embargo, la segunda modernidad, la ilustrada e idealista, desde autores como Voltaire, Comte, Feuerbach, Marx, Nietzsche o Freud introducen la denominada “sospecha” sobre lo religioso y el papel que juega en las sociedades modernas, entendiendo, más bien, que representa una alienación o un estadio primitivo y superable de la evolución del ser humano, dejando un rastro de inquietud sobre el papel de las religiones en las sociedades civiles y su posible encaje en las mismas. Hoy en día, el debate sigue abierto, y dos autores de tradiciones diferentes como Habermas y Rawls nos dicen que lo que denominan como “razones comprensivas de la realidad” son fruto de la libre autodeterminación del individuo, pero que deben acompasarse con la denominada “razón pública” que es la matriz última de la convivencia social (Rawls; Habermas, 1998).

A partir de estos tiempos históricos bien marcados, podríamos decir que el constitucionalismo moderno suele afrontar el problema del encaje constitucional de esas razones comprensivas desde, al menos, cuatro posturas bien diferenciadas. Por un lado, la herencia de la independencia de los diferentes Estados norteamericanos llevó a un modelo que podríamos calificar de *separatismo* perfecto, en el que lo religioso supone un elemento indisoluble de la libertad del individuo y, por tanto, es absolutamente respetado por la razón pública civil, aunque ambas realidades desempeñan funciones claramente diferenciadas, por lo que no chocan entre sí en ningún momento, dado que circulan por carriles nítidamente diferenciados. Por su parte, el modelo francés de la conocida *Ley de Separación entre la Iglesia y el Estado* de 1905, instaura el llamado modelo *laicista*, en la que lo religioso queda absolutamente al margen de la vida pública con todas sus consecuencias. En tercer

lugar, la tradición protestante de las Iglesias nacionales y la tradición ortodoxa, también han propugnado su propio modelo *confesional* en el que no se ve ningún problema en que el Estado asuma como propia una confesión determinada, dentro de un régimen general de libertad religiosa. Por último, y siguiendo en este caso la tradición constitucional alemana, otros países han optado por un régimen mixto que podríamos denominar como *aconfesionalismo cooperante*, según el cual los Estados deben ser neutrales ante el fenómeno religioso, lo que no quita para que puedan llegar a acuerdos puntuales con las diferentes confesiones religiosas de sus países respectivos, acuerdos beneficiosos o de mutuo interés para ambas partes (Souto Paz, 2003).

En conclusión, la libertad de creencias debemos entenderla, interpretarla y desarrollarla dentro del libre ejercicio por parte de la ciudadanía de sus opciones ideológicas y religiosas, y como manifestación de su autonomía personal, por lo que en su tratamiento los Estados lo que tienen que velar en realidad es por la libertad como valor superior de todo el ordenamiento jurídico y del propio sistema democrático, porque de esta forma, sea la cual sea la forma que adopten en la regulación concreta del fenómeno religioso, se estará garantizando sobremanera y sin excepciones todo el haz de libertades especiales que manan de ese principio fundante que es la libertad. Sólo así se garantizará de verdad la participación de los grupos religiosos en nuestras sociedades complejas.

La libertad de creencias en el ámbito internacional

La amarga experiencia de las dos guerras mundiales y las consecuencias dramáticas del genocidio nazi, supusieron la ruptura con la llamada Sociedad de Naciones de 1919, que nada pudo hacer frente a tales acontecimientos, y la instauración de un nuevo organismo internacional que asegurase el mantenimiento de la paz, incluso con el uso de la fuerza siempre que fuera preciso para el interés común, además de promover en todo el mundo el progreso económico, social y cultural de todos los pueblos (Souto Galván, 1999).

Y para preservar la paz y convivencia entre todas las culturas, Naciones Unidas consideró como pilar básico de la paz el establecimiento y cumplimiento universal de los derechos fundamentales del ser humano, basados en su igualdad, dignidad y valores especiales de los mismos. Así, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, confirma los derechos y libertades que son inherentes al respeto a la dignidad humana, incluida la libertad de creencias. Este es hoy un depósito ideológico y un referente ético indiscutible, pues a pesar de haber sido criticado por representar tan sólo a la cultura occidental, en realidad ha conseguido el respaldo y adhesión del mayor número de países a nivel mundial que cualquier otro documento similar. En el *Preámbulo*, se manifiesta como la aspiración más elevada del ser humano, “el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del terror y

de la miseria, disfruten de la libertad de la palabra y de la libertad de creencias”. Y en su art.18 reconoce que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, incluyendo el derecho a cambiar de religión o creencias, y poder manifestar libremente dichas creencias en público o en privado, a través del culto, la enseñanza o sus prácticas religiosas.

Toda esta declaración implica la libertad religiosa, pues de ella se habla cuando se expresa la libertad de conciencia, la libertad de creencias, la libertad de expresión o la libertad de culto. Aunque el texto definitivo prefirió referirse a la libertad de conciencia y de pensamiento, desapareciendo cualquier referencia a las creencias religiosas en concreto. De hecho, fueron los *lobbys* judíos los que consiguieron que se mantuviera la expresión libertad religiosa, pues la primera idea era encajarla en la expresión libertad de pensamiento. Finalmente, el texto recoge no sólo un derecho a la libertad de creencias, sino a la libertad de pensamiento y de conciencia, en el sentido de un derecho genérico a sostener una cosmovisión determinada. Pero, ¿se trata de un conjunto de libertades reconocidas o más bien de una sola libertad que tiene sus diferentes manifestaciones? Pues bien, las posteriores interpretaciones parecen que sostienen la tesis de una sola libertad de cosmovisión individual o colectiva, que luego se manifestarían en diversos contenidos materiales con libertades diversificadas. Esta fue la interpretación del Comité de Derechos Humanos de NU en 1993 (Souto Galván, 1999).

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 surge para lograr una mayor eficacia en la protección de los derechos humanos de la Declaración del 48. Así, surgen los dos Pactos sobre derecho civiles y políticos, y sobre derechos económicos, sociales y culturales. En el primero de ellos, en su art.18, se reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, con todas sus manifestaciones individuales o colectivas. En este sentido, esta declaración aporta la distinción nítida entre la libertad de tener y la libertad de manifestar, protegiendo ambos ámbitos de la libertad de creencias; y, además, conecta directamente la libertad de creencias con la libertad de educación religiosa y moral.

La libertad de tener una creencia determinada se plantea como un derecho absoluto que no puede ser objeto de coacción, limitación o restricción. Lo mismo que la libertad de cambiar de creencias o renunciar a ellas. Esta distinción parte de una sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU al interpretar la primera enmienda, en la que encuentra el reconocimiento de la libertad de creencias y la libertad de obrar, la primera como derecho absoluto, el segundo como mera posibilidad. Así, el Comité de Derecho Humanos entendió que la libertad de tener o adoptar una religión es incompatible con el recurso a la fuerza o a sanciones penales, o incluso con restringir la educación, los servicios médicos o el empleo. Y es una libertad que incluye el culto, los ritos, el uso de distintivos o vestimentas particulares o, incluso, el

uso de una lengua propia del grupo (el latín o el hebreo clásico, por ejemplo). Todo ello es manifestación de la libertad de creencias y de sus contenidos ideológicos y éticos (Souto Paz, 2003).

Esta libertad de manifestar dichas creencias puede toparse con algunas restricciones vinculadas a la protección de la seguridad, el orden público, la salud o la moral pública, o los mismos derechos y libertades fundamentales. Pero lo que no se puede restringir en ningún caso es la libertad a tener una determinada creencia, cosa recogida en el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* con claridad, distinguiendo con precisión las limitaciones legales que pueden imponerse a las manifestaciones de la libertad de creencias y la intangibilidad de la libertad a tener una determinada creencia. Por otro lado, la interpretación de dichas limitaciones por razón de la salud, moralidad u orden público, tendrá que hacerse a través de la cultura concreta de cada pueblo y Estado. Es decir, cada país tendrá que definir los supuestos legales sobre reunión, manifestación o asociación, que habrán de aplicarse también al ámbito de la libertad de creencias.

El año 1981, Naciones Unidas precisó aún más el alcance de los Pactos civiles y políticos en materia de libertad de creencias, con la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*. En ella se establecen y especifican los derechos individuales y colectivos de la siguiente forma: practicar el culto o celebrar reuniones; fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias; confeccionar, adquirir y utilizar materiales para sus prácticas; escribir y difundir publicaciones; solicitar y recibir contribuciones; estructurar internamente la asociación; observar días de descanso y festividades propias; y, finalmente, establecer relaciones en el ámbito internacional.

La otra novedad del art.18 del Pacto es la referencia al derecho de los padres o tutores legales a garantizar la educación religiosa y moral de sus hijos según sus propias convicciones. Esto implica que el Pacto vincula la libertad de educación (art.26.2) con la libertad de creencias, al entender que la educación incide en el desarrollo moral y de la personalidad de los individuos, por lo que no se limita a la transmisión de conocimientos objetivos sino a la transmisión de valores. Esta vinculación también se ha establecido en el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966), donde se exige a los Estados participantes que respeten la libertad de los padres de escoger la educación de sus hijos, dentro de las exigencias mínimas por parte del Estado para todo tipo de centros educativos. No se trata, por lo tanto, de un derecho-prestacional por parte del Estado, sino de un derecho-libertad ejercido por los ciudadanos (Souto Galván, 2004).

También sobre esta materia la Declaración de Naciones Unidas del 81 matiza aún más el derecho a elegir la educación: los padres tienen el derecho a organizar su vida familiar según sus convicciones; el derecho de los niños a recibir la educación que consideran sus padres; la prohibición de cualquier

tipo de discriminación por razón de religión o convicciones; cuando un niño se halle fuera de la tutela paterna, se tendrá en cuenta los deseos de éstos; cualquier práctica no puede suponer el perjuicio físico o psicológico de los niños. Es importante matizar que respecto a las administraciones públicas, no tienen la obligación, si no lo consideran oportuno por el interés general, de ofrecer una enseñanza religiosa según el criterio de los padres para sus hijos; lo que sí tienen que guardar es el respeto en sus enseñanzas a las creencias y convicciones de todos, sin imponer una determinada cosmovisión. Esto tampoco es incompatible con que los Estados puedan articular en el sistema educativo una formación en los valores compartidos por la comunidad internacional, reflejados, por ejemplo, en los textos de Naciones Unidas. De hecho, si hubiera colisión de creencias, lo habría en este caso por parte de quienes quisieran imponer una visión contraria a la de los pactos internacionales, patrimonio común de la humanidad. Es más, dicha colisión podría entrar dentro de la protección física y mental que incorpora la Declaración del 81, pues la comunidad internacional declara que estos principios son el mínimo común ético del que se debe partir.

El art.27 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* declara que en los Estados donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negarán los derechos correspondientes. Además, en 1992 Naciones Unidas aprueba la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas*, desarrollando las previsiones del art.27 del Pacto y creando una Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de minorías, para su seguimiento especializado.

La primera dificultad en ese seguimiento fue la propia expresión de minoría, puesto que ni el Pacto ni la Declaración la definen, aunque de los debates previos pueden sacarse los siguientes contenidos: minoría numérica de ciudadanos en un Estado; que no tienen posición dominante; con características especiales; y un sentido de solidaridad de grupo para preservar dichas características especiales. Pero lo importante es la finalidad común del Pacto y de la Declaración: la protección y la prevención de cualquier tipo de discriminación e intolerancia. Por eso se ha venido interpretando que el concepto de minoría religiosa estaría protegido por la más amplia protección de la libertad de creencias. ¿Es necesario añadir una protección especial para el caso de que dichas creencias se constituyen en minoría dentro de un Estado? Sólo cuando dicho grupo pueda estar en una situación de vulnerabilidad y ser objeto de acoso, discriminación o violencia. Es decir, no se trata de proteger a una minoría por el mero hecho numérico de serlo, sino de que esa situación de minoría, dentro de su contexto social y político, pueda acarrearle un señalamiento objetivo que induzca a comportamientos de exclusión, coacción o violencia contra dicho grupo (Souto Paz, 2003).

Tan sólo cabría hacer, quizá, una distinción por su especial identidad o por su relevancia política. Porque, en realidad, el problema podría plantear-

se en un Estado aconfesional y respetuoso con todas las manifestaciones religiosas, cuando un grupo minoritario requiera una atención o reconocimiento especial, que podría topar con el principio de igualdad y las garantías generales de derechos y libertades. Por eso tan sólo de deberían admitir excepciones en función de una especial protección de un grupo por motivos relacionados con la tolerancia religiosa o con su real discriminación por motivos culturales. Porque en la Declaración sí se incluye una referencia expresa a la necesidad por parte de los Estados de que adopten las medidas precisas para prevenir la discriminación de cualquier grupo y la promulgación o derogación de leyes que tengan por finalidad desterrar todo riesgo de discriminación o intolerancia religiosa.

La recepción de la libertad de creencias en el marco Europeo

La Unión Europea, constituida mediante el Tratado de Maastricht, el día 7 de febrero de 1992, después de un largo proceso de integración económica y, en parte, política, resulta un nuevo ámbito de decisión para los Estados miembros y, por tanto, un nuevo ámbito también de defensa y garantías de la libertad de creencias. Aunque, de momento, y hasta que no cuente con una verdadera Constitución política, resulta ser más una unión económica y financiera que propiamente una verdadera unión política federal (Souto Paz, 2003).

Uno de los aspectos más relevantes de la UE es, sin duda, la libre circulación para todos los ciudadanos de los Estados miembros. Aunque el verdadero sentido de esta primera libertad no es considerar al ciudadano en su dimensión humana y cultural, sino en su estricta dimensión profesional, mercantil y comercial. Aunque el libre desplazamiento de profesionales y empresarios sí permite un primer paso de cara a considerar a los ciudadanos europeos en su dimensión más humana, a través del empleo y de su capacitación profesional.

Esa ciudadanía europea se manifiesta hoy a través de las siguientes garantías: derecho a la libre circulación y residencia; derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo; derecho a la protección diplomática y consular; y derecho de petición ante el Parlamento Europeo, así como a la protección del Defensor del Pueblo Europeo. Por tanto, de momento habrá que seguir apelando a los derechos y libertades garantizados en cada Constitución estatal, aunque se prevé su ampliación a través del Consejo Europeo y de una futura Constitución Europea. Sin embargo, esta parquedad garantista queda salvada por la remisión que hace el art. F del Tratado al Convenio para la protección de los DDHH y Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 1950. Dicha integración se hace por la vía de los Principios Generales del Derecho Comunitario y por la praxis jurisprudencial del Tribunal de Justicia. Pues bien, con este marco jurídico po-

demos adelantar que la libertad de creencias se encuentra garantizada por el derecho de la Unión, pues el art.9 del Convenio Europeo declara lo siguiente: toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión; y la libertad de manifestar su religión y sus convicciones, salvadas las limitaciones lógicas de protección del orden, moral y salud públicas, además de los derechos y libertades de los demás ciudadanos (Souto Paz, 2003).

En octubre de 1997 se firmaba en Ámsterdam un nuevo Tratado que modificaba parcialmente el anterior del 92. El art. F sobre libertades queda ahora recogido en el art. 6 del Tratado de Ámsterdam de la siguiente forma: la Unión asume los principios de libertad, democracia y respeto a los DDHH y a las libertades fundamentales; la Unión respetará los Derechos Fundamentales según se desprende del Convenio Europeo del año 1950; la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros; y la Unión se irá dotando de los medios precisos para alcanzar sus fines políticos. Lo más relevante es el impulso político basado en la democracia y en los Derechos Fundamentales como base de un futuro Estado Europeo de Derecho, y que la ciudadanía europea se contempla como complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.

Un segundo elemento importante de este Tratado está en la Declaración 11, donde se declara que la Unión respeta y no prejuzga el estatuto reconocido por cada Estado a las iglesias y asociaciones religiosas; y que respeta, igualmente, el estatuto de organizaciones filosóficas y no confesionales. Por tanto, se hace compatible la libertad religiosa con la confesionalidad estatal o el laicismo estatal. Es decir, la Unión no interfiere en el régimen interno de cada país miembro, lo cual es bueno pero también puede traer largas discusiones y conflictos, aunque la vía de resolución debe ser la equiparación de las asociaciones religiosas a las de contenido filosófico o ideológico. Quizá el único escollo importante a día de hoy sea el anexo al tratado de adhesión de Grecia, en el que se reconoce un estatuto especial sobre el Monte Athos, lugar de culto ortodoxo y coto exclusivo para fieles masculinos, rompiendo el principio de no discriminación por razón de sexo. Esta declaración tan respetuosa con las tradiciones culturales y religiosas de cada Estado miembro atiende, sin duda, a la complejidad histórica de cada uno de dichos Estados y a constatar que secularmente las diferencias religiosas fueron uno de los componentes esenciales de luchas y guerras entre los mismos durante muchos siglos (Souto Paz, 2003).

Por su parte, resulta importante recordar que el Consejo de Europa surgió como un organismo de coordinación entre los Estados miembros, sin renuncia por parte de estos a su soberanía nacional. Fue creado en 1949 en Londres, y consta de una Asamblea Parlamentaria y de un Comité de Ministros. Su misión es fundamentalmente política, partiendo de la democracia pluralista y parlamentaria, el Estado de derecho y el respeto a los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se trata, por tanto, la alternativa po-

lítica a la Unión Europea. Este fue el marco donde surgió el Convenio de 1950 sobre protección de los Derechos Humanos, firmado en Roma. Se inspiró en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de NU de 1948, lo que no impide que el Convenio declare toda una serie de libertades y derechos básicos para su garantía. Entre estos derechos y libertades destacan: el derecho a la vida; a la integridad física y psíquica; a la libertad y seguridad; a un juicio justo; a la vida privada y familiar; libertad de pensamiento, conciencia y religión; asociación; y al matrimonio. Un protocolo adicional incluye en derecho a la educación conforme a las convicciones de los padres y el derecho a la libre circulación y elección de residencia.

Entre las garantías procesales destaca la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, que resulta un verdadero modelo de garantía de los derechos y libertades, por su funcionamiento y por la jurisprudencia que aporta, que debería llevar a la Unión Europea a admitir su jurisdicción para cuestiones que afecten a los derechos y libertades fundamentales, puesto que ya se han reconocido los contenidos del Convenio. Sería la forma perfecta para cubrir el vacío actual de la Unión Europea en la garantía de los Derechos Humanos, aunque de momento el órgano encargado de dirimir controversias sobre el derecho de la Unión Europea sigue siendo el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Recientemente, este tribunal ha advertido sobre la inadecuación de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en el marco de la Unión, al tener competencia sobre países que no forman parte de la propia Unión Europea. Este inconveniente jurídico de competencia es salvado con la doble pertenencia de los Estados de la Unión al Consejo de Europa.

En este marco garantista doble, la libertad de creencias queda regulada por el Convenio, en su art. 9, que reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, aunque su interpretación podría valer para proteger lo que genéricamente podríamos entender como libertad de cosmovisión o de concepción de la vida, ya sea su origen filosófico, ideológico o religioso. Esta libertad de elegir su propia cosmovisión es un derecho absoluto y no puede ser limitado por nadie, cosa que la diferencia de la libertad de manifestación que sí puede limitarse en función del bien común. Lo importante, ahora, es que la Unión Europea colme el vacío normativo sobre esta materia, bien por la remisión ya realizada al marco de la Convención del 50 y al Tribunal Europeo de los DDHH, o bien por la creación de un cuerpo de derecho y libertades que pudieran ser garantizados efectivamente por el Tribunal Europeo de Justicia, como finalmente se ha realizado. En todo caso, no debemos olvidar que cada uno de los Estados está obligado a garantizar la libertad de creencias reconocida, no sólo en la Convención Europea del 50, sino también en el marco de Naciones Unidas, a través de la Carta del 48 y del Pacto de derechos civiles y políticos del 66.

Conclusión: las creencias religiosas en el ámbito de las relaciones internacionales

A la luz del recorrido que hemos hecho por la normativa vigente, tanto a nivel convencional de Naciones Unidas como a nivel de la Unión Europea, nadie puede dudar de la importancia que las creencias religiosas y sus confesiones han tenido y tienen en el marco de las relaciones internacionales a día de hoy. Las relaciones internacionales se conforman entre Estados, pero éstos comprenden a sociedades y culturas concretas que viven y se desarrollan en un marco comprensivo de la realidad donde las creencias religiosas suelen jugar un papel determinante en muchos casos. Alcanzar acuerdos de cooperación entre Estados o dirimir disputas seculares entre los mismos, dependiendo la materia de dichos acuerdos, puede tocar la fibra sensible de las sociedades en conflicto. En muchas ocasiones los desacuerdos, incluso conflictos armados, entre estos Estados tiene un sustrato histórico basado en diferencias inconciliables por motivos religiosos. De tal manera que los diferentes agentes internacionales y diplomáticos deben conocer y dominar estos aspectos que se escapan de los puros intereses políticos, económicos o territoriales (Rawls, 2001).

Como hemos visto, a lo largo de la historia las creencias religiosas han ido conformando la estructura social y política de muchos pueblos y Estados. Los modos racionales que la modernidad impuso de cara a constituir nuevos órdenes políticos, no supuso el abandono u olvido de las tradiciones culturales y, en concreto, religiosas de cada pueblo. Tampoco la secularización contemporánea de nuestras sociedades occidentales pueden ocultar la raíz religiosa de muchas de sus instituciones políticas, jurídicas y sociales, hasta el punto, como hemos visto, que países que nadie dudaría de su modernidad y secularización presentan, sin embargo, vinculaciones con creencias y confesiones que conforman, no sólo su *modus vivendi*, sino sus propias relaciones con el resto de sociedades y Estados (Habermas, 2011). En este sentido, y como ejemplo, si nos fijamos en los países europeos de tradición protestante, nadie dudará de sus políticas internas y externas totalmente secularizadas, desarrollándose por los lógicos intereses políticos y económicos de dichos países. Sin embargo, la unión constitucional con sus iglesias reformadas expresa algo más que un puro simbolismo en las ceremonias de Estado. O cuando hablamos de países de tradición católica, el sur de Europa o buena parte de los países latinoamericanos, al margen de la configuración constitucional de la libertad religiosa, son países y sociedades donde la moral católica incide de una manera clara en decisiones del orden político y jurídico (Polo Sabau, 2006). En todos estos casos, alcanzar acuerdos internacionales sobre materias que afectan a la familia, el comienzo o el final de la vida, o la preponderancia del bien común sobre el bien particular, siempre será complicado si no se respetan estas cosmovisiones sobre la realidad. Recor-

demos las dificultades en el la firma, ratificación y cumplimiento del acuerdo resultante de la Conferencia de Pekín sobre los derechos reproductivos de la mujer. Algo tan básico para buena parte de la humanidad, resulta absolutamente inconcebible para la otra parte. Hacer valer la autonomía procreativa de la mujer y, por ejemplo, algo tan elemental como su acceso a la información sexual y el respeto a su autonomía procreativa, se topará con un auténtico muro de incompreensión, no sólo de las autoridades de algunos países, sino incluso de la propia sociedad.

Otro hecho significativo en esta compleja relación entre las creencias y el marco político internacional, lo podemos observar en el comportamiento de los propios gobiernos y partidos políticos de cualquier país. Todos ellos, en sus programas fundacionales, toman posición respecto de la cuestión religiosa. Un caso realmente sintomático resulta la posición política de los gobiernos surgidos después de la caída de la Unión Soviética. Después de setenta años de un régimen formalmente ateo y renuente de cualquier actividad religiosa, aunque una religiosidad fuertemente arraigada en la sociedad rusa, dichos gobiernos y los partidos que los han sustentado, a pesar de su nostalgia de los viejos tiempos soviéticos, han establecido unas inmejorables relaciones con la iglesia ortodoxa rusa. Y no olvidemos, recientemente, el acuerdo del Vaticano con el régimen chino, reconociendo los obispos nombrados en la denominada iglesia nacional china, antes apartada de la clandestina y perseguida iglesia católica. Pues bien, ahora tanto la diplomacia vaticana, una de las más antiguas del mundo, y el gobierno chino restablecen relaciones y fuerzan la oficialidad por ambas partes de aquella iglesia nacional china como la auténtica representante de la iglesia católica en aquél país. País, por cierto, que a pesar de su comunismo oficial, nunca a renunciado a la ética-religiosa de origen confucionista que alienta a buena parte de su población.

Es decir, la política interna y exterior se encuentra frecuentemente orientada por las creencias de las sociedades de conforman los Estados. No sólo se dan conflictos de naturaleza religiosa en casos paradigmáticos como el palestino-israelí. Recordemos que las denominadas “primaveras árabes” a lo lardo de todo el norte de África, supusieron un enfrentamiento entre regímenes despóticos y unas sociedades que anhelaban libertad. Pero, con el tiempo, hemos comprobado cómo esa libertad que proclamaban los jóvenes estudiantes en las plazas de sus ciudades no era la libertad de la Ilustración europea, sino una libertad entendida desde su *pre-comprensión* religiosa, en este caso musulmana. Hasta el punto de que aquellas revueltas que nos recordaban a las revueltas universitarias de París o de California de los años sesenta, resulta que finalmente se convirtieron en revueltas esencialmente religiosas, para sorpresa e incompreensión de las miradas occidentales. Por tanto, son muchos los conflictos actuales en el marco internacional que tienen o tuvieron un origen religioso, lo cual nos obliga a realizar un ingente esfuerzo

de interpretación de realidades sustancialmente diferentes a nuestra mirada occidental y secularizada.

Todas estas realidades y, hasta cierto punto, contradicciones lo que nos enseñan es que el fenómeno religioso, en sus diferentes facetas, suele estar presente en nuestras sociedades, bien de manera soterrada o bien de manera clara y expuesta. Lo religioso, incluso en sociedades fuertemente secularizadas, supone una dimensión de sentido que ninguna sociedad ni gobierno puede ni debe soslayar, dado que para un buen número de ciudadanos supone su propia conexión con lo social y lo político. Existen en nuestro mundo del siglo XXI realidades políticas basadas en concepciones culturales *monológicas*, habitualmente de contenido religioso. Estos modelos sociales imponen a sus ciudadanos una mirada única sobre la realidad, una única cosmovisión, que habitualmente surge de sus creencias religiosas. Por el contrario, en nuestros países occidentales de democracias liberales, el modelo cosmovisivo es plural, *plurilógico*, es decir, asumimos que vivimos en sociedades complejas donde existen variadas formas de entender y comprender la realidad, y todas ellas tienen cabida en la construcción de la razón pública (Habermas, 2011).

Pues bien, este sustrato *monológico* o *plurilógico* de las sociedades que conforman el marco internacional, resulta esencial a la hora de determinar acuerdos o políticas de cooperación entre Estados y sociedades, dado que tales acuerdos podrán realizarse en la medida que respeten la conformación cultural y religiosa de dichas sociedades. Es más, en el propio marco de Naciones Unidas, los Estados que representan concepciones *monológicas* de sus sociedades, siempre actuarán y serán coherentes con la conformación de dichos modelos sociales, auspiciando y respaldando acuerdos que sean sensibles y respeten las diferentes tradiciones culturales y religiosas de dichos pueblos. Las dificultades de alcanzar una ratificación unánime de propuestas que deberían general el consenso universal sobre materias básicas en el desarrollo de los Derechos Humanos, responden, habitualmente, a lo que cada Estado interprete sobre el grado de respeto de tales medidas y desarrollos. El proselitismo occidental de sus sociedades plurales y complejas no suele ser admitido por sociedades unitarias y sometidas a una cosmovisión cerrada. El equilibrio diplomático que deben regir las relaciones internacionales parte de este hecho inexorable que suponen las diferentes formas de entender la realidad, al propio ser humano y sus relaciones sociales e intersubjetivas (Rawls, 2001).

Toda esta compleja realidad internacional debe hacernos reflexionar sobre el, todavía, importante papel de las religiones en nuestro mundo actual, entendidas como tradiciones culturales o como confesiones con su estructura y actividades de culto. Entender y asumir un marco complejo de relaciones internacionales, no sólo se limita a los diferentes intereses políticos, económicos y geoestratégicos, sino también al enorme abanico de tradiciones culturales y religiosas que socializan a millones de ciudadanos en el mun-

do, conformando estructuras de poder político cuya base se cimenta, precisamente, en esos estratos religiosos que les dan forma y contenido. Como hemos visto, unas veces estas creencias se encuentran fuertemente institucionalizadas e incrustadas en lo político y social de muchos países; pero en otras ocasiones tales creencias no se encuentran estructuradas e institucionalizadas, pero sí conforman consustancialmente el modelo social imperante de un Estado. El papel de las relaciones internacionales, por lo tanto, no es soslayar estas diferentes formas de presentarse ante la sociedad internacional, sino precisamente partir de ellas para alcanzar acuerdos de colaboración y compromiso más sólidos y más eficaces, por realistas.

Referencias

CASTRO JOVER, A. (Ed.), **Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas en la Unión Europea**, Bilbao: Ed. Universidad del País Vasco 1999.

CORTINA, A., **Alianza y contrato. Política, ética y religión**, Madrid: Ed. Trotta 2001.

ESTRADA, J.A., **Razones y sinrazones de las creencias religiosas**, Madrid: Ed. Trotta 2001.

HABERMAS, J., **Israel o Atenas. Ensayos sobre religión, teología y racionalidad**, Madrid: Ed. Trotta. 2011.

POLO SABAU, J.R., **Estudios sobre la Constitución y la libertad de creencias**, Málaga: Ed. Universidad de Málaga 2006.

RAWLS, J. y HABERMAS, J., **Debate sobre el liberalismo político**, Barcelona: Ed. Paidós 1998.

RAWLS, J., **El derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”**, Barcelona: Ed. Paidós 2001.

SOUTO GALVÁN, B., **El reconocimiento estatal de las entidades religiosas**, Madrid : Ed. Universidad Complutense de Madrid 2000

SOUTO GALVÁN, E., **Derechos humanos, educación y libertad religiosa**, Madrid. Ed. UNED 2004

Id., **La libertad religiosa en Naciones Unidas**, Madrid: Ed. M. Pons 1999.

SOUTO PAZ, J. A., **Comunidad política y libertad de creencias**, Madrid: Ed. M. Pons 2003.

TOCQUEVILLE, A. de, **La democracia en América**, Madrid: Ed. Trotta 2010.

EL MARCO AFRICANO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LA MUJER: UNA EXPERIENCIA INCIPIENTE

José Antonio Perea Unceta

Doctor en Derecho, Profesor del Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid

Resumen:

La Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos adoptada por los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana en 1981 (desde 2001 Unión Africana) ha sido ampliada sectorialmente en varias ocasiones, entre ellas, en 2003 con el Protocolo de Maputo relativo a los Derechos de las Mujeres en África. Algunas de sus previsiones son consideradas por la doctrina como novedosas y otras como asistemáticas o incluso contradictorias en relación con la Carta de 1981 y con la Convención de la ONU de 1979, sin olvidar que algunas disposiciones -por ejemplo, sobre el derecho al aborto médico en determinados casos o sobre prioridades presupuestarias para educación, vivienda o empleo- chocan con la realidad socioeconómica del continente. La supervisión de estos derechos y la investigación, el enjuiciamiento y la reparación como consecuencia de sus violaciones está a cargo en el sistema de la UA, principalmente, de la Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos y del Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, aunque también, de forma auxiliar y complementaria, de la Dirección de Mujeres, Género y Desarrollo y del Relator Especial de los Derechos de la Mujer en África (ambos en la estructura de la Comisión). Desde 2009, y pese a la imprecisión al respecto del Protocolo, los Estados están obligados a remitir un informe anual y posteriores informes bianuales. En el déficit del sistema hay que anotar la escasa práctica en esta materia tanto en la Comisión como en el Tribunal.

Palabras clave: Derechos Humanos; Unión Africana; derechos de la mujer; Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La importancia de la protección de los derechos de la mujer en el sistema regional africano

Una de las particularidades del sistema regional africano de protección de los derechos humanos -que pivota en torno a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en la Asamblea General de la OUA en Banjul el 27 de julio de 1981- es el desarrollo de instrumentos relativos a sectores considerados en el continente como destinatarios de una protección específica, especialmente la infancia y también los desplazados y refugiados, los discapacitados, los mayores, la juventud y las mujeres. Para ello cuenta con la Convención sobre Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África (Addis Abeba, 1969), la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (Addis Abeba, 1990), Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres (Maputo, 2003), la Carta Africana de la Juventud (Banjul, 2006), la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África (Kampala, 2009) y dos textos todavía no en vigor: el Protocolo sobre los Derechos de las Personas mayores en África (Addis Abeba, 2016) y el Protocolo sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades en África (Addis Abeba, 2016). Con estos tratados internacionales, además de la protección general establecida en la norma marco, la Carta de Banjul de 1981, se especifican otros derechos y libertades u otras medidas de protección para cada uno de estos grupos sociales o situaciones de vulnerabilidad, puesto que en el Protocolo de 1998 por el que se crea la Corte Africana se incluye la jurisdicción en relación “cualesquiera otros instrumentos relevantes sobre derechos humanos ratificados por los Estados implicados” (art. 3, competencia jurisdiccional, y art. 4, consultiva)¹.

Entre estos sectores sociales destaca el de las mujeres, especialmente vulnerables en el continente africano como consecuencia -entre otros factores- del subdesarrollo económico, los conflictos armados, las condiciones de trabajo y los condicionantes propios de las diferentes culturas de las regiones de África, que determinan su particular participación en la sociedad y en la familia. Como consta en la Declaración Solemne sobre Igualdad de Género en África, adoptada durante la Tercera Sesión Ordinaria de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana celebrada entre el 6 y el 8 de julio de 2004 en Adís Abeba, éstos se manifestaron “profundamente

1 Sobre el sistema regional africano véanse, entre otros: CARTES RODRÍGUEZ, J.B., El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., “El sistema africano: la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de junio de 1981”, en Fernández de Casadevante, C. (ed.), Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Dilex, Madrid, pp. 277-291; KABUNDA BADI, M., Derechos humanos en África, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000; y MUBIALA, M., Le système régional africain de protection des droits de l'homme, Bruylant, Bruselas, 2005.

preocupados sobre la condición de la mujer y los impactos negativos en las mujeres de cuestiones como la alta incidencia del VIH/SIDA entre niñas y mujeres, los conflictos, la pobreza, las prácticas tradicionales nocivas, la alta población de mujeres refugiadas y desplazadas internas, la violencia contra las mujeres, la exclusión de las mujeres de la política y la toma de decisiones y el analfabetismo, el acceso limitado de las niñas a la educación”.

En la Carta de Banjul de 1981 (artículos 2 y 3) se consagra un principio de no discriminación en relación con las leyes e instancias nacionales y con los derechos reconocidos en ese tratado internacional también en lo que respecta al sexo de las personas. En su Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres en África, adoptado en Maputo (Mozambique) el 1 de julio de 2003, se reitera la prohibición de su discriminación (art. 2) y se recoge la protección de su dignidad (art. 3), el derecho a la vida, la integridad física y la seguridad (art. 4), la prohibición de prácticas perjudiciales, como la mutilación genital (art. 5), la libertad e igualdad en el matrimonio, con una edad mínima para casarse de 18 años (art. 6), y en la separación matrimonial (art. 7), la tutela judicial e igualdad legal (art. 8), su derecho a la participación política (art. 9), la paz (art. 10), el trato digno en los conflictos armados (art. 10), la educación (art. 11), los derechos sociales (art. 12), la salud y planificación familiar² (art. 13), la alimentación (art. 14), la vivienda (art. 15), la cultura (art. 16), el medio ambiente (art. 17), el desarrollo sostenible (art. 18), la viudedad (art. 19) y la herencia, incluso tras la separación (art. 20), y a su protección en la tercera edad (art. 21), en la discapacidad (art. 22) y en la marginalidad social (art. 23)³.

El Protocolo de Maputo entró en vigor el 25 de noviembre de 2005. De los 55 miembros de la Unión Africana 42 son partes en él. No lo son Botswana, Burundi, Chad, Egipto, Eritrea, Madagascar, Marruecos, Níger, República Árabe Saharaui Democrática, República Centroafricana, Somalia, Sudán del Sur y Sudán. También hay que señalar que nueve Estados mantienen reservas, concretamente Etiopía, Camerún, Kenia, Mauricio, Namibia, Ruanda, Sudáfrica, Uganda y Argelia, así como la RASD.

Además, el principio de igualdad de género, consagrado también en el artículo 4 (l) del Acta Constitutiva de la Unión Africana (Lomé, 2000), se ha promovido política y programáticamente en diversas ocasiones en esta organización regional, entre otros en la Plataforma de Acción de Dakar (1994),

2 Se formula el derecho a decidir su fertilidad y a elegir métodos anticonceptivos y de protección frente al sida, incluyendo el derecho de las mujeres a abortar en casos de violación o incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud física y mental de la madre o la vida de la madre o el feto.

3 Sobre el análisis del contenido del Protocolo de Maputo, véanse, entre otros: BANDA, F., “Blazing a Trail: the African Protocol on Women’s Rights Comes into Force”, *Journal of African Law*, Vol. 50, N°. 1, 2006, pp. 72 y ss.; y NSIBIRWA, M.S., “A brief analysis of the Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women”, *African Human Rights Law Journal*, Vol. 1, N°. 1, 2001, pp. 40- 63.

la Plataforma de Acción de Beijing (1995), el Plan de acción africano para acelerar la implementación de las Plataformas de Acción para el Adelanto de la Mujer de Dakar y Beijing (1999), el documento final del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing (2000), la decisión sobre la paridad de género adoptada en la Sesión Inaugural de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la UA en julio de 2002 en Durban, Sudáfrica, implementada durante la Segunda Sesión Ordinaria de la Asamblea en Maputo, Mozambique, 2003, la Declaración citada de 2004, la Política de Género de la Unión Africana de 2009, y, sobre todo, el apoyo a los trabajos desarrollados por las Naciones Unidas en aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979)⁴ y la Resolución 1325 (2000) de la ONU sobre Mujeres, Paz y Seguridad.

Singularidades del régimen africano de los derechos de la mujer

El régimen universal y este regional comparten en su mayor parte una regulación protectora muy similar, aunque conteniendo la regional africana algunas particularidades como consecuencia de las culturas, los niveles de desarrollo socioeconómico y otros problemas latentes en este continente⁵. Así, los contenidos de los derechos reconocidos en el Protocolo de Maputo que pueden calificarse como singulares del sistema regional africano⁶ -comparando con el contemplado en la CEDAW⁷- son, entre otros y en primer lugar, que en el derecho a la preservación de la integridad física se establece en el sistema africano la prohibición específica de la mutilación genital y de la escarificación (artículo 5 del Protocolo de Maputo, puesto que en varios Estados del continente es una práctica muy extendida socialmente, gracias a su preservación por las generaciones anteriores. En diversos lugares las marcas faciales y corporales y otras prácticas, como el alargamiento o la deformación de lóbulos, labios o cuello, son señas de identidad étnica e incluso

4 Los únicos Estados de la UA que no son parte de la CEDAW son Somalia y Sudán (tampoco la RASD, que no es considerada Estado en el sistema ONU). Nueve de los 52 Estados parte mantienen reservas a sus disposiciones. Por otra parte, 26 Estados africanos son parte en el Protocolo Facultativo de 1999, que establece la supervisión de su Comité mediante comunicaciones.

5 Véanse ETEKA YEMET, V., *La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*. Etude comparative, L'Harmattan, París, 1996.

6 Véase QUILLERÉMAJZOUB, F., "Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique: un projet trop ambitieux", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, N.º. 73, 2008, pp. 127-162.

7 Algunos autores han destacado la mayor precisión del Protocolo de Maputo. Véase VILJOEN, F., *An Introduction to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa*, Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice, 2009, vol. 16, pp. 11-46.

tribal, también de madurez o de distinción social y a menudo tienen un significado religioso o simplemente de atractivo estético (entre otros, los dinka sudsudaneses, los houeda o waama de Benín o los tiv de Nigeria). Cuando son un condicionante social, cuando se imponen a menores o a mujeres, vulneran, sin duda, el derecho a la integridad física. Lo mismo sucede con la mutilación genital femenina, practicada todavía en África Oriental y en el Sahel, que, además, del dolor físico también tiene graves implicaciones sanitarias y emocionales, con independencia de las obvias de la sexualidad.

En la regulación del estado matrimonial se declara la preferencia por la monogamia y se asegura la preservación íntegra de los derechos de la mujer casada en las formas poligámicas (artículo 6.c). La inclusión de la poligamia deriva de la existencia de costumbres religiosas y otras arraigadas en usos sociales históricos, de tal modo que su legalidad en Estados como Uganda, Kenya, Argelia, Chad, Burkina Faso, Egipto o Benín hace necesario garantizar los derechos de la mujer casada. La preferencia estipulada por la monogamia - cualquiera que sea su efecto real- ha motivado las reservas de Etiopía, Mauricio y la RASD. Otras reservas en el contexto matrimonial también son consecuencia de las singularidades estatales (como la relativa al mantenimiento del apellido, de Etiopía, o la que establece la obligación del registro oficial, de Etiopía, Namibia y Sudáfrica); más difíciles de asumir parecen, sin embargo, las que se apartan de la edad mínima de 18 años (RASD), suprimen el acuerdo mutuo de los cónyuges para establecer la residencia familiar, subordinando a la mujer respecto del hombre (RASD), admiten diferentes derechos en relación con la separación o divorcio, incluso respecto de los bienes (del artículo 7, RASD), o en relación con la herencia de las viudas (del artículo 21, Etiopía y RASD), o directamente prescinden del requisito del consentimiento libre y pleno para la celebración del matrimonio (RASD).

Aunque se establece el derecho a abortar en determinados supuestos, como agresión sexual, violación, incesto y peligro para la vida de la madre (artículo 14), algunos firmantes han planteado reservas, como Kenia, Ruanda, Uganda y la RASD. También hay discrepancia con el derecho a controlar la fertilidad (Uganda y RASD), la propia decisión de tener hijos (RASD), el uso de anticonceptivos (Mauricio) o el derecho a la autoprotección del SIDA (RASD).

También se incluyen derechos relacionados con la paz y la seguridad, al declarar el derecho a vivir en paz, a participar en la prevención y gestión de los conflictos armados y de sus efectos, como por ejemplo los campos de refugiados (artículo 10), y al respeto al Derecho Internacional Humanitario y la erradicación de la violencia sexual como práctica en los conflictos armados (artículo 11). Sin olvidar algunas cuestiones que solo se entienden en el contexto de desarrollo social y económico africano, como la previsión del artículo 15 de “proporcionar a las mujeres acceso a agua potable, fuentes de combustible doméstico, tierra y medios para producir alimentos nutritivos”,

o la del 19 de que “las viudas no sean sometidas a tratos inhumanos, humillantes o degradantes”.

Algunas de sus previsiones son consideradas por la doctrina como novedosas⁸ y otras como asistemáticas⁹ o incluso contradictorias en relación con la Carta de 1981 y con la Convención de la ONU de 1979¹⁰, sin olvidar que algunas disposiciones -por ejemplo, sobre prioridades presupuestarias para educación, vivienda, empleo o fuentes de energía renovables- chocan con la realidad socioeconómica del continente.

En cualquier caso, los derechos reconocidos a la mujer se enmarcan con coherencia en el concepto africano de los derechos humanos, en el que destacan la obligación de los Estados y de los individuos de proteger y reforzar los valores tradicionales, de preservar la institución de la familia como garante de la cohesión social, de la protección de niños y mayores y de la transmisión de los valores y las tradiciones culturales, y de respetar a la comunidad y al Estado y sus intereses esenciales, como decíamos en otro trabajo, en una auténtica concepción comunitarista de los derechos humanos que enlaza con la tradición africana en materia de deberes del individuo con la comunidad y de consideración de sus valores como integrante de un grupo¹¹.

Los Derechos Humanos de la mujer en los órganos supervisores de la Unión Africana

La supervisión de estos derechos y la investigación, el enjuiciamiento y la reparación como consecuencia de sus violaciones está a cargo en el sistema de la UA, principalmente, de la Comisión de Derechos Humanos y

8 Véase MELO, A., “Le Protocole À La Charte Africaine Des Droits De L’homme Et Des Peuples Relatif Aux Droits Des Femmes En Afrique: Une Contribution Spécifique Dun Traité Régional Au Droit International Des Droits De L’Homme”, en DECAUX, M. et al., (eds.), *Des Droits De L’homme Au Droit International Pénal*, Nijhoff, Leiden, 2007, pp. 659-674.

9 VILJOEN, F., *International human rights law in Africa*, OUP Oxford, 2012, p. 255.

10 DAVIS, K., “The emperor is still naked: why the protocol on the rights of women in Africa leaves women exposed to more discrimination”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42, 2009, pp. 949-992.

11 PEREA UNCETA, J.A., “El sistema africano de protección de derechos”, en J. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (coord.), *Compendio de Derechos Fundamentales. La libertad en español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1377-1413, p. 1390. Sobre esta cuestión, ver las opiniones de SHIVJI, I.G., *The Concept of Human Rights in Africa*, Codesria, Londres, 1989; METZ, T., “African values and human rights as two sides of the same coin: A reply to Oyowe”, *African Human Rights Law Journal*, 14, 2014, pp. 306-321; MUTUA, B.W., “The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties”, *Virginia Journal of International Law*, 35, 1995, pp. 339-380; y ONDO, T., “La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples: entre particularisme et universalité”, *Annuaire Africain des Droits de l’Homme*, 1, 2017, pp. 244-262.

de los Pueblos y del Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, aunque también, de forma auxiliar y complementaria, de la Dirección de Mujeres, Género y Desarrollo y del Relator Especial de los Derechos de la Mujer en África (ambos en la estructura de la Comisión). Desde 2009, y pese a la imprecisión al respecto del Protocolo, los Estados están obligados a remitir un informe anual y posteriores informes bianuales. En el déficit del sistema hay que anotar la escasa práctica en esta materia tanto en la Comisión como en el Tribunal.

Se distingue de la Carta del Niño de 1990 -que cuenta con un Comité ante el que se pueden plantear reclamaciones- en que no crea un mecanismo de supervisión propio, puesto que su única singularidad es la obligación por parte de los Estados de someter a la UA informes periódicos sobre la situación de los derechos de las mujeres (art. 26), al igual que sucede con mayores y discapacitados. De tal forma que su protección se ejerce de forma directa mediante las reclamaciones (comunicaciones) ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y las demandas ante el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. La UA cuenta con un Comité de Mujeres de la Unión Africana (AUWC) en el marco de la Dirección de Género, órgano asesor del Presidente de la Comisión de la Unión Africana sobre género y desarrollo, y con una Relatora Especial sobre Derechos de la Mujer (creado en 1999), en la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. A iniciativa de la Relatora Especial sobre los Derechos de la Mujer en África la Comisión Africana aprobó en 2009 unas directrices específicas los informes periódicos, precisando que los Estados parte deben presentar un informe cada dos años específicamente sobre los derechos de las mujeres, con capítulos diferenciados según las distintas materias reguladas en el Protocolo de Maputo.

La Comisión hasta el momento tan solo en la Comunicación 323/06 *Egyptian Initiative for Personal Rights and Interights v. Egypt*, de 12 de octubre de 2013, ha reconocido una violación del artículo 18.3 CADHP, el que establece que “el Estado se hará responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño tal como se estipulan en las declaraciones y convenios internacionales”. En la sentencia se concluye que “el abuso sexual sufrido por las víctimas es específico de género y equivale a discriminación por motivos de sexo, lo que constituye una violación” de esta disposición, recurriendo para su fundamentación al artículo 1 del Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos de la Mujer en África, a los artículos 6 y 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y a la Recomendación General Nº 19 del Comité CEDAW, titulada “Violencia contra las mujeres”. Esta recomendación establece -según expone la Comisión- un vínculo entre la violencia contra las mujeres y la igualdad, constatando que, además de aplicarse a la violencia perpetrada

por autoridades públicas, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no actúan con la debida diligencia para prevenir violaciones de derechos o para investigar y sancionar actos de violencia y para proporcionar la debida reparación, citando expresamente el dictamen del Comité CEDAW en *A.T. v. Hungría* (Comunicación N° 2/2003, adoptado el 26 de enero de 2005).

El Tribunal Africano, por su parte, ha conocido en su jurisprudencia el derecho general a la no discriminación del artículo 3 del Protocolo de Maputo, el derecho al matrimonio en las condiciones no discriminatorias previstas en el artículo 6, el de la igualdad en la herencia del artículo 21, así como la prohibición de prácticas perjudiciales establecido específicamente para menores en la Carta del Niño de 1990 y también reconocido para las mujeres en el artículo 5 del Protocolo de los Derechos de la Mujer, en el caso *Association pour le Progrés et la Défense des Droits des Femmes Maliennes (APDF) and The Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRD) v. Mali*¹² (asunto 046/2016), con Sentencia de 11 de mayo de 2018. En este asunto se confronta de forma especial la congruencia entre la Carta de Banjul y el Protocolo de Maputo y la posibilidad de alegar una violación de una norma contenida solo en éste, cuestión sobre la que se ha preguntado la doctrina ante la ausencia de casos específicos hasta esa fecha¹³. En este caso, se plantea que el proyecto de Código de Familia aprobado en la Asamblea Nacional de Malí en 2009 fue modificado sustancialmente dos años después por las protestas de los sectores más radicales de la sociedad islámica, lo que propició su impugnación por las organizaciones de derechos humanos nacionales, finalmente ante esta instancia internacional en 2016. Alegaban: “i) Violación de la edad mínima para contraer matrimonio de las niñas (artículo 6.b del el Protocolo de Maputo y los artículos 1(3), 2 y 21 del Acuerdo Africano Carta sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (ACRWC); ii) Violación del derecho a consentir el matrimonio (Artículo VI del Protocolo de Maputo y artículo 16(a) y (b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); iii) Violación del derecho a la herencia (artículo 21, apartado 2, del Protocolo de Maputo Protocolo y Artículos 3 y 4 de la ACRWC); iv) Violación de la obligación de eliminar prácticas tradicionales y actitudes que socavan los derechos de las mujeres y los niños (Artículo 2(2) del Protocolo de Maputo, 5(a) de la CEDAW y 1 (3) de la ACRWC)”. Todas estas demandas fueron admitidas, considerando el Tribunal que no se respetaba la edad mínima para contraer matrimonio, que se discriminaba a la mujer en el derecho a consentirlos y que se violaba la igualdad del derecho a la herencia para las mujeres y para los niños nacidos

12 <https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0462016>

13 KOMBO, B., “Silences that speak volumes: the significance of the African Court decision in APDF and IHRDA v. Mali for women’s human rights on the continent”, *African Human Rights Yearbook*, N° 3, 2019, pp. 390-412.

fuera del matrimonio, todo ello preservando el Estado prácticas tradicionales lesivas para los derechos de las mujeres y los niños. Por ello le obligó a modificar la ley impugnada, a armonizar sus leyes con los instrumentos internacionales y tomar medidas apropiadas para poner fin a las violaciones, ordenándole a presentar un informe sobre las medidas tomadas en un plazo no superior a dos años.

Conclusiones

El sistema regional africano otorga una protección específica, a diferencia de otros ámbitos internacionales, a los derechos humanos de la mujer, con bastante coherencia con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Si bien es cierto que incluyendo algunas singularidades derivadas del particular concepto comunitarista de los derechos humanos en África, de algunas prácticas lesivas contra la mujer en las diversas tradiciones sociales y religiosas del continente, y de su situación socioeconómica.

La práctica supervisora africana es escasa, sin duda debido a factores de tipo social, a la menor organización específica de la sociedad civil y de las ONGs en este sector y por la dificultad en el acceso a las instancias internacionales en muchos países, especialmente en algunas zonas. Sin embargo, los casos sustanciados contienen referencias explícitas no solo a la Carta de Banjul de 1981, al Protocolo de Maputo de 2002 y a la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990, sino también a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas, integrando sin ningún problema soluciones judiciales tanto a cuestiones -generales- de discriminación como a singularidades continentales como las prácticas tradicionales dañinas.

Referencias

BANDA, F., “Blazing a Trail: the African Protocol on Women’s Rights Comes into Force”, *Journal of African Law*, Vol. 50, N.º. 1, 2006, p. 72 y ss.

DAVIS, K., “The emperor is still naked: why the protocol on the rights of women in Africa leaves women exposed to more discrimination”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42, 2009, p. 949-992.

ETEKA YEMET, V., *La Charte Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples. Etude comparative*, L’Harmattan, París, 1996.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., “El sistema africano: la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de junio de 1981”, en Fernández de Casadevante, C. (ed.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, p. 277-291.

KABUNDA BADI, M., *Derechos humanos en África*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000.

KOMBO, B., “Silences that speak volumes: the significance of the African Court decision in APDF and IHRDA v. Mali for women’s human rights on the continent”, **African Human Rights Yearbook**, N° 3, 2019, p. 390-412.

MELO, A., “Le Protocole À La Charte Africaine Des Droits De L’homme Et Des Peuples Relatif Aux Droits Des Femmes En Afrique: Une Contribution Spécifique Dun Traité Régional Au Droit International Des Droits De L’Homme”, en DECAUX, M. et al., (eds.), **Des Droits De L’homme Au Droit International Pénal**, Nijhoff, Leiden, 2007, p. 659-674.

METZ, T., “African values and human rights as two sides of the same coin: A reply to Oyowe”, **African Human Rights Law Journal**, 14, 2014, p. 306-321.

MUBIALA, M., **Le système régional africain de protection des droits de l’homme**, Bruylant, Bruselas, 2005.

MUTUA, B.W., “The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties”, **Virginia Journal of International Law**, 35, 1995, p. 339-380.

NSIBIRWA, M.S., “A brief analysis of the Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women”, **African Human Rights Law Journal**, Vol. 1, N°. 1, 2001, p. 40- 63.

ONDO, T., “La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples: entre particularisme et universalité”, **Annuaire Africain des Droits de l’Homme**, 1, 2017, p. 244-262.

PEREA UNCETA, J.A., “El sistema africano de protección de derechos”, en J. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (coord.), **Compendio de Derechos Fundamentales. La libertad en español**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1377-1413.

QUILLERÉMAJZOUB, F., “Le Protocole à la Charte africaine des droits de l’Homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique: un projet trop ambitieux”, **Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme**, N°. 73, 2008, p. 127-162.

SHIVJI, I.G., **The Concept of Human Rights in Africa**, Codesria, Londres, 1989.

VILJOEN, F., “An Introduction to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa”, **Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice**, 2009, vol. 16, p. 11-46.

VILJOEN, F., **International human rights law in Africa**, OUP Oxford, 2012.

EL DERECHO A LA VIDA Y LAS NUEVAS INCERTIDUMBRES PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

María Luisa de Torres Soto

Actualmente Profesora en el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España). Doctora en Derecho con Premio Extraordinario. Acreditada como Profesora Universitaria por la ANECA. Áreas de investigación: Derechos de la Persona y Bioética

Resumen:

En España se ha planteado recientemente como garantía mínima de la dignidad y libertad en relación a la eutanasia, la precisión de la autorización judicial en el caso de personas con discapacidad pues la legislación más reciente sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad de 2021 continúa creando grandes incertidumbres. Este problema merece una especial atención y acaba de ponerse de actualidad cuando se trata de personas que se encuentran bajo el cuidado y protección de las Administraciones Públicas. Para resolver las principales dificultades expuestas, este estudio plantea la necesidad de revisar la aplicación de la normativa aludida bajo el amparo de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 (en adelante CIDEPE-DI) en consonancia con la Declaración de Derechos Humanos de 1948 que incorporan el derecho de toda persona al amparo judicial para la protección de sus derechos fundamentales.

Palabras clave: Derecho; Vida; Persona; Discapacidad; Eutanasia.

Introducción

La nueva interpretación jurídica de la capacidad crea incertidumbres de relevancia jurídica cuando se intenta armonizar con la vigente Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia en España (en adelante LORE).

La CIDEPE-DI ha supuesto un cambio paradigmático en la situación jurídica de las personas con discapacidad. España ha regulado dicha materia a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, modificando formal y materialmen-

te la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (en adelante Ley 8/2021).

Así, la armonización de esta normativa con la obligación de emitir un consentimiento informado para la solicitud de la eutanasia¹ hace necesario un nuevo análisis jurídico sobre la situación en la que se encuentran las personas con discapacidad, pues son nuevos los dilemas que surgen para garantizar la defensa de sus intereses, concretamente, el respeto suficiente a su última y libre voluntad.

Grandes hitos de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006

En la CIDEPEDI se reconoce jurídicamente por la comunidad internacional que la dignidad es un valor inherente de las personas con discapacidad y atribuye a éstas la capacidad jurídica que corresponde a cualquier otra persona, es decir, se sostiene que los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida, debiendo adoptarse las medidas pertinentes para proporcionar el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, así como las salvaguardias que, entre otros extremos aseguren que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, pudiendo tomar decisiones sobre los asuntos que les afectan (art. 12)².

Así, el sistema jurídico de sustitución que había estado vigente en España hasta la entrada en vigor de nueva norma y que suponía la incapacitación judicial de la persona ha sido considerado, en consonancia con la CIDEPEDI, contrario a los derechos humanos. El nuevo modelo está basado en el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad, a través de poderes y mandatos preventivos, incluida la posibilidad de autocuratela³, que el propio interesado puede establecer en un momento anterior a la adquisición de la discapacidad, para que llegado el caso las personas que hubiera designado, le proporcionen los apoyos de todo tipo que requiera para el ejercicio y la defensa de sus derechos y para las decisiones de su vida cotidiana.

En consecuencia, han desaparecido como regla general los procedi-

1 Regulado en los arts. 5 y 6 de la LORE y de manera general en el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante Ley 41/2002).

2 En la misma línea, la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas de 2014, entiende que la capacidad jurídica del artículo 12 de la Convención abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercerlos, desapareciendo, por tanto, la clásica distinción jurídico-civil doctrinal entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

3 Arts. 249 a 299 CC conforme a la Ley 8/2021.

mientos de incapacitación o de modificación judicial de la capacidad y la sustitución por un representante legal de manera habitual⁴, así como las figuras de la tutela, prodigalidad, y patria potestad prorrogada o rehabilitada para las personas mayores de edad, por considerarse excesivamente gravosas para los padres, y cuyas funciones quedaban anteriormente establecidas en la sentencia. En definitiva, estas medidas de apoyo actualmente pueden ser “voluntarias” por iniciativa de la propia persona con discapacidad, o “judiciales, por resolución judicial adoptada a través del procedimiento previsto en la Ley 5/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante Ley 5/2015), siendo la principal medida de apoyo judicial la “curatela” que se concibe con una finalidad primordialmente asistencial y que solo en casos excepcionales, cuando resulte imprescindible por las circunstancias de las personas con discapacidad, puede conllevar funciones representativas. La pretensión de la curatela es otorgar el “valor del cuidado”, dándole al curador, una figura más cercana a la función de “cuidado” que la que tenía el tutor que fundamentalmente es de representación⁵ (Camps, V. 2021., p.81)

Actores que intervienen en la solicitud de la eutanasia con personas que presentan discapacidad

La eutanasia la puede solicitar cualquier otra persona mayor de edad y plenamente capaz⁶, sin exigir nombramiento judicial, que aporte un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes suscrito previamente por el paciente, incluyendo la eutanasia, para el momento en que se produzca una falta de capacidad sobrevenida y no pueda solicitarla personalmente. El médico responsable solamente tendrá que certificar que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente, declarando su “incapacidad de hecho”⁷ para poder decidir, confor-

4 “Desde el punto de vista procedimental, cumple señalar que el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos” (Preámbulo Ley 8/2021). Desaparece la redacción de los arts.199 y 200 del Código Civil que declaraban la necesidad de ser declarado incapaz por sentencia judicial en virtud de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

5 “Se recogen aquí (...) las dos acepciones del cuidado: el cuidado como trabajo del curador y la actitud especial del curador en la realización cuidadosa de su trabajo”.

6 Así, la solicitud de eutanasia “podrá ser presentada al médico responsable por otra persona mayor de edad y plenamente capaz, acompañándolo del documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, suscritos previamente por el paciente. En caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico responsable podrá presentar la solicitud de eutanasia” (art. 6.4 LORE).

7 Una persona en situación de “incapacidad de hecho” es la que “carece de entendimiento

me a los criterios que establezcan los protocolos de actuación determinados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Además, en defecto de otras personas que lo soliciten, podrá hacerlo el propio médico que lo trata obteniendo el acceso al documento de instrucciones previas o equivalente otorgado por el paciente, quedando obligado a cumplir lo previsto en el mismo (art. 9 LORE). Si en el documento se nombra un representante será éste el interlocutor válido con el médico responsable (art. 5.2 LORE).

Es precisamente el médico que le trata, sin necesidad de la intervención de un especialista, el que valorará las aptitudes de la persona para recibir la información a la que obliga tanto la LORE como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre de autonomía del paciente, y que en caso de considerarla adecuadas será él mismo quien la proporcione. Como ya se ha expuesto en otros trabajos, la persona con depresión, demencia y/o trastorno mental tienen más dificultades para dicha comprensión (Gallego, L., Barreiro, P., y De Santiago, M., op.cit. p. 163) y de la LORE no se deduce la obligación de información en estos casos (art. 5.2). Es en estos supuestos donde existen mayores deficiencias, pudiendo suponer una improcedente supresión del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad por la falta de garantías para conocer la voluntad real y actual del paciente en el momento de aplicación de la eutanasia.

Si conforme a la Ley 8/2021 se presume la capacidad jurídica de cualquier persona, la persona con discapacidad puede formalizar un testamento vital en cualquier momento sin necesidad de que una autoridad judicial o notarial valore la libertad en su otorgamiento y garantice la información a dicha persona con discapacidad, no reflejándose en un testamento vital o documento equivalente la información que en ese momento se ofrece sobre la eutanasia, las consecuencias vitales, sociales y jurídicas de lo que supone la toma de esa decisión y su depósito en un Registro.

No debemos olvidar que la falta de capacidad física, psíquica o sensorial es presentada y puesta en acto de manera diferente en cada persona, no pudiendo haber patrones conductuales únicos ni permanentes a lo largo de toda la vida para poder predecir la voluntad de las personas según qué tipo o qué cantidad de discapacidad se trate y por tanto, no se puede presentar una pauta jurídica única de actuación común a todas las situaciones. La decisión libre y actual de la persona, va conformándose y evolucionando día a día. La LORE además, no tiene en cuenta otras cuestiones como es la evolución de la enfermedad, las posibilidades científicas que existen en la actualidad previsibles de recuperación y o adaptabilidad. Asimismo, han podido surgir nuevos tratamientos no conocidos por el paciente, que podrían cambiar sus-

y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica” (art. 3.h LORE).

tancialmente la situación, pero que por su situación de discapacidad ya no puede conocer ni llegar a manifestar un cambio de voluntad (Sanz Rubiales, A., Del Valle Rivero, M.L., Fernández González, m., y Ferreira Alonso, R, 2016).

Si el compromiso que tienen los médicos de preservar la vida se extiende también a facilitar la muerte, la medicina sufre un cambio paradigmático desde el punto de vista ontológico, además de que crea una gran inseguridad jurídica al paciente por quebrarse el principio de confianza en la labor del médico. Y, como consecuencia, “lo que está en juego no es sólo un problema jurídico, es también un problema cultural: el problema del puesto de la fragilidad humana extrema en nuestra civilización” (Albert, M, 2019).

La autorización judicial como garantías mínimas de la dignidad y libertad en relación a la eutanasia

A la nueva regulación en España se le suma que, recientemente, la administración autonómica madrileña, mediante la Disposición Adicional 2ª de la Ley 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad (en adelante AMAPAD) intentó acercamientos a medidas de protección más garantistas normativizando la necesidad de un procedimiento de jurisdicción voluntaria ante los asuntos que afecten a la autonomía de las personas con discapacidad relacionados con su derecho a la vida, especialmente de aquellas personas que se encuentran bajo la protección de las administraciones públicas y especialmente en situación de desamparo⁸, habiéndose interpuesto Recurso 3133/2023 contra dicho precepto normativo, con suspensión, desde 11 de mayo de 2023, de la vigencia y aplicación del precepto impugnado y desde el 12 de junio de 2023, para las partes legitimadas y manteniéndose el mantenimiento de la suspensión de la vigencia y aplicación de la disposición adicional 2, por Auto de 27 de septiembre de 2023.

Se ha argumentado por parte del Consejo de Estado⁹ que existen motivos para su inconstitucionalidad pues supone la vulneración de las competencias del Estado sobre legislación civil (art. 149.1.8 CE) y legislación procesal (art. 149.1.6 CE)¹⁰. Se sostiene que la legislación autonómica no puede establecer requisitos procesales adicionales no previstos en la norma-

8 Disposición Adicional 2ª de la Ley 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad. (BOCM 17 de febrero de 2023)

9 Informe Consejo de Estado num. 407/2023, de 27 de abril.

10 Al establecer requisitos procesales y civiles para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que no contempla la legislación procesal y sustantiva civil, y considerando vulnerado el principio de unidad jurisdiccional contemplado en el artículo 117.1 de la C.E

tiva estatal, ni nuevas funciones de los órganos jurisdiccionales¹¹, ni vulnerar el carácter orgánico del art. 5.2 de la LORE conforme a la reserva de ley orgánica contemplada en el art. 81. 1 CE, para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades, ni llevar a cabo una injerencia no permitida en cuanto a las funciones representativas que ejercen los curadores y que están reguladas en el art. 287 del Código Civil (en adelante CC).

El art. 287 CC, en los términos de la reforma introducida por la Ley 8/2021¹², concreta los supuestos en que el representante de una persona con discapacidad debe solicitar autorización judicial para actuar en su nombre, al igual que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante Ley 15/2015) regula el procedimiento para la adopción judicial de tales medidas y para el otorgamiento, en su caso, de autorización judicial. Entre los supuestos a los que hace referencia se encuentra el de “realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales” (art. 5.2 LORE).

Así, se observa que ni el art. 287 CC ni la LORE contemplan la necesidad de la autorización judicial para la solicitud concreta de prestación a morir, pues no se ha entendido como un acto de trascendencia personal considerar que una persona declarada en situación de “incapacidad de hecho” por su médico asistencial quiera solicitar la eutanasia, por lo que el hecho de tener suscritas instrucciones previas o un documento equivalente se considera suficiente por la LORE para que el médico responsable tenga que aplicar lo previsto en el mismo (art. 9).

Lo único que se exige es que la Comisión de Garantía y Evaluación resuelva favorablemente la solicitud (art. 8 a 11 LORE) pudiendo acudir a un recurso contencioso-administrativo en caso de resolución desfavorable. Pero el problema no queda resuelto suficientemente con esta posibilidad, pues la Comisión valorará sustancialmente la solicitud en función de cuestiones formales y sobre todo porque el procedimiento contencioso-administrativo es rogado, y por tanto precisa de alguien que lo inste, a diferencia del procedimiento de jurisdicción voluntaria, que es más garantista y es lo que esta parte considera más necesario por adecuado.

Si la capacidad de las personas para hacer frente a su dependencia no es suficiente, deberían los estados garantizársela, en aras a una no discriminación por razón de capacidad, y, si en todo caso, insiste en su derecho a

11 Asimismo, sostiene que vulnera la reserva de la ley orgánica (art. 81.1 CE) por regular requisitos adicionales y distintos a los previstos en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, así como el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

12 La primera norma señala que “se darán los apoyos de todo tipo que requiera para el ejercicio y la defensa de sus derechos”.

morir, debe ser un tribunal el que lo decida (Albert, M. 2016, p. 209). Lo verdaderamente importante es garantizar que los colectivos más vulnerables, como son las personas con discapacidad, tengan garantizados sus intereses, siendo la intervención judicial un medio generalmente eficaz ante el posible abuso de cualquier tercero, incluido el Estado.

Consideraciones finales

Ni dolor y ni el sufrimiento quitan dignidad a la persona, por ello la solución debe seguir fundamentándose en que la eutanasia no elimina el sufrimiento sino a la persona que lo padece, que todos los seres humanos poseemos dignidad por pertenecer a esta especie, que nadie debe sentirse solo, y que para ello, además de los cuidados paliativos, debe fortalecerse la educación en valores, el sacrificio en el cuidado, la solidaridad y el apoyo a las familias desde los poderes públicos, para que dichos cuidados puedan ser efectivos y eficientes y la soledad y el sentimiento de carga o abandono no se apodere de la persona, pues “para cuidar bien hay que sentirse cerca de la persona que requiere cuidados” (Camps, V. op.cit. p. 84)

La LORE plantea la vida y la muerte como derechos “cuasi-objetivos” o según qué interpretación “subjetivos”. El riesgo es que podría dar lugar a solicitar la eutanasia también por otros motivos, como no tener recursos económicos para vivir y para los cuidados, o no sentirse realizado en la vida¹³. Dar más valor al proceso de la norma, es decir, a la voluntad, que al bien jurídico protegible, cuando se trata de un derecho fundamental como es la vida, es un problema ontológico sobre la deriva que está tomando el ser humano.

En los que se denominan “Estados Sociales y de Derecho” que se enorgullecen de sus valores solidarios, debería primar, por una parte, el principio de socialidad, mediante la ayuda por toda la sociedad a la persona con discapacidad. Y, por otra, el principio de subsidiariedad, otorgando más ayuda al que más lo necesita. La protección que merece toda persona tiene su base en la dignidad que tiene reconocida por pertenecer a la especie humana y no en su calidad de vida o en su autonomía de la voluntad, que inevitablemente va oscilando a lo largo del tiempo en función de las circunstancias.

En definitiva, la búsqueda de una solución equilibrada no debe perjudicar en ningún caso a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁴. Lo prudente en general es suspender el juicio sobre los

13 Sobre la posible existencia de un “derecho a morir”: Cfr. Ollero Tassara, A, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*. Madrid, Ed. Rialp, 1994, p. 100.: Y *Bioderecho: entre la vida y la muerte*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2006. Serrano Ruiz-Calderón, J.M., ¿Existe el Derecho a morir? *Cuadernos de Bioética*. 2019; 30(98): 55-64. Albert Márquez, M. “¿La muerte como cosa justa (lo de cada uno)? Op.cit. 377-393.

14 En este sentido “en el contexto actual, la dignidad del ser humano ha de contar con los dos aspectos clave de la vida: la autonomía, que se correlaciona con las exigencias de jus-

extremos citados y buscar otras posibles vías de solución alternativas a la eutanasia.

Referencias

ALBERT M., “Privacidad y derecho a morir” en *Bioética y Nuevos Derechos*, por J A Santos, M. Albert y C Hermida, editores, Editorial Comares, 2016. “Nota del editor invitado: legalización de la eutanasia: lo que está en juego” en *Cuadernos de Bioética*. 2019; 30 (98)

CAMPS, V. *Tiempo de cuidados*. Arpa. Barcelona. 2021

HERRANZ, G. “El respeto médico a la vida terminal: las nuevas exigencias de la medicina paliativa”. Atlántida, 1991; vol. OO, 5: 29-34.

OLLERO TASSARA, A, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*. Madrid, Ed. Rialp, 1994

Bioderecho: entre la vida y la muerte. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2006.

SERRANO Ruiz-Calderón, J. M. ¿Existe el Derecho a morir? *Cuadernos de Bioética*. 2019; 30(98): 55-64

Otros efectos legislativos. La Ley 41/2002 y las voluntades anticipadas” en *Retos jurídicos de la bioética. Ética y Sociedad*. 2005.

- AA.VV. GALLEGO, L., BARREIRO, P., y De SANTIAGO, M., “Eutanasia y Suicidio Asistido en personas con enfermedad mental” *Cuadernos de Bioética*. 2022; 33(108)
- AA.VV. SANZ RUBIALES, A., DEL VALLE RIVERO, M. L., FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M., y Ferreira Alonso, R. “Teoría y práctica del consentimiento informado” en *Cuadernos de Bioética* xxvii 2016/1ª

Legislación:

- Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Constitución española.
- Código Civil.
- Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de eutanasia.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, de capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

ticia; y la fragilidad y vulnerabilidad, que se correlacionan tanto con la justicia como con el cuidado”. Comité de Bioética de España. “Informe del comité de bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación”. de 6-10-2020.

- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
- Ley 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad.
- Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir
- Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente

Informes:

- Comité de Bioética Comité de Bioética de España. “Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso del morir”, de 6-10-2020
- Informe del Consejo de Estado num. 407/2023, de 27 de abril.

LOS AVANCES DE LA NEUROCIENCIA Y LA NECESIDAD (O NO) DE ACTUALIZAR LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ana Maria D'Ávila Lopes

Universidade de Fortaleza (Brasil)

Doctora en Derecho por la Universidade Federal de Minas Gerais

Resumen:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la Organización de las Naciones Unidas, constituye el más importante documento jurídico de protección de la dignidad humana en el mundo. Ello, no sólo por su contenido, sino también por su fuerte carácter simbólico, en la medida en que marca el momento histórico en que la humanidad se conscientizó sobre la necesidad de proteger los derechos humanos de todos los individuos independientemente de las fronteras. Han pasado ya casi 75 años desde que la Declaración de 1948 fue aprobada y la sociedad mundial ha sufrido grandes transformaciones desde entonces, especialmente por los avances de la tecnología, lo que viene levantando cuestionamientos sobre si ese documento continúa o no siendo idóneo para proteger cabalmente la dignidad humana. En ese contexto, el objetivo de la investigación fue analizar si los recientes avances de la Neurociencia justifican la necesidad de reformar la Declaración Universal de 1948 para incluir los denominados neuroderechos. Para ello fue realizada una investigación bibliográfica y documental, cuyos resultados fueron analizados por el método deductivo e inductivo respectivamente. Al final se concluyó que los derechos previstos en la Declaración de 1948 son lo suficientemente amplios para proteger los neuroderechos, no siendo, consecuentemente, necesaria su reforma.

Palabras-clave: Declaración Universal; Neuroderechos; Neurociencia; Neurotecnología.

Introducción

En diciembre de 2023, la Declaración Universal de los Derechos Hu-

manos cumplirá 75 años de aprobada por los países miembros de la Organización de la Naciones Unidas. No hay duda de que su aprobación constituye uno de los momentos más significativos de la historia, pues es el primer documento de carácter universal que proclama los derechos considerados esenciales para todos los seres humanos, cuya protección pasó a ser una obligación de todos, es decir, la humanidad cuidando de la humanidad.

Fue una gran conquista, especialmente porque, a partir de ese momento, varios Estados comenzaron a incorporar esos derechos en sus legislaciones y a extenderlos a todos sus habitantes, con base en el principio de la dignidad humana, demostrando la adopción de un nuevo paradigma.

Sin embargo, y sin negar la importancia de ese momento histórico, hoy se discute si el documento ha quedado ultrapasado, considerando el vertiginoso desarrollo de la tecnología, lo que implicaría el surgimiento de nuevos derechos, como es caso de los neuroderechos, derivados de los avances de la Neurociencia.

En ese contexto, el objetivo del presente trabajo es discutir si existe la necesidad de incorporar nuevos derechos a la Declaración de 1948, específicamente los denominados “neuroderechos humanos”, frente a los fulminantes avances de la Neurociencia. Para ello, fue realizada una investigación principalmente bibliográfica y documental, en la doctrina y legislación nacional e internacional, cuyos datos fueron analizados de forma deductiva e inductiva, respectivamente.

De esa forma, el trabajo comienza con una breve exposición sobre la importancia de la Declaración de 1948 para, seguidamente, abordar el surgimiento de los neuroderechos de modo a, al final, discutir la necesidad de incorporar esos nuevos derechos en la Declaración.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos: hito histórico

No hay duda de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 constituye un marco en la historia de la humanidad. La proclamación de la Declaración representa la internacionalización política y jurídica de los derechos del ser humano, dejando de ser éste apenas un asunto de interés histórico o filosófico, para pasar a ser un tema que política y jurídicamente interesa a toda la comunidad internacional.

Si bien sea posible citar en el pasado momentos en los cuales el asunto tuvo importancia vital para un determinado Estado o región, nunca antes los derechos humanos atrajeron simultáneamente toda la atención mundial. Es por ello posible afirmar que, nunca antes en la historia de la humanidad, como después de la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos tuvieron “*una mayor y más general significación teórica y práctica*” (Gros Espiell, 1991, p. 9). Fueron las atrocidades cometidas durante esa guerra, que concientizaron a la humanidad sobre la necesidad de crear instrumentos jurídicos para

proteger los derechos de todos los seres humanos, independientemente de cualquier frontera geopolítica.

Fue así como, en 1945, en la carta que instituyó la Organización de las Naciones Unidas, se delineó la idea de elaborar una declaración universal de los derechos humanos. Para ello, se creó una comisión, que fue presidida por la Sra. Eleonora Roosevelt, que elaboró el texto de la Declaración tomando como base el proyecto de René Cassin (Gros Espiell, 1991).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada la noche del 10 de diciembre de 1948, contiene treinta artículos precedidos de un Preámbulo con siete considerandos, donde se reconoce la dignidad como base para la libertad, la justicia y la paz de todos los miembros de la familia humana.

Del artículo 1º al 21 encontramos la proclamación de los tradicionalmente llamados derechos y garantías individuales, ciertamente impregnados de connotaciones más modernas que su origen iluminista. Del artículo 22 al 28, el documento trata de los derechos sociales. El artículo 29 proclama los deberes de la persona para con su comunidad, mientras que el artículo 30 establece que la interpretación de la Declaración será siempre en favor de los derechos y libertades en ella proclamados. Esa lista no ha sufrido alteraciones en estos 75 años, a pesar de los profundos cambios por los que la sociedad mundial ha atravesado las últimas décadas. Esto, sin embargo, no disminuye la importancia del texto, dado su carácter innovador y universal.

La incuestionable importancia de la Declaración de 1948 viene acompañada de la certeza de que el fenómeno de la universalización de los derechos humanos es un proceso que aún no ha terminado. Como señala Gros Espiell, tratase de “[...] un proceso no concluido, un asunto abierto al futuro [...]” (Gros Espiell, 1991, p. 9). Es esa certeza que ha llevado a cuestionar la necesidad de actualizar la Declaración.

El Derecho, en cuanto fenómeno social, influencia y es influenciado por la sociedad en la cual es vigente. Para mantener un mínimo de validez, el Derecho necesita ser seguido y, para ello, debe acompañar los cambios sociales bajo el riesgo de volverse obsoleto y, consecuentemente, perder su fuerza impositiva (Machado Neto, 2008).

Los cambios en la sociedad los últimos años han sido vertiginosos, especialmente debido a los avances en el campo de la tecnología, como es el caso de la Neurociencia, cuya asociación con la Inteligencia Artificial ha provocado la creación de innumerables neurotecnologías, algunas invasivas y otras no, pero ambas con igual potencial de dañar la dignidad humana.

Es en ese contexto que surge el cuestionamiento: ¿Son los derechos previstos en la Declaración de 1948 idóneos para atender las nuevas demandas de protección de la dignidad humana frente a los avances de la Neurociencia?

La Neurociencia y los neuroderechos

La importancia de los avances de las tecnologías para diagnosticar y tratar problemas que afectan al cerebro desencadenó, a mediados del siglo XX, el surgimiento de un nuevo campo de estudio denominado Neurociencia, cuyo desarrollo se potencializó con la invención de las computadoras en la década de 80 y, más recientemente, con la Inteligencia Artificial (IA), que aceleró exponencialmente la lectura de las imágenes producidas por equipos como la resonancia magnética funcional. Así, la Neurociencia hoy puede definirse como el estudio de la estructura y funcionamiento del sistema nervioso central, con el objetivo de diagnosticar y tratar sus problemas, así como buscar su mejoramiento (Lopes, 2022).

Paralelamente al desarrollo de la Neurociencia se desarrolló también la Neurotecnología, definida como: “*Neurotechnology is the field of devices and procedures used to access, monitor, investigate, assess, manipulate, and/or emulate the structure and function of the neural systems of animals or human beings*” (UNESCO, 2022, p. 12)

Ese conjunto de neurotecnologías puede ser invasivo o no invasivos. Un ejemplo del primer grupo es la estimulación cerebral profunda (ECP), que consiste en implantar electrodos directamente en el cerebro para tratar enfermedades como el Parkinson. Es una tecnología que plantea varias cuestiones éticas sobre su uso, ya que provoca varios efectos secundarios, algunos de gran importancia, como un cambio en la personalidad del paciente (Cagnan et al., 2019).

Hay, por otro lado, otras tecnologías no invasivas en desarrollo, como la interfaz entre varios cerebros mediante la electroencefalografía y la estimulación magnética transcraneal, que permiten inclusive el trabajo colaborativo y remoto entre varios cerebros (Jiang et al., 2019).

Las tecnologías no invasivas, a pesar de ser menos precisas y sensibles que las invasivas, han ganado especial protagonismo, dado que suponen menos riesgo para los pacientes y, por tanto, plantean menos cuestiones éticas en comparación con las tecnologías invasivas, lo que no quiere decir que no impliquen riesgos.

Recientemente, la Corte Suprema de Chile decidió suspender la comercialización del dispositivo de neurotecnología no invasiva *Insight*, de la empresa norteamericana *Emotiv*, por considerar que no protegía adecuadamente la información cerebral y la integridad física y psíquica de sus usuarios¹.

Desde que esas neurotecnologías comenzaron a ser desarrolladas, investigadores del área del Derecho comenzaron a analizar sus impactos jurídicos. Fue así como, en 2017, que Ienca y Andorno, en el artículo titulado “*Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*”, defen-

1 Para más informaciones, consultar: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/getRulingNew/36102>

dieron la necesidad de reformular los derechos humanos, para proteger a las personas ante el desarrollo de la Neurociencia (Ienca; Andorno, 2017), proponiendo cuatro nuevos derechos:

- a) Derecho a la libertad cognitiva: garantiza el acceso a los recursos de las Neurociencias y sus beneficios, así como la protección contra su uso coercitivo o sin libre consentimiento;
- b) Derecho a la privacidad mental: protege la seguridad y privacidad de los datos obtenidos a través de tecnologías de Neurociencia, cuyos riesgos se potencializan cuando se asocian a la IA. Abarca también la protección de datos obtenidos directamente del propio cerebro;
- c) Derecho a la integridad psíquica: protege contra el uso de neurotecnologías capaces de alterar o eliminar el control sobre la propia conducta;
- d) Derecho a la continuidad psicológica: preserva la identidad personal del individuo y la coherencia de comportamiento frente a alteraciones no autorizadas de su cerebro.

Ese mismo año, Yuste et al. (2017) publicaron el artículo “*Four ethical priorities for neurotechnologies and AI*”, en el que discutieron los desafíos de la Neurociencia en términos de privacidad, identidad, acceso a las tecnologías y posibles sesgos en los algoritmos, advirtiendo sobre la necesidad de guiar su desarrollo. Dos años más tarde, Yuste creó el centro de investigación denominado *Neurorights Initiative*, vinculado a la *Columbia University*, del que es su director. La *Neurorights Initiative* (2019) propone cinco nuevos neuroderechos humanos relacionados con el uso de la Neurociencia:

- a) Derecho a la identidad personal: protege contra cambios en el cerebro que pueden alterar el concepto que una persona tiene de sí misma;
- b) Derecho al libre albedrío: garantiza que las personas puedan controlar sus propias decisiones, sin manipulación;
- c) Derecho a la privacidad mental: preserva la confidencialidad de los datos, prohibiendo además su venta o transferencia;
- d) Derecho al acceso equitativo: salvaguarda el acceso de todos a las nuevas tecnologías de mejora cognitiva desarrolladas por la Neurociencia;
- e) Derecho a la protección contra sesgos algorítmicos: protege contra el trato discriminatorio resultante del uso de tecnologías de aprendizaje automático.

Para algunos autores, como Borbón Rodríguez y Laverde Pinzón (2020, p. 157) es aún prematuro hablar de nuevos derechos humanos, pues aún no se ha probado la necesidad y conveniencia de hacerlo, siendo que al-

gunos de los nuevos derechos propuestos, como el libre albedrío, no ha sido claramente definido.

Sin embargo, en razón al prematuro avance de las discusiones en estas materias, hacemos un llamado a la cautela y a la apertura de foros académicos, sociales y políticos plurales. Esto con el fin de lograr consensos sobre cómo debemos regular las neurotecnologías antes de intentar incorporarlos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En esa dirección, entonces, las iniciativas de los NeuroDerechos deben demostrar la necesidad y conveniencia de que se incorpore esta nueva propuesta como nuevos Derechos Humanos [...] Lo cierto es que el debate por el neuroderecho al libre albedrío es apenas prematuro y desconocido en la mayoría de los espacios académicos, por lo que urge hacer un llamado a mayores y mejores discusiones de este tipo de propuestas. Hasta entonces, proponemos que no se incorpore un nuevo derecho bajo este nombre.

El presente trabajo busca, en cierta medida, atender a ese llamando de Borbón Rodríguez y Laverde Pinzón sobre la necesidad de una mayor discusión de la comunidad científica sobre los neuroderechos y la conveniencia de incluirlos en la Declaración Universal de 1948.

La (des)necesidad de incorporar los neuroderechos a la Declaración de 1948

Actualmente, son dos las principales propuestas sobre cuáles serían los neuroderechos. Así, por un lado, Ienca y Adorno (2017) proponen cuatro nuevos derechos y, por otro lado, la *Neurorights Initiative* (2019) propone cinco neuroderechos:

Ienca y Adorno (2017)	<i>Neurorights Initiative</i> (2019)
integridad psíquica	libre albedrío
privacidad mental	privacidad mental
continuidad psicológica	identidad personal
libertad cognitiva	acceso equitativo
	protección contra sesgos algorítmicos

Como se puede apreciar, a pesar de algunas divergencias terminológicas y hasta cierto punto también conceptuales, hay coincidencia parcial en las dos propuestas, lo que facilita el análisis sobre si esos derechos están ya protegidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 o si es necesaria su reforma.

Antes de ello, conviene observar que la Declaración inicia su texto proclamando, en el artículo 1º, la dignidad humana como un principio fun-

damental, resaltando el comportamiento fraterno que debe haber entre todos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Esta norma tiene crucial importancia, pues sirve de fundamento y guía para la comprensión y aplicación de todos los derechos humanos contenidos en ese documento.

Otra norma que tiene ese carácter de guía interpretativo y aplicativo se encuentra en el artículo 2º, en el cual se proclama la no discriminación por motivos “[...] de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Con base en esta norma, se puede afirmar que el derecho a la libertad cognitiva (propuesto por Ienca y Adorno) y al acceso equitativo de los avances neurotecnológicos, así como el derecho contra los sesgos algorítmicos, (propuestos por la *Neurorights Initiative*), están protegidos por la Declaración. Más aún si se lleva en cuenta el artículo 7º que, de forma expresa, proclama el derecho a la igualdad: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Con relación al derecho de la integridad psíquica (propuesto por Ienca y Adorno) y al derecho del libre arbitrio (propuesto por la *Neurorights Initiative*), se puede afirmar que están protegidos por el artículo 3º de la Declaración, donde se encuentra la cláusula genérica de protección al derecho de libertad.

Ya los derechos de continuidad psicológica (propuesto por Ienca y Adorno) e identidad (propuesto por la *Neurorights Initiative*), están protegidos por el artículo 12 de la Declaración, en el cual se proclama el derecho a la privacidad: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada [...] Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”, reforzado por el artículo 18, que protege la libertad de pensamiento (“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento [...]”) y el artículo 19 que protege el derecho de recibir información (“Todo individuo tiene derecho a [...] recibir informaciones [...]”).

A partir de ese breve análisis, es posible afirmar que la Declaración de 1948 posee normas lo suficientemente amplias para garantizar la protección de los neuroderechos, aunque con ello no se niega la importancia ni la necesidad de la elaboración de otros documentos, que regulen específicamente esos nuevos derechos, lo que, sin duda, facilitaría el trabajo del intérprete al momento de resolver cualquier eventual conflicto derivado de los avances de la Neurociencia que esté colocando en riesgo el principio de la dignidad humana.

Consideraciones finales

La Neurociencia viene desarrollándose a una velocidad exponencial, especialmente después que se asoció a la Inteligencia Artificial, lo que ha permitido un mayor y más acurado conocimiento del funcionamiento del sistema nervioso central, propiciando la creación de diversas neurotecnologías.

Esos avances vienen contribuyendo enormemente con la mejoría de la cualidad de vida de las personas en innúmeros campos de la salud, aunque, es necesario también reconocer que, junto con los beneficios, ha traído también riesgos a la dignidad humana, dado su potencialidad para provocar daños a los derechos humanos como a la integridad física y mental, a la identidad, la libertad y la igualdad.

Ello ha provocado que la comunidad científica discuta la idoneidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 para proteger la dignidad humana frente a esos avances, o si es necesario reformarla para incorporar los denominados neuroderechos.

En el presente trabajo, se expuso brevemente esa discusión, sintetizando cuales serían los riesgos derivados de las neurotecnologías y cuáles serían los neuroderechos que deberían ser incluidos en la Declaración de 1948.

Después de analizar cada uno de esos neuroderechos y conferir si ya estarían protegidos por las diferentes normas de la Declaración de 1948, se concluyó que los derechos previstos en ese documento son lo suficientemente amplios para proteger los neuroderechos, no siendo, por lo tanto, necesaria su reforma. Ello, sin embargo, no excluye la importancia ni la necesidad de elaborar otros documentos que regulen específicamente los avances de la Neurociencia, de modo a facilitar el trabajo interpretativo del juzgador que tenga que resolver un conflicto derivado de esos avances. Sería esa la mejor forma de proteger la dignidad humana.

Referencias

BORBÓN RODRÍGUEZ, Diego Alejandro; Luisa Fernanda; LAVERDE PINZÓN, Jennifer. Análisis crítico de los neuroderechos Humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologías de mejora. **Iets Scientia**, Sevilla, v. 6, n. 2 2020. Disponible en: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/111542/Ius_et_Scientia_vol_6_n2_10_borbon_rodriguez_et_al.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acceso en: 02 nov. 2023

CAGNAN, Hayriye; DENISON, Timothy; MCINTYRE, Cameron; BROWN, Peter. Emerging technologies for improved deep brain stimulation. **Nature Biotechnology**, v. 37, n. 10, p. 1024-1033, out. 2019. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31477926/> Acceso en: 03 nov. 2023.

GROS ESPIELL, Héctor. **Derechos humanos**. Lima: Cuzco, 1991

IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards new human rights in the age

of neuroscience and neurotechnology. **Life sciences, society and policy**. [S, l] v. 13, n. 5, 2017. Disponível em: <https://lssjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40504-017-0050-1> Acesso em: 02 nov. 2023.

JIANG, Linxing et al. BrainNet: A Multi-Person Brain-to-Brain Interface for Direct Collaboration Between Brains. **Scientific Reports**, London, v. 9, n. 6115, p. 1-11, 2019. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41598-019-41895-7> Acesso em: 08 nov. 2023.

LOPES, Ana Maria D'Ávila et. Al. **Neurodireito, Neurotecnologia e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/368128401_Neurodireito_Neurotecnologia_e_Direitos_Humanos Acesso em: 07 nov. 2023.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEURORIGHTS INICIATIVE. **It's time for neurorights**. 2019. Disponível em: <https://nri.ntc.columbia.edu> Acesso em: 09 nov. 2023.

TAYLOR, J. Sherrod; HARP, J. Anderson; ELLIOT, Tyron. Neuropsychologists and neurolawyers. **Neuropsychology**, v. 5, n. 4, p. 293–305, 1991. Disponível em: <https://doi.apa.org/record/1992-25630-001?doi=1> Acesso em: 02 nov. 2023.

UNESCO - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Ethical issues of neurotechnology**: report, adopted in December 2021. Paris: Unesco, 2022. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000383559> Acesso em: 15 nov. 2023.

UNESCO - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Preliminary draft report of the IBC on ethical issues of neurotechnology**, Paris 15 december 2020. SHS/ BIO/ IBC-Ext/ 2021/3. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375237> Acesso em: 05 nov. 2023.

YUSTE, Rafael et al. Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. **Nature**, n. 551, p. 159–163 (2017). Disponível em: <https://www.nature.com/articles/551159a#citeas> Acesso em: 05 nov. 2023.

A BUSCA ATIVA E OS CIGANOS(AS) NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO: VAMOS FALAR SOBRE ISSO?

Maria de Fatima de Carvalho

Mestre e doutoranda em Serviço Social na Pontifícia Católica de São Paulo;
Assistente Social com experiência em idosos, população em situação de rua

Resumo:

Este trabalho originou-se do anteprojeto de ingresso no Doutorado, desde quando segue se modelando, e já apresenta alguns achados. A partir disso, foram tecidas algumas reflexões necessárias sobre a oferta de serviços socioassistenciais na cidade de São Paulo para os ciganos(as) pobres. A profissão utiliza a busca ativa para encontrar pessoas socialmente desfavorecidas. Na literatura encontram-se famílias ciganas que recebem o Bolsa Família, adquirido via Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), após atendimento com o Serviço Social. Entretanto, quase não se fala deste público: pessoas que lutam por reconhecimento, respeito as suas diferenças, participação e proteção social. O trabalho mostra alguns indícios, na cidade de São Paulo, a partir da Política de Assistência Social/Cadastro Único e o Plano da Assistência Social. Um caminho possível para a inclusão social dos ciganos(as) conta com a contribuição do Serviço Social na concretização dos direitos desse grupo em específico.

Palavras-chave: Serviço social; Busca ativa; Ciganos.

Constituição Federal brasileira e direitos sociais: algumas ponderações

A Constituição Federal brasileira de 1998 (CF/1988) parte do pacto civilizatório nacional dos últimos anos. O art. 1º, capítulo II, artigo 6º, nomeia os direitos sociais; a educação, a saúde, o trabalho, a alimentação, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade, a infância, e a assistência aos desamparados etc. (Brasil, 1988), buscando assegurar a construção do desenvolvimento humano, a cidadania e a dignidade da nação. Nos princípios fundamentais constitucionais o art. 3º, § III, menciona a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como amenizar desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de

origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Brasil, 1988. Art. 5º, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Fonte máxima em termos de Leis, a CF/1988 estabelece regras para resolver as necessidades e problemas do país, a partir do Estado democrático de direito, uma conquista do século XX. Possui compromisso assumido com o povo, de garantir a dignidade, a cidadania e a justiça social. Esse caminho passa pelas políticas públicas, o que é um desafio no Brasil. Políticas públicas geralmente surgem da pressão da sociedade para que o governo cumpra com a prestação pública de serviços sociais universais, definidos na Constituição. As políticas públicas surgem em consonância com Constituição, de modo geral, surgem a partir da identificação de um problema, sendo solucionadas pela proposição de ações interventivas do Estado especialmente com capital financeiro.

A economia move a humanidade e, portanto, há necessidade de investimentos em diversas áreas, por exemplo nas políticas públicas, buscando diminuir as desigualdades sociais. Entretanto, em um mundo em que a economia se baseia excessivamente na perspectiva do lucro, o mercado financeiro contribui para restringir a concretização do Estado de direitos, e

[...]avança sobre o fundo público e os investimentos especulativos no mercado acionário das empresas segundo padrões internacionais. Sobrepõem, nesta direção, as políticas de gestão, o enxugamento da mão de obra, a intensificação do trabalho, e o aumento da jornada; os estímulos à competição entre os trabalhadores[...] e as regressão dos direitos sociais e trabalhistas anteriormente conquistados (Iamamoto, 2015, p. 15).

O *Relatório Mundial da Desigualdade*, de 2022, aponta a desigualdade a partir de dados cruéis da economia global: os 10% mais ricos detêm 76% da riqueza e 52% da renda, enquanto metade da população mundial fica com apenas 2% da riqueza e 8,5% da renda (Piketty et al. 2022 apud Menezes; Kraychete, 2022), o que fomenta as desigualdades econômicas, sociais e políticas, de maneira violenta nos países “periféricos”. Ademais, debilitam as democracias, arruinam o exercício da cidadania e, ao mesmo tempo, propõem estratégias para transformar a realidade devastada com as medidas da redução do Estado (Menezes; Kraychete, 2022). A mundialização especulativa financeira¹ permanece indiferente às necessidades básicas humanas. Seja nas metrópoles ou em regiões remotas, também reverberam forte os ecos de tal dinâmica. São Paulo não está em desacordo com isso.

A cidade de São Paulo é o principal centro financeiro corporativo e

1 “A mundialização financeira em suas refrações no país, impulsiona a generalização das relações mercantis[...] que afetam transversalmente a divisão do trabalho, as relações entre as classes e a organização da produção e distribuição de bens e serviços[...]” (Iamamoto, 2015, p. 21).

mercantil do país produz riqueza e desigualdade. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2022), contabiliza 44.420.459 habitantes, a nível estadual, e 11.451.245 no município. A cidade possui 96 distritos a saber; Zonas; Sul, Leste, Norte e Oeste. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD Contínua) de 2023 (IBGE) anuncia que **13.146** mil pessoas em todo o Estado estão fora do mercado de trabalho. Dado assustador, em que o quantitativo de pessoas desempregadas representa um pouco mais que o número de habitantes do município. A cidade de São Paulo é a mais populosa do Brasil. Representa 25,7% da população de todo o estado.

O Mapa da Desigualdade de São Paulo de 2022 aponta uma série de elementos que não colaboram para uma sociedade igualitária e mais acessível: trabalho e renda, saúde, educação, mobilidade, infraestrutura digital, esporte, direitos humanos, segurança pública, cultura, meio ambiente etc. Políticas e setores devem se articular para diminuir as desigualdades. A assistência social, a partir da CF/1988 e em conjunto com a saúde e a Previdência Social devem assegurar ações protetivas. Nessa perspectiva, foi criada a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS/1993) Ela define as garantias mínimas de vida, e inspirou a criação da Política Nacional de Assistência Social (PNAS/2004), que possibilitou a estruturação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS, 2005). Essas siglas representam aquilo que direciona o trabalho do Serviço Social, profissão que “[...] só pode ser entendida no movimento histórico da sociedade que é produto de relações sociais, de ações recíprocas dos homens, no complexo processo de reprodução da vida social.” (Yazbeck, CRESS/SP, 2013, p. 15).

O Serviço Social se desenvolveu e abandonou o assistencialismo, ocupando espaços na execução das políticas públicas, na perspectiva de direito do cidadão e responsabilidade do Estado. Assistência social ascendeu à categoria de política pública, e segue enfrentando desafios como o Estado mínimo, a redução das políticas sociais, as contrarreformas, tentativa do capital. O objetivo de salvar grandes empresas e bancos, e assim conseguir “recompor” a economia, mas as condições de vida dos trabalhadores a nível global não melhoraram. (Almeida; Alencar, 2011). Por isso foi estabelecida a PEC-55/2016, com o congelamento das políticas da educação e saúde, algo anticonstitucional. Isso afetou a PNAS, na distribuição dos serviços nos territórios a partir dos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), unidades de proteção social básica do SUAS, que atuam para prevenir situações de vulnerabilidades e riscos sociais nos territórios, assim como para a localização/identificação de pessoas pobres/extremamente pobres, urbanos e rurais comunidades tradicionais, indígenas e outros segmentos populacionais que se encontram na “invisibilidade”, à margem da proteção social.

Essa situação de invisibilidade e “descuido” com os povos tradicionais foi implantada na colonização pelos europeus, momento em que os povos originários e tradicionais brasileiros já lutavam por condições dignas de vida. Saltando para 2004, há a criação da Comissão Nacional de Povos e Comuni-

dades Tradicionais, ligados ao Ministério do Meio Ambiente junto ao Ministério da Cultura e outros órgãos do governo Federal, no primeiro mandato de Luís Inácio Lula da Silva. O decreto nº 10408, de 27 de dezembro de 2004, nomeia 29 segmentos de povos tradicionais, sendo alguns destes: povos indígenas; comunidades quilombolas; povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana; povos ciganos; pescadores artesanais etc.

A possibilidade de inclusão dos povos ciganos em termos de políticas públicas específicas se deu com a implantação da Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR); decreto nº 10.678, de 23 de maio de 2003, no governo de Luís Inácio Lula da Silva. O propósito: formular, coordenar e articular políticas para a promoção da igualdade racial (Brasil, 2003), com ênfase na população negra, e estendendo-se aos indígenas, ciganos etc. o Serviço Social trabalha historicamente na defesa intransigente dos direitos humanos dos grupos vulneráveis e discriminados (CFESS, 1993), e estes devem receber tratamento técnico competente, respeitoso e igualitário com a diversidade.

A cidade de São Paulo não foge a essa diversidade de etnias, culturas, idiomas etc., uma realidade para qual o assistente social deve estar aberto e atento ao realizar sua intervenção, respeitando as culturas e diferenças existentes. Embasado pelo projeto ético-político profissional, leis e normativas, como o Código de Ética do Assistente Social, prescrevem normas e comportamentos da atuação profissional. Frente a isto, presume-se que a Secretaria Municipal de Assistência Social (SMADS) da cidade de São Paulo e seus Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) mobilizam esforços para o alcance dos vários segmentos populacionais tradicionais, o que requer aprimoramento intelectual, conhecimento teórico, técnico, histórico etc. Alguns povos tradicionais podem requerer, inclusive, uma busca ativa, que deve ser feita com boa estrutura material, conhecimento prévio do território, aportes tecnológicos, transporte, e apoiada por todos os entes federados. Trata-se de uma ferramenta de baixo custo e um meio para a inclusão.

A introdução da busca ativa foi um movimento do Estado democrático na perspectiva de atenção aos direitos humanos, articulada com a PNAS e o Serviço Social, além de outras profissões, nos diversos CRAS dos territórios brasileiros, e pela busca por uma população historicamente ignorada e denominada de “os invisíveis”. De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), a busca ativa é levar o Estado onde o cidadão está (Brasil, 2013), e assim encontrar pessoas que não possuem documentação civil, migram de endereço constantemente ou estejam em situação de rua. Populações tradicionais ou que moram em locais isolados na grande dispersão territorial brasileira, além de pessoas que desconhecem a proteção social e os seus direitos e, por certas razões, não conseguem se inserir nas políticas de modo geral.

Realizada em espaços rurais e urbanos, a busca ativa surgiu na PNAS através da Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009, que aprovou a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) que, de modo geral, cuidou da definição e caracterização dos serviços, principais funções e público, detalhamento de cada serviço, ações e atenções etc., especialmente nos serviços da Atenção Básica e da Média Complexidade². Por fim, a busca ativa é instrumento que permite localizar, identificar, inserir no CadÚnico, incluir na PNAS, articular e encaminhar para outras políticas e serviços.

O atendimento às famílias residentes em territórios de baixa densidade demográfica, com espalhamento ou dispersão populacional (áreas rurais, comunidades indígenas, quilombolas, calhas de rios, assentamentos, dentre outros) pode ser realizado por meio do estabelecimento de equipes volantes ou mediante a implantação de unidades de CRAS itinerantes) (Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, 2009, p. 12).

Especificando um pouco mais a busca ativa a partir do CRAS e suas ações para os territórios.

A busca ativa refere-se à procura intencional, realizada pela equipe de referência do CRAS, das ocorrências que influenciam o modo de vida da população em determinado território. Tem como objetivo identificar as situações de vulnerabilidade e risco social, ampliar o conhecimento e a compreensão da realidade social, para além dos estudos e estatísticas. Contribui para o conhecimento da dinâmica do cotidiano das populações (a realidade vivida pela família, sua cultura e valores, as relações que estabelece no território e fora dele); os apoios e recursos existentes e, seus vínculos sociais (Orientações Técnicas Centro de Referência de Assistência Social – CRAS, 2009, p. 29).

Aplicada em muitos contextos e com variadas finalidades, a busca ativa permite acesso a informações valiosas sobre o território e as pessoas. “[...] importante fonte de notificação das situações de vulnerabilidade e risco sociais, e [...] das potencialidades identificadas no território essencial à ação preventiva” (Orientações Técnicas Centro de Referência de Assistência Social, 2009, p. 29). Ademais, também contribui como fonte de dados para vigilância socioassistencial do município, seja nos âmbitos do município ou do Distrito Federal.

Nesta etapa da pesquisa ainda não há informações do CRAS/assisten-

2 Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF), ofertado pelo CRAS; Serviços de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), especializado em abordagem social etc.

tes sociais sobre como atuam com os ciganos, e se realizam a busca ativa para esse público.

Ciganos no Brasil e a luta por acesso as políticas públicas

De acordo com a cigana Marcia Yaskara Guelpa, em programa televisivo apresentado por Antônio Abujamra em 2011³,

Somos um povo pacífico, não roubamos criancinhas, não fazemos mal a ninguém, nós sempre fomos atuantes na história do Brasil, por isso queremos ser reconhecidos. Nós estivemos na Guerra dos Farrapos, na Guerra dos *Imbuabas*, no Quilombo dos Palmares, mas os livros de história não contam isso, esse é o problema. Que povo é esse, vocês sabem? Não, não sabem [...] nós somos a minoria das minorias, o elo mais fraco da corrente.

Vê-se, a partir desta menção, um povo marcado por estereótipos e que, com quase 500 anos no Brasil, segue tentando se explicar. Que são diferentes, mas estiveram inseridos nos processos de formação social, político e histórico do país, e seguem na resistência contra o apagamento. Pouco se conhece sobre eles, é escassa a documentação e pesquisa sobre os ciganos. Sabe-se que muitos foram mortos nos campos de concentração na Alemanha. Os primeiros chegaram ao Brasil enviados por Portugal (especialmente os *calons*) como punição, devido a cometimento de delitos, furto, leitura de mãos, ou pelo simples fato de serem ciganos(as). Documentos régios dão conta de que a primeira família cigana chegou em 1574 (Teixeira, 2008), o que os coloca neste país há 449 anos. Os ciganos são diversos em divisão de grupos e subgrupos, e não são homogêneos (Portela, 2019). “[...] não existem ciganos, mas sim diversas comunidades diferenciadas, chamadas de ciganas, mantendo relações de semelhança e/ou dissemelhança umas com as outras” quanto ao estilo nas diversas regiões do país (Teixeira, p. 14, 1998). Ademais, eles se moldam ao ambiente e cultura de onde estão, muitas vezes sem perder suas tradições e costumes. Estão distribuídos pelo Brasil em praticamente todas as regiões e classes sociais.

Acredita-se que os povos ciganos sejam descendentes dos povos da Índia, que iniciaram sua rota migratória após invasões islâmicas em seu território (Rothenburg; Stroppa, 2020), ou que se dispersaram devido à peste negra etc. Estão divididos em grupos e subgrupos, e diz o cigano doutor Silva Júnior que “Os grupos Rom, os Sinti e os Calon, por sua vez formam inúmeros subgrupos que estão espalhados por todos os continentes e quase todos os países e juntos somam cerca de 12 a 15 milhões de pessoas” (Silva,

3 GUELPA, Marcia Yaskara. Entrevista concedida a Antônio Abujamra. Provocações, TV Cultura, 22 de abril de 2011. Disponível em: http://tvcultura.com.br/videos/12512_provocacoesentrevista-a-cigana-marcia-yaskara-guelpa-bloco-1.html

2018, p. 34). Já Portela (2019) evidencia que, no mundo, a população cigana é estimada em 5 milhões de pessoas. No Brasil, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) dá conta da existência de 500 mil pessoas ciganas, mas, considerando as subnotificações, esse número pode estar subestimado. Os dados se revelam muito incipientes e reforçam a necessidade de mapeamento efetivo desta população (Rothenburg; Stroppa, 2020). As lideranças ciganas e militantes insistem na necessidade de o IBGE realizar um censo dessa população. Não somente para saber a quantidade populacional, mas para, a partir disso, compor um quadro dos representantes ciganos das diversas localidades nos 3 âmbitos da federação e, assim, definir, a partir deles, as necessidades mais urgentes, e distribuir recursos para implementação de políticas públicas, o que já se vem articulando. O quantitativo iria subsidiar pesquisas e o próprio país se tornaria um pouco mais rico ao conhecer de perto tal patrimônio humano.

Os ciganos(as) estão lutando. Há um interessante movimento político com os centros de poderes democráticos, que o espaço aqui não permite relatar. O Estatuto dos Povos Ciganos é reflexo desta luta, e está esperando aprovação na Câmara dos Deputados. Um representante da Associação Nacional das Etnias Ciganas, Wanderley da Rocha, afirmou que os ciganos querem ser reconhecidos e, para isso, é preciso que eles façam parte do censo demográfico brasileiro. “Nós somos sim invisibilizados e sonhamos em sair da invisibilidade porque sabemos que é direito nosso e dever do Estado” (Carta Capital, 2023)⁴. Historicamente, esse povo tem causado repulsa e admiração no mundo. Pouco se sabe a respeito deles(as). Contam sua história através da oralidade, e alguns ainda são ágrafos, não se utilizando da escrita. Portanto, de modo geral os registros sobre eles(as) se dão a partir do olhar do outro, na perspectiva alheia e ofensiva. (Teixeira, 2008, o que aguçava ainda mais o descrédito e a perseguição.

Esses elementos históricos se ressignificam na sociedade atual. Mas os ciganos(as) não se enredam quanto a tudo isso, e são incansáveis no clamor “nós só precisamos de Políticas Públicas, só de nossos direitos, nós não queremos esmola do Governo, nós já vivemos quantos anos? Agora que eu tô aqui que vieram fazer a bolsa família, mas nós nunca recebemos uma cesta básica do governo! E muita gente recebe amparo do governo, nós nunca recebemos! Entendeu?” (Bareicha, 2015, p. 282). Esta é uma de muitas investigações encontradas acerca do silenciamento e invisibilidade dos ciganos frente ao Estado, que deveria protegê-los.

Aproximações metodológicas

Pesquisa qualitativa, crítica, se originou do anteprojeto do doutora-

4 Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/etnias-ciganas-pedem-acesso-a-politicas-publicas-e-reconhecimento-pelo-censo/>

do em andamento. Foi iniciada com o levantamento bibliográfico e dados (qualitativos e quantitativos), a partir de leis, normatizações, pesquisas acadêmicas nos repositórios das universidades, reportagens etc., mais especificamente no catálogo de dissertações e teses da CAPES, utilizando as palavras-chave “cigano”, “política pública e cigano”, “serviço social e cigano”, para identificar e quantificar a existência de pesquisas. Com as palavras “ciganos e Bolsa Família” nada foi encontrado. Ao explorar as pesquisas em diversas áreas do conhecimento, inicialmente foi optado por ler apenas os resumos das obras, porém percebeu-se um erro não as ler na íntegra, mas cuidando para não perder a centralidade da busca principal. Assim, passaram a ser localizados importantes fragmentos, que não apareciam nos resumos. Foram selecionados trabalhos de 2003 em diante, ano de criação do programa Bolsa Família, em que as famílias, especialmente as mães ciganas, mencionam que as crianças recebem o benefício⁵. São trechos de conversas esparsas nas entrevistas, sem uma análise ou um resultado de fato, visto que os objetivos dos trabalhos não estavam nesta direção.

Para obter os dados quantitativos, foi enviado um e-mail, em 06 de julho, para a Coordenação do Observatório da Vigilância Socioassistencial da Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Assistência Social (COVS/SMADS) da cidade de São Paulo⁶, solicitando dados de indivíduos e famílias cadastradas no Cadastro Único por macrorregiões da cidade (Norte, Sul, Leste, Oeste e Centro). A resposta foi imediata, indicando o setor de comunicação da SMADS que, por sua vez, nos direcionou para o setor de pesquisas⁷. Este fez algumas perguntas e, após respondidas, seguiu-se os procedimentos orientados, como a solicitação do projeto de pesquisa.

Mais adiante o setor pediu o preenchimento de um questionário eletrônico. No percurso houve morosidade, e em resposta íamos reivindicando agilidade. Ao final, fomos direcionados para a Analista de Assistência e Desenvolvimento Social / Coordenação e Gestão de Benefícios - SMADS/CGB. O processo foi terminando, e em setembro recebemos a resposta do quantitativo geral, sem a distribuição por microrregiões. Entretanto, passamos a falar com quem solicitava aos técnicos agilidade na entrega. Em 03 de novembro os dados saíram completos. Fizemos, nesse ínterim, uma busca nos bancos de dados do Cadastro Único, (CECAD)⁸, online, e os resultados gerais para a cidade de São Paulo foram os mesmos da SMADS, pois possuíam da mesma origem (o CadÚnico). Para o futuro da pesquisa, pretende-se selecionar os distritos com maior presença cigana, localizar os

5 O programa possui condicionalidades como estar matriculado em uma escola, cuidado com a saúde, além de se articular com outras políticas.

6 E-mail enviado ao endereço eletrônico smads@prefeitura.sp.gov.br

7 Com o qual nos correspondemos através do endereço eletrônico pesquisa.smads@prefeitura.sp.gov.br

8 Disponível em: <https://cecad.cidadania.gov.br/painel03.php>

CRAS destes territórios e convidar os assistentes sociais para contribuir a partir de entrevistas. Utilizaremos o método análise de conteúdo, de Bardin, no tratamento dos dados.

Resultados parciais e discussão

O levantamento foi realizado nos repositórios das universidades e mais detidamente no banco de teses da CAPES, que acusou 200 resultados. Quando refinados, restaram 60, das quais foram separadas 10, em fase de leitura. Foram finalizadas 4, até o presente. Observou-se que, de 2017 para cá, as produções têm aumentado, especialmente nas ciências humanas. Aparecem nesta ordem: Antropologia, Educação e História etc. Ver catálogo de teses e dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior- CAPES⁹, (2023). Na área de de Serviço Social, localizou-se uma dissertação, de Iranildo da Silva Marques, **Ciganos calons: sociabilidade e trajetórias de vidas (2020)**¹⁰; um artigo do mesmo autor, **Povos ciganos, povo silenciados: desafios e possibilidades do serviço social (2018)**¹¹; outra dissertação, de Erika dos Santos Tolentino **Estudo sobre os ciganos Calon e os desafios em acessar bens e serviços em um município da região do Médio Paraíba no estado do Rio de Janeiro: uma relação em evolução (2019)**¹², e ainda um outro artigo, de Gabriela Alves dos Santos e Priscila Fernanda Gonçalves Cardoso, **Povos ciganos e Serviço Social um necessário diálogo para o debate étnico-racial (2020)**¹³, totalizando, assim, duas dissertações de mestrado e dois artigos científicos.

A dissertação de Marques, publicada em São Paulo, fala de um expressivo trabalho do Serviço Social em articulação com outras políticas com esse seguimento. Outra referência utilizada foi o Plano Decenal de Assistência Social da Cidade de São Paulo – PDMAS/SP 2016-2026¹⁴. Consiste em um planejamento de ações da assistência social, e menciona as famílias ciganas inscritas no CadÚnico. Aponta maior presença de ciganos nas Zonas Leste e Sul, e menor na Zona Oeste. Ao ser consultado o CadÚnico, relevante mecanismo de levantamento de dados, responsável pelos dados de famílias em situação de vulnerabilidade e utilizado pelo governo federal, Estados e

9 Disponível em: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>

10 Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/23816/1/Iranildo%20da%20Silva%20Marques.pdf>

11 Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/abepss/article/view/23579/16328> Arquivo PDF

12 Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/47927/47927.PDF>

13 Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/>

14 O documento é baseado em três diretrizes fundamentais: Unidade, Universalidade e Alcançe de Direitos Socioassistenciais. Essas diretrizes foram formuladas a partir de análise do SUAS, em 2016, em São Paulo, e as perspectivas alcançadas nas oitavas realizadas nas áreas regionais. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/noticias/?p=227318

Municípios para implementação de políticas públicas e assim promover a melhoria da qualidade de vida dessas famílias. A ferramenta evidencia que o Brasil tem 27.779 pessoas ciganas cadastradas, e aproximadamente 13.162 famílias cadastradas, em situação de vulnerabilidade social, distribuídas em 1.430 municípios brasileiros (Brasil, 2021).

Na cidade de São Paulo, superficialmente, há 56 famílias, totalizando 97 pessoas ciganas de baixa renda (CECAD, 2023). Os mesmos resultados nos foram enviados pela SMADS, a partir também do Cadastro Único, com um diferencial: a amostragem da SMADS foi dividida em microrregiões nas Zonas Sul, Leste, Oeste e Norte conforme frisado. Apresentamos algumas variáveis quanto aos números obtidos: 49 são mulheres, das quais 37 se declaram pretas e pardas, 51 pessoas se declaram brancas, e são 27 os idosos. A renda dessas pessoas varia entre 0 e 1.300 reais.

Vê-se que, no Brasil, estados e municípios consideram a PNAS/SUAS/CRAS, juntamente com o Serviço Social, e estão procurando, timidamente, realizar esforços para incorporar a diversidade. A cidade de São Paulo não foge à regra. Entretanto, tal diversidade, a exemplo dos ciganos, talvez por certa “timidez”, aparece pouco no CRAS, no Cadastro Único. Os números do CadÚnico para uma cidade da dimensão econômica de São Paulo são baixos. Conforme as pesquisas, a cidade é bem procurada pelos ciganos (eles declaram), pelo grande comércio, um dos principais meios de vida destes (as). Quanto à localização, percebe-se a predominância de ciganos nos distritos mais afastados, como Zona Sul e Zona Leste, regiões populosas e com um significativo comércio.

Outro ponto foi a autodeclaração, e a coragem quanto a tal atitude. Talvez isso explique o baixo número destes cadastrados. Vê-se, nas pesquisas, que algumas pessoas ciganas negam sua identidade por receio de estigmatização e rechaço. Provavelmente deixem de se declarar com ciganos(as). Chama atenção o peso dado a questão étnica, entretanto quanto à cor, boa parte se declara negra ou parda, presume-se, que devem ser da etnia calon que, geralmente, são de pele mais escura. Então se autoafirmar como negro (a) e pardo(a) é menos ruim do se declarar cigano? Algo a se pesquisar. Não significa que não existam loiros e brancos nesta etnia, assim como há, sabidamente, várias famílias pobres e carentes de serviços públicos básicos. Provavelmente isso reflete na declaração de renda (alguns declaram que não possuem renda e outros declaram uma renda impossível de atender suas mais necessidades etc. Os dados não deixam margem para saber se a renda é diária, mensal ou de maior prazo. Também, há pessoas idosas cadastradas, que talvez recebam o Benefício de Prestação Continuada (BPC). Por fim, deduz-se que as políticas sociais e esse público devem se aproximar mais, assim o público se mostrar mais, para ocupar ainda mais os espaços sociais brasileiros. O Ministério da Saúde, na Atenção Primária Básica, aponta ações com os ciganos(as). Brasil. Mi Secretaria de Atenção Primária à Saúde. De-

partamento de Saúde da Família¹⁵.

Há, aqui, um fragmento daquilo que foi possível encontrar a partir da pesquisa até o momento realizada. Analisar em profundidade estes dados certamente oferecerá orientações importantes para o aprimoramento da ação pública para os ciganos, com divulgação e debates para mais visibilidade a essa velha e atual questão

Considerações apenas

A questão dos ciganos não diz respeito somente ao Brasil, a São Paulo, a PNAS/CRAS e ao Serviço Social. É um problema mundial, no qual estão todos envolvidos, uma vez que faz parte da estrutura da sociedade. Falar de ciganos, e se declarar como tal pode deixar de ser um dogma, um tabu etc. O público que aparece no CadÚnico A Constituição Federal e os poderes públicos devem assegurar os direitos básicos aos que estão em situação de vulnerabilidade, se utilizando das políticas existentes, como a PNAS, na qual o assistente social tem atuação direta.

Em São Paulo, esse trabalho é realizado na oferta dos serviços socioassistenciais. A SMADS formula, executa, monitora e avalia as políticas no município, que tem uma das maiores redes de serviços socioassistenciais da América Latina. As políticas públicas são convertidas em políticas neoliberais desde seu planejamento, e as populações tradicionais aparecem, na Constituição Democrática de 1988, apenas como indígenas e afrodescendentes. Dessa forma, se aprofundam as divisões e a invisibilidade dos ciganos(as), que se organizam e apresentam suas demandas junto ao Estado, mas devem procurar ter mais voz, fortalecer-se politicamente etc. Alguns ciganos, como outros brasileiros, lutam por luz elétrica, água potável, saneamento, básico, alimentação, escola, saúde etc. Especialmente os ciganos pobres, alguns que vivem no nomadismo ou semi-nomadismo, e necessitam de condições dignas para seus pousos ou moradias, e que têm o direito à estrutura adequada para reprodução das suas vidas.

A cidade de São Paulo, via políticas sociais, mobiliza estratégias para amenizar as vulnerabilidades dos mais frágeis. Entretanto, deve ser mostrado e falado sobre o trabalho que se faz com/para os ciganos(as); trabalho que pode passar pelo CRAS/assistentes sociais e demais trabalhadores da PNAS, além de incorporar a busca ativa, para encurtar o caminho rumo aos direitos humanos básicos de um povo que também é nosso povo, nossa gente.

Referências

ALMEIDA, Ney L. Teixeira de; ALENCAR, Mônica M. Torres de. **Serviço Social**,

15 Guia orientador para a atenção integral à saúde do povo cigano. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saps/equidade/publicacoes/povo-cigano-romani/guia-orientador-para-a-atencao-integral-a-saude-do-povo-cigano>.

Trabalho e Políticas Públicas. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

BAREICHA, Luciana C. Fernandes. **Educação e Exclusão Social: a perspectiva dos ciganos e dos não ciganos.** (Tese de doutorado). Brasília, 2013. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13520/1/2013_LucianaCama-raFernandesBareicha.pdf. Acesso em: 3 de out. 2023.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Guia Orientador para a Atenção Integral à Saúde do Povo Cigano. Brasília – DF, 2022.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saps/equidade/publicacoes/povo-cigano-romani/guia-orientador-para-a-atencao-integral-a-saude-do-povo-cigano>. Acesso em 8 de nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social – (CNAS). **Resolução N° 109, de 11 de novembro de 2009. Aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais.** Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arq_pdf/cdedica/conanda/Resolucao_109.2009.pdf. Acesso em: 9 de nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: 1988.

BRASIL. Decreto de 27 de dezembro de 2004. **Cria a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Dnn/Dnn10408.htm. Acesso em: 9 de nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 8.750, de 9 de maio de 2016.** Dispõe sobre a Política Nacional de Formação dos Profissionais da Educação Básica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8752.htm acesso em: 10 de out. 2023.

BRASIL. **Decreto de 13 de julho de 2006. (Revogada pelo Decreto nº 8.750: Altera a denominação, competência e composição da Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10884.htm Acesso em: 11 de set. 2023.

BRASIL. **Lei Orgânica de Assistência social (LOAS). Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.**

BRASIL. Ministério da Cidadania. **Tabulador do cadastro único.** 2021. Disponível em: https://cecad.cidadania.gov.br/tab_cad.php. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Caderno Brasil sem Miséria.** Brasília: MDS, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/servicos/sagi/estudos-e-pesquisas/caderno-de-estudos/caderno-de-estudos> Acesso em: 19 de set. 2023.

BRASIL. **Orientações Técnicas: Centro de Referência de Assistência Social – CRAS/** Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. 1. ed. Brasília: 2009. Disponível em: <https://aplicacoes.mds.gov.br/snas/documentos/Orientacoes%20Tecnicas%20-%20Centro%20de%20Referencias%20de%20Assistencia%20Social%20%28CRAS%2922.pdf> Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. **Política Nacional de Assistência Social- PNAS/2004.** Brasília: 2005.

Legislação brasileira para instrumentalização da/a Assistente Social. 4 ed. Vol. 1. São Paulo: 2013.

BRASIL. **Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial - SEPPIR. Decreto nº 4.885, de 20 de novembro de 2003.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4885.htm. Acesso em: 9 de nov. 2023.

CONSELHO FEDERAL DO SERVIÇO SOCIAL (CFESS). **Código de Ética do Assistente Social.** Brasília: 1993.

Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior-CAPES. **Catálogo de Teses e Dissertações.** Disponível em: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/> acesso em: 5 de set. 2023.

Etnias ciganas pedem acesso a políticas públicas e reconhecimento pelo censo. Carta Capital por Agência Câmera. Publicado em: 25 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/etnias-ciganas-pedem-acesso-a-politicas-publicas-e-reconhecimento-pelo-censo/> acesso em: 8 de out. 2023.

GUELPA, Marcia Yaskara. **Entrevista concedida a Antônio Abujamra. Provoações,** TV Cultura. Em: 22 de abril de 2011. Disponível em: http://tvcultura.com.br/videos/12512_provocacoesentrevista-a-cigana-marcia-yaskara-guelpa-bloco-1.html, acesso em: 7 de out. 2023.

IAMAMOTO, Marilda Vilela. **Serviço social em tempo de capital fetiche.** 9ª Ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **PNAD Contínua - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/2511-np-pnad-continua/30980-pnadc-divulgacao-pnadc4.html>. Acesso em: 5 de out. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **PNAD Continua - Desemprego/população.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/2023>. Acesso em: 8 de out. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Cidades e Estados, 2022.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/sp/sao-paulo.html>. Acesso em: 10 de out. 2023.

MENEZES, R. Goulart; KRAYCHETE, Elsa Sousa. **Desigualdade Global e desenvolvimento. Caderno CRH,** Volume: 35, Salvador:2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/vgpn8Qcn5JMkkmkyFXS35VD/?format=pdf>. Acesso em: 10 de nov. 2023.

PORTELA, G. **Ciganos no Brasil: saúde e preconceitos.** Rio de Janeiro: Fio-cruz, 21 jan. 2019. Disponível em: [https://www.icict.fiocruz.br/content/ciganos-no-brasil%C3%BAde-e-preconceitos#:~:text=As%20pessoas%20ciganas%20t%C3%AAm%20uma,%20paciente%20cigano\(a\).](https://www.icict.fiocruz.br/content/ciganos-no-brasil%C3%BAde-e-preconceitos#:~:text=As%20pessoas%20ciganas%20t%C3%AAm%20uma,%20paciente%20cigano(a).) Acesso em: 13 set. 2021.

Rede Nossa São Paulo. **Mapa da Desigualdade 2022.** Disponível em: https://www.nossasaopaulo.org.br/wp-content/uploads/2022/11/Mapa-da-Desigualdade-2022_Tabelas.pdf. Em: 7 de nov. 2023.

ROSSI, M. 2017: **o ano do maior aumento de bilionários da história. El País,**

São Paulo, 22 jan. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/17/economia/1516220669_272331.html Acesso em: 25 jan. 2022.

ROTHENBURG, W. C.; STROPPIA, T. **Estatuto dos povos ciganos no projeto de lei do Senado n. 248/2015**. 2020. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/reader/3b6c08ac7d438067d4a5b754df3480fcb7c35ad>. Acesso em: 10 de out. 2023.

SÃO PAULO. Prefeitura de São Paulo. **Plano Decenal de Assistência Social da cidade de São Paulo – PDMASP 2016/2026**. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/assistencia_social/arquivos/PLANO_DECENAL_DE_ASSISTENCIA_SOCIAL_DA_CIDADE_DE_SAO_PAULO_VSMADS2.pdf. Acesso em: 04 de out. 2023.

SÃO PAULO. Prefeitura de São Paulo. SMADS/CGB - Coordenação de Gestão de Benefícios/ Divisão do Cadastro Único. **Fornecimento dos dados numéricos por microregião**. E-mail: SMADS - PESQUISA <pesquisa.smads@PREFEITURA.SP.GOV.BR

SILVA JÚNIOR, Aluizio de Azevedo. **Produção social dos sentidos em processos interculturais de comunicação e saúde: a apropriação das políticas públicas de saúde para ciganos no Brasil e em Portugal**. (Dissertação/ doutorado) Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/33131/aluizio_junior_icict_dout_2018.pdf?sequence=2. Acesso em: 6 de out. 2023.

TEIXEIRA, Rodrigo Corrêa. **Correrias de ciganos pelo território mineiro (1808 - 1903)**. UFMG. Belo Horizonte. (dissertação/mestrado). Minas Gerais. 1998. Disponível em: <http://www.amsk.org.br/imagem/pdf/2disRodrigoCTeixeira.pdf> acesso em: 7 de out. 2023.

TEIXEIRA, Rodrigo Corrêa. **História dos ciganos no Brasil. Ensaio apresentado como dissertação de Mestrado** Recife: Núcleo de Estudos Ciganos, 2008. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/ciganos/a_pdf/rct_historiaciganosbrasil2008.pdf. Acesso em: 9 de out. 2023.

YAZBEK, Carmelita Maria. Conselho Regional de Serviço Social de São Paulo. **Legislação brasileira para instrumentalização da/a Assistente Social**. 4 ed. Vol. 1. São Paulo: 2013.

PERFIL DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE QUE COMETERAM CRIMES CONTRA A VIDA E O PATRIMÔNIO

Lucineide Clemente Amâncio

Formada em Psicologia pela universidade Católica, pós-graduada em Direitos Humanos e Segurança Pública, Policial no Rio Grande do Sul/Brasil

Resumo:

O público inicial deste estudo era 442 pessoas privadas de liberdade, destas, 266 estavam presas pelos crimes tipificados nos Artigos 121 e 157 do Código Penal Brasileiro, 119 participantes tinham sentenças julgadas, nos crimes de homicídio e latrocínio. O objetivo foi identificar o perfil destes apenados por meio de levantamento do Sistema de Informação de Pessoas Presas do Rio Grande do Sul – INFOPEN, informações que foram organizadas em categorias. Os resultados na categoria naturalidade 89% eram do Rio Grande do Sul. Em relação ao acompanhamento familiar, 94% dos presos receberam visitas no último ano. A escolaridade e profissão como grande parte da população carcerária do país, 49% dos presos tinham ensino fundamental incompleto. Em relação à primeira prisão, 42% dos participantes tinham entre 18 e 21 anos, seguido por 27% entre 22 e 25 anos. A idade atual em 61% dos participantes tinha entre 18 a 35 anos, 27% tinham entre 36 a 45 anos. Referente ao tempo de condenação, 35% dos apenados foram condenados até 20 anos e 32% entre 21 a 29 anos. Ficando em 20% os participantes que foram condenados entre 30 e 49 anos. Ao analisar o comportamento dos presos em relação às faltas cometidas dentro do sistema penitenciário, aconteceram 119 apreensão de celulares, nove brigas entre detentos, seis apreensão relacionados a bebidas e drogas e uma fuga. E por último a reincidência ficou de 61% dos apenados com dois ou mais crimes julgados.

Palavras-chave: Sentença; Idade; Crime; Família.

Introdução

Crime

Crime é a violação das regras jurídicas impostas. De acordo com No-

ronha (1991, p.20) “A história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”, mesmo sendo um fenômeno social, não teve definição no Código Penal. Em 1941 o decreto de Getúlio Vargas sancionou a Lei de Introdução ao Código Penal, 3.914, buscando definir, em seu artigo 1º:

“Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativas ou cumulativamente.”

Sendo uma conceituação complexa, que vai além da colocação feita pelo Direito Penal, cabendo à doutrina a definição de crime. Nesse sentido existem três conceitos que são considerados mais importantes: analítico, material e formal.

No conceito analítico de crime Mirabete (2000) relata ser uma conduta típica, antijurídica e culpável. Já Stefam e Gonçalves, (2013), para entender a estrutura deve conceituar melhor os elementos do crime, sistematizados de forma organizada e inter-relacionada. Para Mirabete (2000, p. 130), conduta típica é “ação ou omissão praticada com dolo ou culpa, que se ajusta a um tipo penal”. Sendo considerada antijurídica quando violar a norma penal incriminadora e esta não estiver amparado por excludentes de ilicitude, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito. A culpabilidade é “a ação típica quando reprovável, ou seja, quando há imputabilidade do agente, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa”. Já Nucci (2014), coloca a conduta típica, antijurídica e culpável sendo uma:

“Ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijurídica) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. (Nucci, 2014, p. 120).”

Delmanto (2000, p. 18) definiu crime em seu conceito material sendo “a violação de um bem jurídico penalmente protegido”. Já para Stefam e Gonçalves (2013), conceito material de crime é:

“O que se ocupa da essência do fenômeno, buscando compreender quais são os dados necessários para que um comportamento possa ser considerado criminoso ou, em outras palavras, o que significa seja uma conduta considerada penalmente relevante aos

Prado (2014, p. 201) em seu conceito formal define que “o delito é definido sob a vista do direito positivo, é uma relação de contrariedade entre o fato e a lei penal”.

Criminologia

A Criminologia é a ciência que, utilizando o método empírico e interdisciplinar, tem como objeto o estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social. Segundo a doutrina majoritária, é uma ciência autônoma e não apenas uma disciplina. Adota uma abordagem interdisciplinar. Cabe ao criminológico adaptar as eventuais incongruências decorrentes dos outros saberes parciais criminológicos, utilizando a Criminologia como instância superior, para harmonizar as complexas fontes do saber criminológicos derivados dos modelos biológicos, sociológicos e psicológicos. O método de trabalho utilizado pela criminologia é o empírico. Busca-se analisar e, através da observação, conhecer o processo, utilizando-se da indução para depois estabelecer as suas regras, Calhau (2009).

Considerando a Lei de Introdução ao Código Penal, (Número 3.914 de 1941), Criminoso é aquele que viola as regras jurídicas impostas, contrariando uma perspectiva jurídica legal, norma jurídica específica. Conforme veremos abaixo para a criminologia, o criminoso é o indivíduo que viola a lei considerando os fatores, sociais, biológicos e psicológicos.

Etimologicamente a palavra criminologia vem do latim crimino (crime) e do grego logos (estudo, tratado), dessa forma “o estudo do crime”. Para Júnior (2016) a criminologia não estuda apenas o crime, como também a pessoa que comete e os motivos que levou esse comportamento, buscando meios de solucionar qualitativamente problemas relacionados ao crime. É de grande importância a ciência promover estudos que possam dar transparência sobre o fenômeno do crime. Para melhor compreensão são necessários estudos sobre perfil de pessoas que são mais propensas a comportamentos contrários à harmonia social. Como também o que leva o sujeito cometer um delito. Podendo estes fatos propiciar uma política pública para agir de forma mais eficaz. A criminologia vai além de estudar o criminoso, pois estuda as dinâmicas sociais, a vítima, o prognóstico do delito e muitos outros fatores. Em 1883 Paul Topnar usou pela primeira vez o termo criminologia. Foi internacionalmente aplicado em 1885 no livro de Raffaele Garófalo.

Para Júnior (2006) a criminologia tem função de propiciar verdadeiras descrições e conhecimentos, podendo subsidiar a sociedade, o poder público, o controle social, o infrator e a vítima. Favorecendo cientificamente a compreensão da problemática criminal de forma neutra. Criando possibilidade para agir na pessoa do criminoso, prevenindo futuros comportamen-

tos, com técnicas racionais e eficazes. A criminologia vai além de trabalhar apenas com dados estatísticos, sendo necessário que esses dados tenham sempre a interpretação embasada cientificamente. Buscando a ciência para interpretar os fenômenos criminológicos, com soluções que visam a prevenção, interferindo no comportamento delinquente e identificando os motivos dos comportamentos desviantes.

De acordo com Nucci, (2014) a criminologia é uma ciência que estuda os aspectos relacionados ao crime, onde abrange além da pessoa do criminoso, não apenas no contexto da norma penal, mas os fatores que levam a criminalidade, favorecendo a melhora dos dogmas do sistema penal. Para Menezes (2014) a palavra criminologia foi empregada na França por Topinard entre 1830 a 1911, mas a sua criação foi atribuída a Raffaele Garofalo na Itália entre 1851 a 1934. Para Sutherland a criminologia é o estudo dos fenômenos da delinquência, do comportamento criminoso e dos meios de ressocialização. O trabalho de Menezes (2014) traz que a criminologia na concepção de Newton Fernandes e Valter Fernandes é “tratado do Crime”, por fazer parte de um contexto histórico com sua interdisciplinaridade, observando que os precursores foram três pessoas de áreas distintas, sendo o médico Cesare Lombroso, o jurista sociólogo Enrico Ferri e o magistrado Raffaele Garofalo.

Para Menezes (2014), o crime, as circunstâncias, o controle social, o autor e as vítimas são os objetos da criminologia, como também o controle social. Orientando a política criminal, podendo assim prevenir os crimes considerados socialmente relevantes, intervindo nas suas manifestações e nos efeitos. Orientando também de forma geral a Política social. De acordo com Menezes academicamente a criminologia começa com a publicação “Uomo Delinquente, em 1876” de Cesare Lombroso, onde a sua tese era o delinquente nato. Lombroso acreditava que era possível encontrar características físicas e psíquicas da pessoa do criminoso. O autor usava o método positivista para classificar o sujeito delinquente em seu trabalho “O homem Delinquente”, foi um avanço para a criminologia. Para Menezes, o mérito por realizar estudos na criminologia é de Lombroso, usando a antropologia criminal, possibilitou dar origem a criminologia, posteriormente estudos comprovaram que não existia relação física, psíquica ou fisiológica que pudesse esclarecer o perfil do criminoso. Para Menezes (2014) o único pressuposto que mantém inalterado nesse processo ao longo do tempo é que as pessoas que envolvem em crimes são diferentes, independente se essa diferença é no ramo da psicologia, biologia, ou social, essa diferença que explicaria para prever e buscar a prevenção dos comportamentos delinquentes.

Sentença

O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia em seu artigo 162,

parágrafo 1.º, “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Sendo assim, sentença é o ato em que o juiz extingue o processo com ou sem resolução de mérito, ou que rejeita ou acolhe os pedidos do autor.

Pena

O Estado tem o poder/dever de punir, ou seja, o Estado deve agir tão logo tenha conhecimento do cometimento de fato descrito na legislação Brasileira como Crime. Este poder/dever de punir se concretiza por meio de uma pena, a qual é aplicada após o autor do fato ser processado e julgado, com a observação dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. No Brasil, as penas podem variar, de acordo com a regra balizadora contida no artigo 59, do Código Penal, a qual determina que no ato da dosimetria da pena deve-se observar à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Vejamos abaixo o que está descrito no Código Penal:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

Observados estes critérios, a pena será aplicada, podendo esta ser privativa de liberdade; restritiva de direitos; e de multa. Neste contexto, temos que a pena privativa de liberdade nada mais é que a prisão do autor do fato criminoso e, de modo que o início de cumprimento da pena privativa de liberdade pode ser iniciado no regime fechado, no regime semiaberto, ou no regime aberto, variando de acordo com o crime cometido e as regras de aplicação da pena contida no artigo 59 do Código Penal Brasileiro que assim determina: As penas restritivas de direitos vêm elencadas no artigo 43 do Código Penal Brasileiro, sendo elas prestação pecuniária; perda de bens e valores; limitação de fim de semana. Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana. Vale lembrar que dentre as penas restritivas de direitos, a mais conhecida, popularmente, é a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na qual a pessoa condenada a este tipo de pena deve prestar serviços gratuitos conforme determinado na decisão judicial à sociedade em geral, ou a uma entidade pública. Por fim, temos a pena de multa, que nada

mais é que a condenação do autor do fato ao pagamento de um valor estipulado, por meio de um cálculo específico, sendo este valor direcionado ao fundo penitenciário. Em que pese este tipo de pena ser pouco conhecido pela população em geral, é muito aplicado pelo judiciário, tanto de forma isolada, ou seja, a pessoa é condenada apenas à pena de multa, ou cumulada com outra pena, ou seja, a pena de multa pode ser aplicada acompanhado de outro tipo de pena.

Vale esclarecer que as penas aqui relacionadas são aplicadas somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória, ou seja, a pena só é aplicada a partir do momento em que não houver mais nenhuma possibilidade de recurso da decisão e, por fim, importante lembrar que após o trânsito em julgado a pena aplicada é executada pelas varas de execuções penais, sob a égide da lei de execução penal, lei 7.210, de julho de 1984.

Estudos realizados

Em um estudo realizado em 2004 com 124 presos pelo Secretário de Estado da Justiça e da Cidadania Dr. Aldo José Parzianello, que buscou dimensionar o Perfil Sociodemográfico e Criminal dos Presos no Estado do Paraná sob o Ângulo da Reincidência. Esses 124 detentos correspondem a 7% dos reincidentes, que foram escolhidos por meio de um sorteio aleatório de um total de 1800 presos distribuídos em 12 Unidades Penais. Em relação ao estado civil, 47% dos entrevistados eram solteiros, 29% amasiados, 10% casados, e 9% separados, 2% desquitados, 2% divorciados e 1% viúvos. A faixa etária dos entrevistados foi 81% entre 21 e 40 anos, 14% entre 21 e 25 anos, 36%, entre 26 a 30 anos, 16%, de 31 a 35 anos, 15% de 36 a 40 anos, 10% de 41 a 45 anos, 1%, de 46 a 50 anos, 2% de 51 a 55 anos 6% não responderam. Quanto à cor de pele, a amostra apresentou 62% de brancos, 13% de pretos e 23% de pardos, e 2% de indígenas. De acordo com a pesquisa, os detentos não conseguem competir no mercado de emprego devido às suas deficiências com baixa escolaridade, ou por não terem se capacitado através de cursos profissionalizantes. A faixa de escolaridade foi de 61% com Ensino Fundamental incompleto, 12% concluíram o Ensino Fundamental, 19% Ensino Médio incompleto, 7% com ensino médio completo e apenas 1% com ensino superior incompleto. Em relação a religião 54% católicos, 36% evangélicos, 2% espíritas e 8% não tinham religião. Dos sujeitos da pesquisa, 48% tiveram problemas com a polícia na adolescência. A pesquisa concluiu que a maior parte da população pesquisada vem de camadas mais pobres da sociedade. A maioria de cor branca e situação civil com maioria solteiro e amasiado. Afirmaram que tiveram oportunidade de ocupação dentro das unidades penais, mas ao irem para a sociedade não conseguiram ingressar no mercado de trabalho formal.

Monteiro, 2007 realizou um estudo com 60 detentos (reincidentes e

não reincidentes) de uma população de 600 na cidade de Praia Grande. Para o autor, as atividades de reinserção social são de fundamental importância por ajudar a melhorar a vida e ocupar a mente com fatores positivos. Como também o acompanhamento após a saída em liberdade. Em sua pesquisa em relação ao estado civil das pessoas reincidentes em 76% dos reincidentes e 86% dos não reincidentes eram solteiros, os casados em 21% dos reincidentes e 13% dos não reincidentes, os viúvos foi de 2,6% dos reincidentes. Em relação a religião o catolicismo aparece com 66% dos presos reincidentes e com cerca de 59% os presos não reincidentes. O protestantismo tinha 5,3% (reincidente) e 4,5% (não reincidentes). Os adventistas com 7,9% para os reincidentes e 18,2% para não reincidentes. Os que não tinham religião contavam com 18,4% para os reincidentes e 13,6% para não reincidentes. Em relação ao delito, verificou-se que em relação aos reincidentes o roubo ou furto é o delito mais comum com (50%), enquanto que nos participantes não reincidentes este valor se divide entre os delitos de homicídio e tráfico com (27%) cada um. Roubo e furto ocuparam o terceiro lugar (23%). Em relação à escolaridade, teve ocorrência significativa, tanto para os reincidentes como para não reincidentes, o Ensino Básico Integrado (EBI), com valores respectivos de 50% e de 46%. Para a alfabetização ficou em 15,8% (reincidentes) e 22,7% (não reincidentes). O Ensino Secundário em 23,7% (reincidente) e 13,6% (não reincidente). Curso superior ficou com 18,2% dos não reincidentes. Em relação à profissão, 42%, para os presos reincidentes são as ligadas à construção civil (pedreiro, servente, carpinteiro, eletricitista), sendo que também representam cerca de 27% para os não reincidentes. O comércio com 13,2% dos reincidentes e 4,5% dos não reincidentes, a agricultura tinha 10,5%(reincidente) e 22,7% (não reincidente). Pode notar que em relação a receberem visitas em média, tanto os reincidentes, quanto os não reincidentes, em mais de 90% recebia visitas, cerca de 35% recebem visitas dos pais e 32% das visitas são por parte dos irmãos e filhos, as visitas de irmãos e filhos, acontece em cerca de 45% reincidentes 25% dos pais dos presos não reincidentes (MONTEIRO 2007).

Contexto penitenciário do Rio Grande do Sul

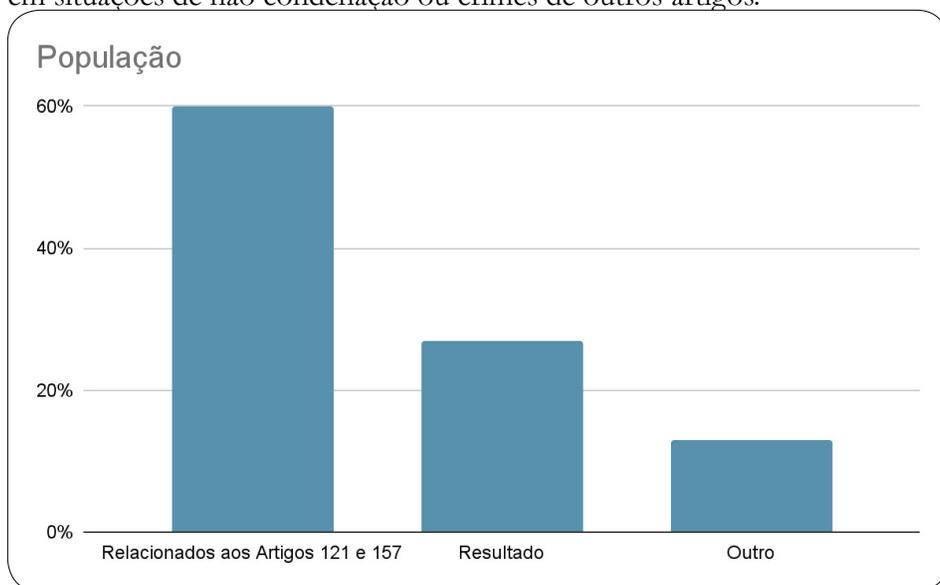
Conforme dados no site da SUSEPE, os estabelecimentos prisionais no estado são divididos por Regiões, com 10 Delegacias Penitenciárias Regionais e um Núcleo de Gestão Estratégica do Sistema Prisional, o sistema prisional gaúcho, é composto por 112 casas prisionais para comprimento de pena. Com uma população carcerária de 43.153 pessoas privadas de liberdade, conforme dados coletados na primeira semana do mês de janeiro de 2023. Destes 40.730 homens e 2.423 mulheres.

Este estudo foi realizado com o objetivo de identificar o perfil das pessoas que estavam cumprindo pena por terem cometido crimes de homicí-

dio e latrocínio consumados. Inicialmente o público-alvo desta pesquisa foi uma população de 442 pessoas privadas de liberdade no Presídio Regional de Caxias do Sul, primeiramente foi retirado um relatório do Sistema INFOPEN/RS, para identificação do público relacionado à pesquisa.

Ao analisar todos os 442 presos, foi selecionado inicialmente os que estavam presos pelos artigos 121 e 157, totalizando 266 que haviam cometido crimes naqueles artigos. Após identificar as 266 pessoas privadas de liberdade foi preciso realizar uma busca minuciosa possibilitando identificar apenas os que haviam cometido os crimes de homicídio e latrocínio consumados, restando 119 apenados com processos julgados, totalizando o público específico deste estudo.

Desta forma podemos perceber que, conforme Gráfico 01, que dos 442 apenados, 60% (totalizando 226) dos casos analisados havia praticado crimes dos artigos 121 e 157, parágrafo 3º, 27% tinham passado por processo de julgamento com pena descrita, e em 13% da população carcerária estava em outras situações que não poderiam ser analisadas devido estarem em situações de não condenação ou crimes de outros artigos.



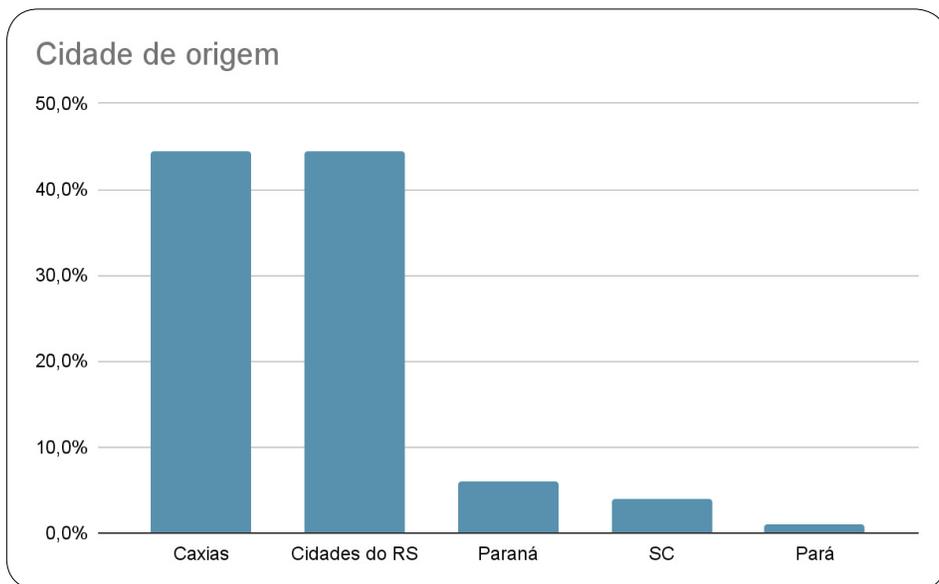
Fonte: elaborado pela autora

Todos os participantes da pesquisa foram identificados com um código numérico para que não seja identificado e relacionado às informações.

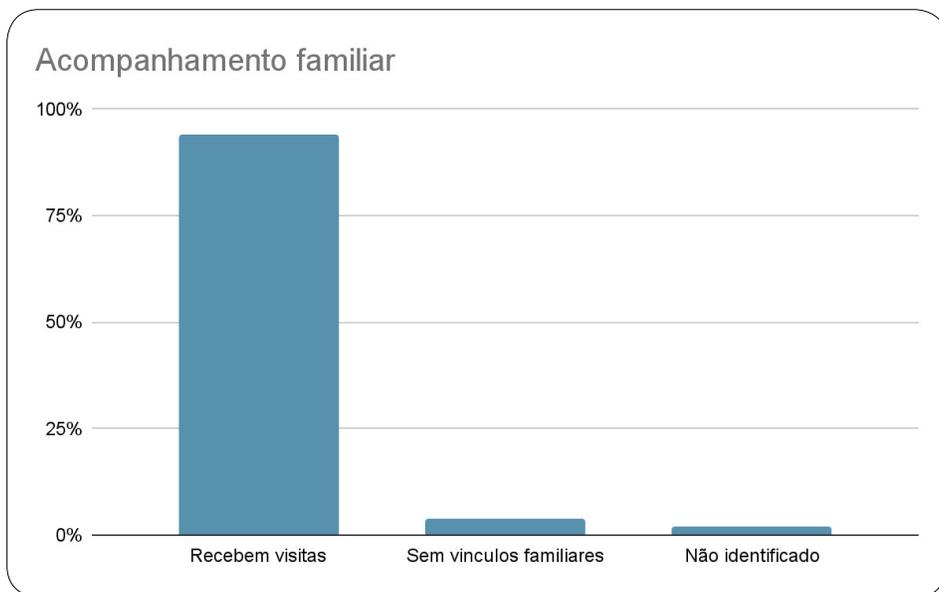
Para melhor organização foram criadas doze categorias, sendo elas: cidade de origem, visita de familiares, estado civil, etnia, escolaridade, profissão, crimes por artigo, idade a primeira prisão, idade atual, anos de condenação, ocorrência cometida dentro da prisão, quantidade de processos julgados.

Na figura abaixo é analisada a cidade de origem e o acompanhamento familiar.

Observa-se presente Gráfico que 89% dos presos eram do Rio Grande do Sul, destes 50% eram de Caxias do Sul, 6% são do Paraná e 4% de Santa Catarina, e 1% do Pará. Em relação ao acompanhamento familiar, no gráfico abaixo mostra que 94% dos familiares realizaram visitas no último ano. Apenas 6% dos presos não receberam nenhuma visita nos últimos 12 meses, sendo um do Pará e quatro do Rio Grande do Sul, especificamente das cidades de Caxias do Sul, Canela, Monte Negro e Santo Augusto.

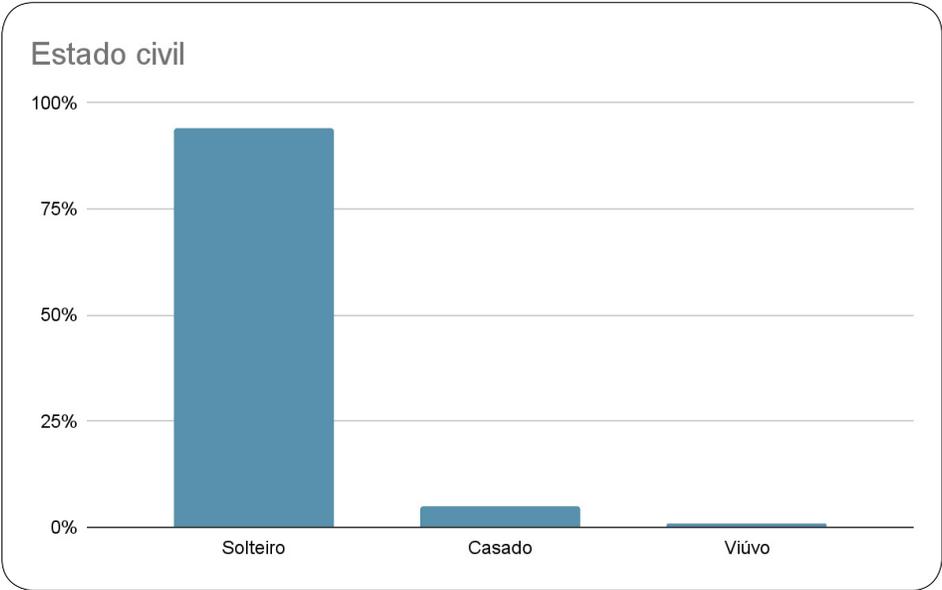


Fonte: elaborado pela autora

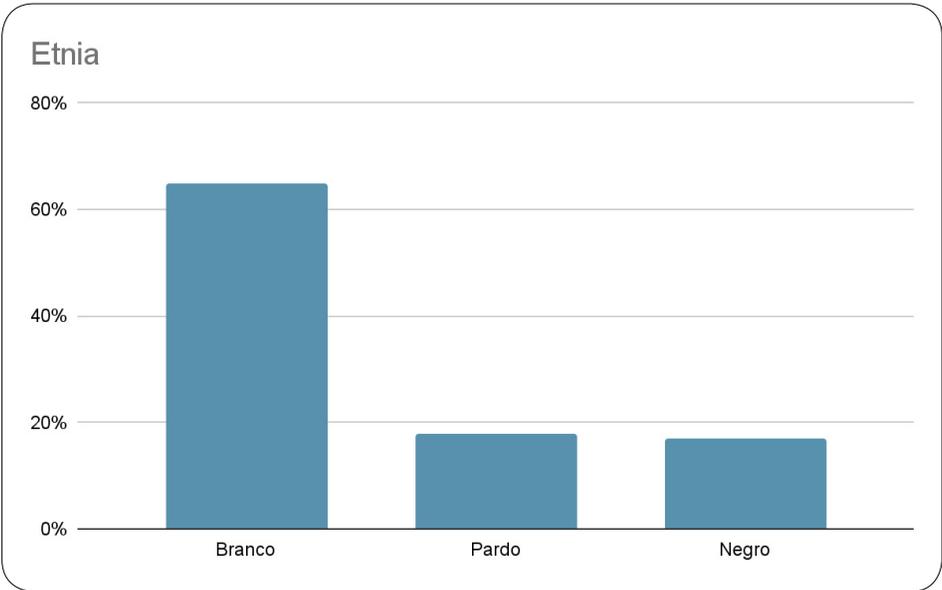


Fonte: elaborado pela autora

Em relação ao estado civil, pela dificuldade de entender os dados analisados, percebemos que em muitos casos o preso se declarava solteiro, mas recebia visitas de companheiras, desta forma a melhor alternativa foi olhar nos registros no sistema INFOPEN, os presos que tinham companheiros cadastrados e realizaram visita durante o período de cárcere. Assim é possível perceber no Gráfico “Estado Civil” 94% tinham recebido visitas durante o cumprimento da pena. Em relação a etnia constatou-se maioria dos presos, isto, em 65%, são brancos, 18 são pardos e 17% são negros.



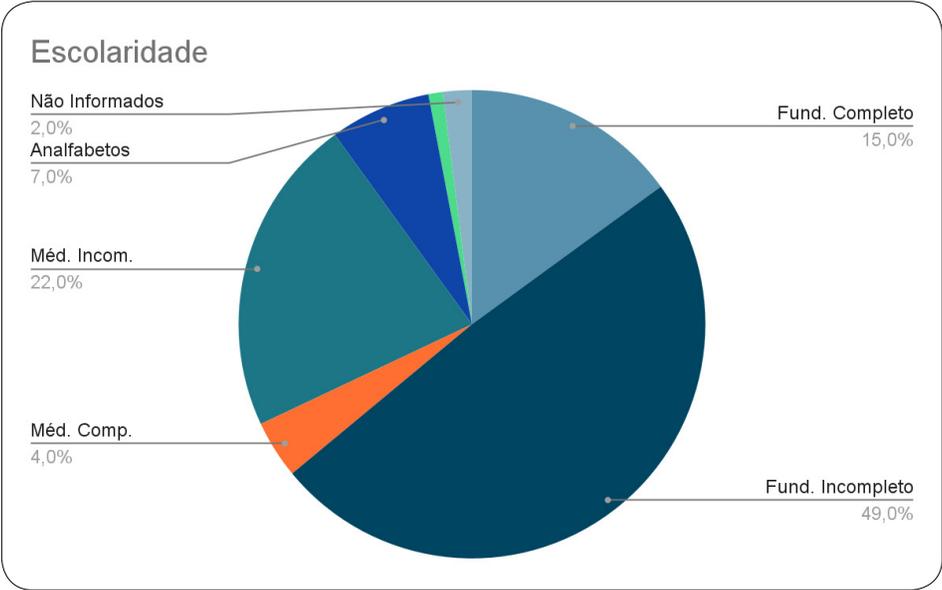
Fonte: elaborado pela autora



Fonte: elaborado pela autora

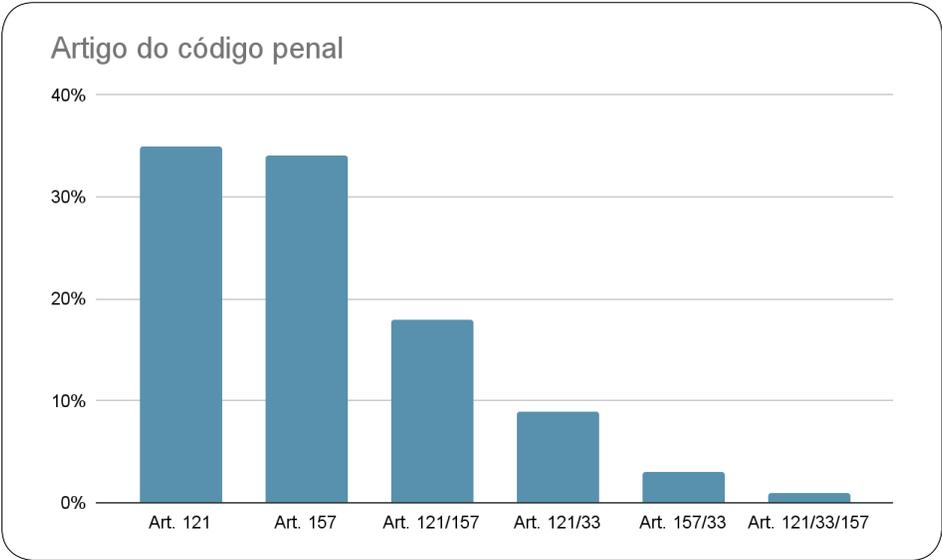
Em relação a escolaridade e profissão, como grande parte da população carcerária do país, a maioria não completou o Ensino Fundamental, com 49% de presos com fundamental incompleto e 22% com Ensino Médio incompleto. Ao relacionar-se com a profissão percebe-se que grande parte de-

envolvia trabalho braçal. Onde a maior concentração de trabalho está na construção civil, com 29% dos participantes.



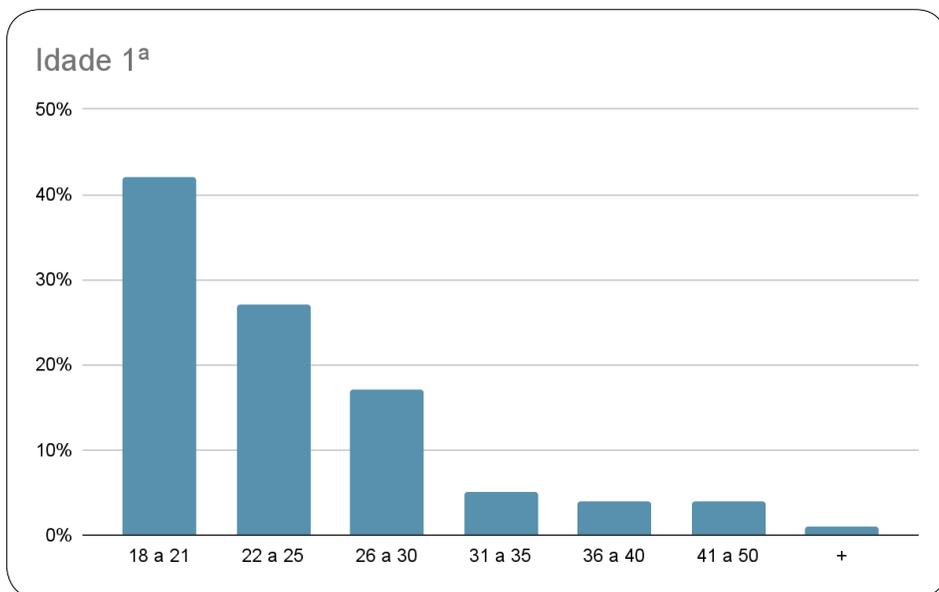
Fonte: elaborado pela autora

Ao analisar o crime conforme os artigos do Código Penal podemos observar no Gráfico abaixo que em 34% dos participantes da pesquisa cometeram crimes do artigo 121 (homicídio) e 35% do artigo 157 (latrocínio), enquanto 18% dos presos haviam cometido crimes nos dois artigos. Estes cumprem pena tanto por homicídio quanto por latrocínio. Em 11% dos casos há crimes de homicídio ou latrocínio referentes ao envolvimento com drogas. Apenas 1% cometeu os três tipos de crimes.

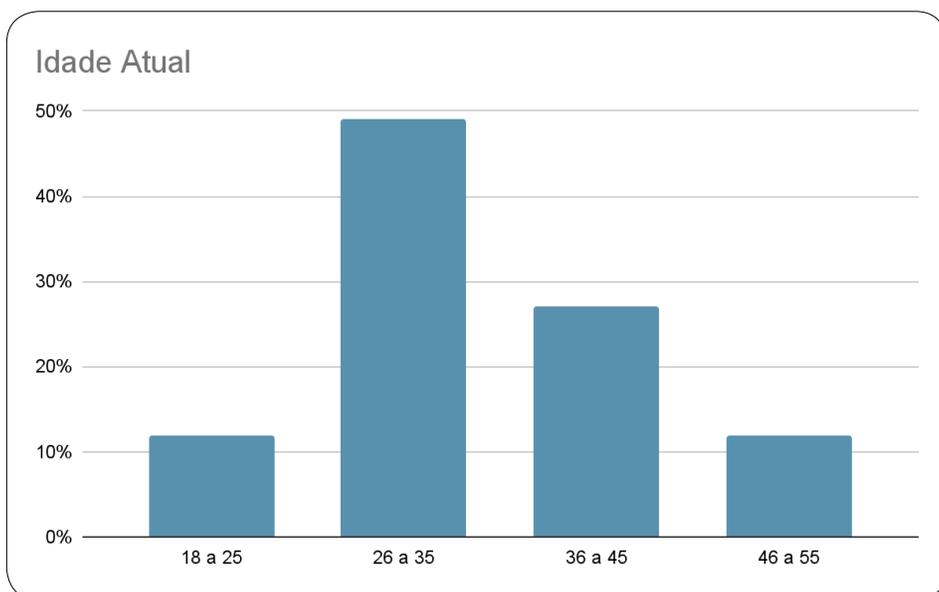


Fonte: elaborado pela autora

No gráfico abaixo descreve a primeira prisão, mostrando que aconteceu quando eram ainda muito jovens, pois em 42% tinham entre 18 e 21 anos, seguido por 27% entre 22 e 25 anos desta forma 69% começaram na vida do crime antes dos 25 anos. O restante dos 31% dos participantes ficou com 17% para até 30 anos e 14% com pessoas com idade superior a 31 anos. No Gráfico 10 analisou-se a idade atual dos participantes ficando grande parte de 18 a 35 anos com 61%, enquanto 27% dos participantes tinham entre 36 a 45 anos e 12% entre os 46 e 55 anos no momento da realização deste estudo.



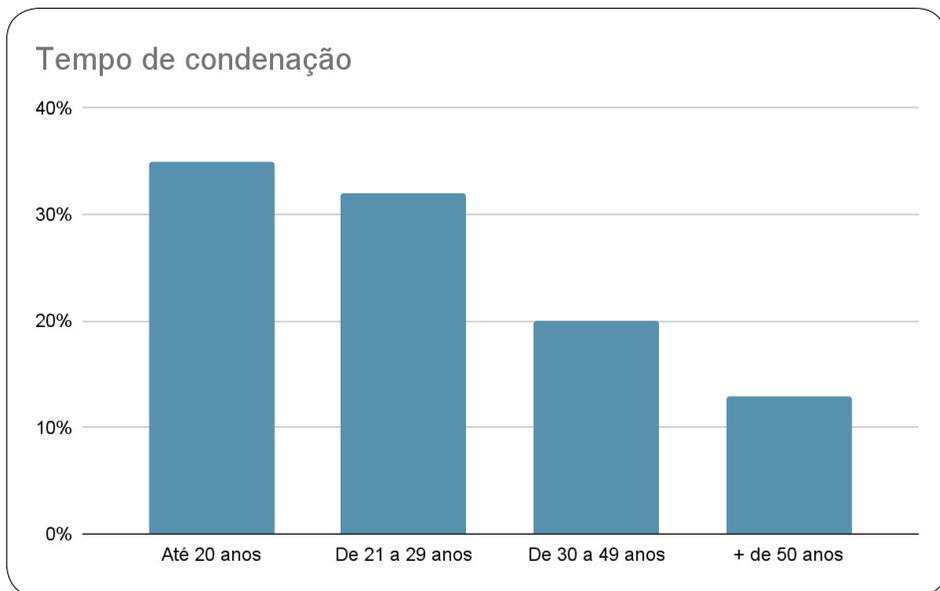
Fonte: elaborado pela autora



Fonte: elaborado pela autora

No gráfico a seguir foram colocadas informações referente ao tempo da condenação, onde 35% dos apenados, sendo em até 20 anos de condenação, 32% tinham condenação entre 21 a 29 anos. Em 20% dos participantes a condenação era entre 30 a 49 anos. E 13% com mais de 50 anos de conde-

nação.



Fonte: elaborado pela autora

As informações abaixo foram realizadas por meio de uma busca, onde filtramos os apenados que cometeram faltas após o encarceramento relacionados ao comportamento dos mesmos. Ao analisar o comportamento dos presos, foram contabilizados 119 apreensões de celulares, nove brigas entre detentos, seis apreensões relacionadas a bebidas e drogas, e uma fuga. As faltas foram contabilizadas, independente ou não de reconhecimento pelo judiciário. Foi identificado que 66 participantes não tinham nenhum tipo de falta desde a entrada no sistema prisional. E por último, a reincidência de 61% dos apenados são reincidentes com dois ou mais crimes julgados.

Considerações finais

Este estudo permitiu identificar que, apesar da privação de liberdade, não ocorreu uma ruptura familiar, permanecendo os vínculos durante o encarceramento. Outro fator que pode ser confirmado nos estudos de Dr. Aldo José Parzianello, é que as pessoas iniciam na vida do crime muito jovens. A baixa escolaridade e a inserção no mercado de trabalho confirmam as atividades laborais realizadas pelos participantes antes do cumprimento da pena, e grande parte tinha atividades em serviços de manutenção e limpeza, ou na construção civil. Ao olhar o cumprimento de pena no lugar de origem, ou próximo aos familiares, podemos ver neste estudo que mais da metade estão em cidade diversa da residência familiar, conforme o artigo

103 da Lei de Execução Penal o preso deveria cumprir pena perto da família . Neste sentido, podemos citar o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, pois o interesse público vem primeiro que o particular, a pretensão do indivíduo só será acolhida quando viável para o poder público. O deferimento depende da vaga na unidade pretendida, como também da necessidade da determinação do juiz da execução de origem, respeitando a concordância do juiz para a unidade pretendida.

Referência

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 3ª vara criminal. file:///D:/Meus%20 Documentos/ 1338414.pdf

BRASIL. **Lei de Execução Penal.** Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Penal.** Decreto Lei Nº 3914, de 09 de dezembro de 1941.

BRASIL. **Lei de introdução do Código Penal** (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941).

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de Criminologia**, 4ª edição, Rio de Janeiro, Impetus, 2009. DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Renovar, 2000, p. 18.

FERRARI. Iracema Pimentel. **A prisão e as consequências na vida dos familiares**. Faculdade Meridional – IMÉD. Passo Fundo, 2011. 29/ 11/ 2016. Disponível em: [http://www.susepe.rs.gov.br/ upload/ 1358361387_A%20 Prisao%20 e%20 as %20 Consequencias%20 na%20 Vida%20 dos%20 Familiares\[1\].pdf](http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1358361387_A%20Prisao%20e%20as%20Consequencias%20na%20Vida%20dos%20Familiares[1].pdf).

JUNIOR. Amadeu Campos Batista. **O que é a Criminologia?** Faculdade Maurício de Nassau Especialização em Direito Penal e Processo Penal. [http://www.policia-civil.pa.gov.br/ sites/ default/ files/ artigos/ o_que_e_criminologia.pdf](http://www.policia-civil.pa.gov.br/sites/default/files/artigos/o_que_e_criminologia.pdf). Dia 24/ 11/ 2006.

MAGALHÃES. Carlos Augusto Teixeira. **O Crime Segundo o Criminoso: Um Estudo de Relatos Sobre a Experiência da Sujeição Criminal**. Instituto de Filosofia e Ciências Sociais. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

MENEZES Cristiano. **Noções de Criminologia**. Instituto Marconi. [http://www.doraci.com.br/ files/ criminologia.pdf](http://www.doraci.com.br/files/criminologia.pdf). São Paulo, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 130.

MONTEIRO. Lucinda Eduarda Carvalho. **A Reinserção Social dos Reclusos da Cadeia Central da Praia**. Universidade Jean Piaget de Cabo Verde. Santiago. Cabo Verde, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. 2003. NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal – vol.** São Paulo: Saraiva. 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 120.

PARANÁ. **Pesquisa do Perfil Sociodemográfico e Criminal dos Presos no Estado do Paraná Sob o Ângulo da Reincidência**. Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania. Departamento Penitenciário do Estado. SEJU, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 201/202.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 201.

SANTOS. Maria Alice de Miranda dos, **Ressocialização do Preso no Brasil e suas Consequências Para a Sociedade**. E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências

Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH Belo Horizonte, vol. III, n. 1, jul-2010. ISSN: 1984-2716. 27/ 11/ 2016. Disponível em: www.unibh.br/revistas/ecivitas/.

STEFAM. André; GONÇALVES. Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265.

STEFAM. André; GONÇALVES. Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013i

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 2 VIII CIDHCoimbra 2023

Organizadores:

Vital Moreira

Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares

